

**GABRIEL SCHULMAN**

**DIREITO FUNDAMENTAL NO *PLANO DE SAÚDE*:**  
Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea

**CURITIBA**  
**2009**

**GABRIEL SCHULMAN**

**DIREITO FUNDAMENTAL NO *PLANO DE SAÚDE*:**  
Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.

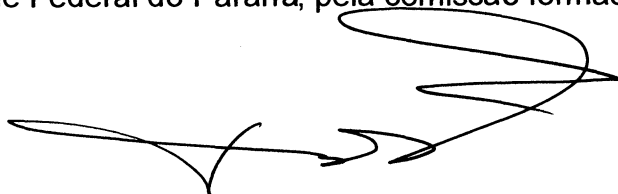
**CURITIBA**  
**2009**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**DIREITO FUNDAMENTAL NO *PLANO DE SAÚDE*:**  
Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea

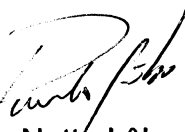
**GABRIEL SCHULMAN**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

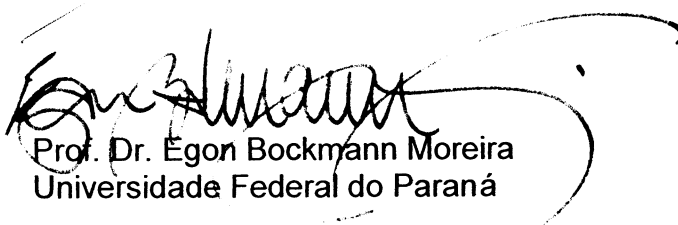


Orientador:

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin  
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo  
Universidade Federal de Alagoas



Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

Dedico com carinho especial para a Verinha e para a Regina. À Verinha por ser como a Regina na Escola Israelita e à Regina por ser como a Verinha na UFPR.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, pela valiosa orientação e incentivo, pelos proveitosos *diálogos* no curso da *travessia*, por construir metáforas para derrubar mitos; mas principalmente por acreditar.

À CAPES pelo importante auxílio financeiro por meio de Bolsa do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX).

Aos professores da Universidade Federal do Paraná, das disciplinas afeitas ao Direito Público e ao Direito Privado, um agradecimento que suscita a insuficiência da dicotomia... nominalmente, aos professores Ana Carla Harmatiuk Matos, Carlos Eduardo Pianoviski, Eroulths Cortiano Junior, Kátya Kozicki e Vera Karam de Chueiri.

Ao pessoal que faz a máquina rodar, os servidores da UFPR, entre outros, Fátima, Laura, Sandra, Marcelo (Mab) e Rita. Também o Emerson do xerox.

Aos companheiros de Mestrado, pela convivência. Especialmente, Ana Lucia Pretto Pereira (Ucha), Camila Bresolin, Fernando Andreoni, Renata C. Steiner, Ricardo Weber, Thaís Amoroso, Sergio Karkache.

Aos amigos que também foram companheiros na graduação em Direito na UFPR, pelo incentivo, pela paciência, por trocarem idéias e emprestarem livros, Desdêmona T. B. T. Arruda, Heloísa da Silva Krol, Ilton Norberto Robl Filho, Marina de Moura Leite, Melina Girardi Fachin, Priscila Lopes Pontinha, Rafael Wasserman, Samir Namur e Sandro Romanelli.

Do Núcleo de Pesquisa de Direito Civil da UFPR, Projeto Virada de Copérnico, pela interlocução, sou grato a Eros Belin de Moura Cordeiro, Frederico Zenedin Glitz e Rosalice Fidalgo Pinheiro.

Aos colegas de docência na UniBrasil, na pessoa dos professores Fernanda Busanello, Laura Jane Ribeiro Garbini Both, Marina Michel de Macedo, Ozias Paese Neves, Paulo Ricardo Schier e Rafael Otávio Ragugnetti Zanlorenzi.

Aos que se sujeitaram a tormentosa tarefa de revisar partes maiores ou menores desse texto, Antônia Schwinden, Carolina Paladino, “seu” Miguel, e com carinho especial, “dona” Sara.

Aos profissionais da saúde, professora Dra. Ligia Bahia da Faculdade de Medicina da UFRJ, Barbara Kirchner Correa Ribas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (B.), e aos médicos que colaboraram, especialmente, Dr. Paulo Roberto Cruz Marquetti.

Aos meus pais e minha *grande família* por propiciarem todo o necessário para que eu pudesse fazer o Mestrado, e tudo além do que necessário seria.

Muitos são os agradecimentos, sinal que a tarefa não seria possível sem ajuda. Por fim, aos que esqueci ou não agradei o suficiente, antecipadamente agradeço por me desculparem.

Vivendo, se aprende; mas o que se aprende  
mais, é só a fazer outras maiores perguntas.

João Guimarães Rosa  
(Grande Sertão: Veredas)

## RESUMO

A contratualidade contemporânea sofre os influxos das profundas transformações do Direito Civil. Nesse compasso, observa-se a incorporação da concretude, da substancialidade e da constitucionalização do Direito Privado. À luz dessas metamorfoses, a presente dissertação tem por finalidade investigar a eficácia do direito fundamental à saúde nos contratos de planos de saúde. É modalidade contratual de intensa essencialidade e acentuada importância social, a qual demanda importantes discussões. Tomando como fio condutor a tutela da pessoa, busca-se, por meio do diálogo entre Saúde, Direito e Economia, refletir acerca da repercussão jurídica da saúde no *contrato*, a culminar em relevantes problematizações e a sugerir novas atribuições de significado. O *problema* é enfrentado em dois movimentos. Na primeira parte do trabalho, trata-se das metamorfoses do Direito Civil que informam a *travessia* das codificações à constitucionalização, do axiomático ao axiológico, do contrato clássico ao contemporâneo. Igualmente, cuida-se das pluralidades (de fontes, de pessoas e de significados), do diálogo entre público e privado, da passagem do Estado Social ao Estado Liberal, os quais permitem, por fim, a análise da eficácia interpretada dos direitos fundamentais. Intenta-se oferecer nessa primeira parte a adequada contextualização do estudo e expor suas premissas. Com efeito, apresenta-se como etapa consentânea com a preocupação metodológica em debater os próprios pressupostos que se toma por base, sob pena de uma compreensão incompleta de seu sentido e de suas consequências. Na segunda parte, descortina-se o cenário da saúde suplementar, a localizar o exame em um determinado tempo e espaço. Examinam-se aspectos legislativos, a imbricação entre o público e o privado, as iniquidades e a mercantilização da prestação da saúde. Em seguida, versa-se acerca dos limites e das possibilidades da incidência do direito fundamental à saúde nos planos de saúde. São tecidas considerações sobre a (inexistência de) transferência do dever estatal, a relevância pública do contrato, para, ao final, discutirem-se elementos para um estatuto jurídico dos planos de saúde, especialmente, no que concerne às obrigações não-contratadas, dever de informar e dever de contratar.

**Palavras-chave:** Contrato. Constitucionalização. Direito fundamental. Plano de Saúde.

## RIASSUNTO

La contrattualità contemporanea subisce gli influssi delle profonde trasformazioni del Diritto Civile. In questo andamento, si osserva l'incorporazione della concretezza, della sostanzialità e della costituzionalizzazione del Diritto Privato. Alla luce di queste metamorfosi, la presente dissertazione ha per scopo investigare l'efficacia del diritto fondamentale alla salute nei contratti di assicurazione sanitaria. È modalità contrattuale di intensa essenzialità e accentuata importanza sociale, la quale richiede delle importanti discussioni. Prendendo come filo conduttore la tutela della persona, si cerca, attraverso il dialogo tra Salute, Diritto e Economia, riflettere sulla ripercussione giuridica della salute nel *contratto*, arrivando a rilevanti problematizzazioni e a suggerire delle nuove attribuzioni di significato. Il *problema* viene affrontato in due movimenti. Nella prima parte del lavoro, si tratta delle metamorfosi del Diritto Civile che informano il *passaggio* dalle codificazioni alla costituzionalizzazione, dall'assiomatico all'assiologico, dal contratto classico al contemporaneo. Si fa pure attenzione alle pluralità (di fonti, di persone e di significati), al dialogo tra pubblico e privato, al passaggio dallo Stato Sociale allo Stato Liberale, i quali permettono, alla fine, l'analisi dell'efficacia interpretata dei diritti fondamentali. Si prova di offrire in questa prima parte l'adeguata contestualizzazione dello studio ed esporre le sue premesse. In effetti, si presenta come tappa consentanea alla preoccupazione metodologica nel dibattere i propri presupposti su cui si basano, a pena di una comprensione incompleta del suo senso e delle sue conseguenze. Nella seconda parte, si apre lo scenario della sanità supplementare, centrando l'esame su un determinato tempo e spazio. Si osservano degli aspetti legislativi, l'embricazione tra il pubblico e il privato, le iniquità e la mercantilizzazione della prestazione della sanità. In seguito, si parla dei limiti e delle possibilità dell'incidenza del diritto fondamentale alla salute nei contratti di assicurazioni sanitarie. Sono fatte delle considerazioni sul (inesistenza di) trasferimento del dovere statale, la rilevanza pubblica del contratto, per, alla fine, discutere degli elementi per uno statuto giuridico delle assicurazioni sanitarie, in specie, per quel che riguarda le obbligazioni non contrattate, dovere di informare e dovere di contrattare.

**Parole-chiave:** Contratto. Costituzionalizzazione. Diritto fondamentale. Assicurazione sanitaria.

## SUMÁRIO

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUÇÃO.....                                                                                  | 1   |
| PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO E PERSPECTIVA(S) DO DIREITO CIVIL<br>BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....    | 5   |
| 1.1 As metamorfoses do Direito na <i>travessia</i> para a Contemporaneidade.....                 | 6   |
| 1.2 A trilha que conduz do jardim à praça.....                                                   | 56  |
| 1.3 Uma <i>janela</i> para a <i>praça</i> : a leitura a partir da Constituição.....              | 68  |
| 1.4 Pessoa e contratualidade: a substancialização do contrato.....                               | 95  |
| 1.5 Direitos fundamentais e relações interprivadas.....                                          | 119 |
| PARTE II – PLANO DE SAÚDE, DIREITO FUNDAMENTAL E RELAÇÕES<br>INTERPRIVADAS.....                  | 154 |
| 2.1 Contornos e formas da saúde suplementar no Brasil.....                                       | 154 |
| 2.2 Articulações entre público e privado na prestação da saúde.....                              | 175 |
| 2.3 Os produtos da mercantilização da prestação de serviços da saúde.....                        | 189 |
| 2.4 Diagnóstico das desigualdades na saúde.....                                                  | 201 |
| 2.5 Saúde, direitos humanos e relações interprivadas.....                                        | 217 |
| 2.6 Instrumentos, garantias e ressignificações na <i>saúde</i> das relações contratuais<br>..... | 230 |
| CONCLUSÃO.....                                                                                   | 270 |
| REFERÊNCIAS.....                                                                                 | 278 |
| ANEXOS – Lei nº. 9.656/98 em sua redação original.....                                           | 325 |

## INTRODUÇÃO

Na composição entre a ampla repercussão social<sup>1</sup> e a acentuada relevância jurídica, a análise dos contratos de planos de saúde funde teoria e prática imprimindo em seu estudo importância *vital*.

As deficiências da prestação estatal na assistência à saúde impulsionam a atuação privada, verificando-se que a cobertura por planos de saúde abarca um em cada quatro brasileiros.<sup>2</sup> A natureza desse tipo de contratação, sua complexidade, sua finalidade e sua relevância sugerem variadas leituras. Enfocando a “*materialização do contrato*”,<sup>3</sup> a presente dissertação tem por finalidade desenvolver uma reflexão em torno do seguinte *problema*: **se há, qual a incidência do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas denominadas planos de saúde?**

Para enfrentar essa *questão*, inicialmente procura-se discutir o cenário que permite formulá-la, objeto do primeiro momento deste estudo: “Contextualização e Perspectiva(s) do Direito Civil brasileiro contemporâneo”.

---

<sup>1</sup> A “saúde é o principal problema do país para 25% da população”, conforme pesquisa da DataFolha, publicada na Folha de S. Paulo em artigo homônimo. Saúde é o principal problema do país para 25% da população. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 05 dez. 2008, Caderno Brasil, p. A5.

<sup>2</sup> O resultado aproximado é obtido com base em informações disponíveis no Caderno de Informação da Saúde Suplementar, publicado em dezembro de 2008, tomando por base o cotejo da população de cento e oitenta e nove milhões e seiscentos mil habitantes, em 2008, apontada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e os vínculos de planos de saúde os quais totalizam pouco mais de cinquenta milhões, conforme registra a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar). Reconhece-se a imprecisão decorrente da circunstância de que estão incluídos planos odontológicos e diante da possibilidade (sem estimativas) de pessoas possuírem mais de um vínculo. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: ANS, dez. 2008. p. 15-16.

<sup>3</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 157-158. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**. As cláusulas contratuais e o princípio da liberdade contratual. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. (Coleção Teses). p. 638. No pensamento LÔBO: “Em suma, o sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada modelo histórico. O momento liberal e tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico e inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculos às mudanças sociais. O conteúdo conceptual e material do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas de todo direito”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 722, ano 84, p. 40-45, dez. 1995. p. 44.

Com o escopo de expor as bases para o desenvolvimento do tema, nos capítulos que compõem essa primeira parte, exploram-se as metamorfoses do Direito Privado, versando-se acerca da dicotomia entre o público e privado e sua crise, da constitucionalização do Direito Privado, da *legalidade constitucional* como designa PERLINGIERI,<sup>4</sup> a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, iluminando-se o caminho da travessia para a contemporaneidade.

A dimensão e o sentido do primeiro momento da dissertação têm em vista atender às exigências metodológicas e ao rigor científico. Busca-se, dessa forma, prestar contas do levantamento realizado e apontar os caminhos percorridos na sedimentação das idéias que sustentam o presente trabalho.

Outrossim, o conteúdo dessa parte inicial traduz a intenção de aliar a necessária exposição do arcabouço teórico à sua discussão. Para tanto, assimilam-se as mutações que transformam o Direito Privado, para em seguida aprofundar seu significado na seara examinada.

Nesse compasso, a problematização que se procura oferecer no primeiro momento do texto sinaliza que suas premissas e seus pressupostos não estão isentos às críticas. Ao revés, com elas dialogam, conferindo a indispensável solidez teórica ao embasamento apresentado. Assim, a separação formal em duas partes, para fins expositivos, não afasta a unidade e coerência no plano das idéias.

Lançados os alicerces, adentra-se na análise da saúde suplementar no Brasil, sua organização, os influxos entre o público e o privado na saúde e a mercantilização de sua prestação. Essas etapas do segundo momento da dissertação visam conferir maior densidade ao estudo da eficácia interprivada do direito fundamental, possibilitando o adequado desenvolvimento acerca da incidência da saúde nos contratos planos de saúde.

Ainda sob o ponto de vista metodológico, propõe-se um enfoque voltado ao concreto, vale realçar, atentando – nos diversos planos – para o *real*.<sup>5</sup> Significa adotar uma análise que busca, na medida do possível, ter em conta o cotejo entre o

---

<sup>4</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 74. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. A expressão já figurava na primeira edição italiana da obra, em 1983.

<sup>5</sup> O sentido aqui é de contraposição ao estático e o abstrato, não de “verdade”. Nessa orientação, leciona Eros GRAU: “É do presente, na vida real, que se tornam as forças que conferem vida ao direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”. GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 152.

contrato e seu contexto, aproximar interpretação e aplicação, sublinhar a complexidade e primar por uma tutela jurídica que se ocupa da pessoa de “existência concreta”.<sup>6</sup>

É certo que a problemática sobre a qual versa a presente dissertação, por imbricar diversas questões, permitiria múltiplos enfoques: o sentido contemporâneo da categoria “contrato”; a reverberação das atividades estatais na esfera privada; a efetividade do direito fundamental à saúde; a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; a tutela da pessoa e de sua dignidade; o dirigismo contratual; regulação econômica; a tutela do consumidor etc. Embora ligados ao *problema* a ser trabalhado e presentes com maior ou menor intensidade, tais assuntos não serão cuidados em detalhe. Sua menção visa justamente ao sincero reconhecimento de que qualquer perspectivas será incompleta e, por outro lado, de que se sobrepõem diferentes planos de análise. No mesmo diapasão, justifica-se a ausência ou o tratamento conciso de vários temas, como doenças preexistentes, as cláusulas que estipulam carência ou a ainda a pouca atenção dada aos atos normativos infra-legais (resoluções, portarias).

A interpenetração dos diversos assuntos repercute no entrelaçamento de vários diplomas legislativos para estabelecer o regime dos planos de saúde, entre os quais, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei dos Planos de Saúde, Lei dos Serviços de Saúde e a Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar.<sup>7</sup> Diante disso, expande-se a tarefa interpretativa em vista do “*diálogo das fontes*”.<sup>8</sup> Trata-se de apreender a constitucionalização do Direito Privado, estendo seu alcance à esfera da assistência privada à saúde, de sorte que o tom do diálogo deve estar em sintonia com a tutela do direito fundamental à saúde.

---

<sup>6</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 187-188.

<sup>7</sup> Correspondem aos seguintes diplomas legais: Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil), Lei n.º 9.656/98, (Lei dos Planos de Saúde), Lei n.º 8.080/90 (Lei dos Serviços de Saúde) e Lei n.º 9.961/2000 (Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar).

<sup>8</sup> No Brasil a terminologia é adotada por Claudia Lima MARQUES, sendo tomada de Erik JAYME, originalmente “*dialogue des sources*”. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004. MARQUES, Claudia Lima. Introdução. In: \_\_\_\_\_. BENJAMIM, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 26.

O fio condutor é, pois, a preocupação com a tutela da pessoa, traduzida, nessa seara, na proteção constitucionalmente assegurada à saúde,<sup>9</sup> restando o regime jurídico contratual permeado por aspectos valorativos. Destarte, há esforço concentrado em avaliar o objeto do plano de saúde para delinear os contornos de seu regime jurídico, traçando-se, pois, o indispensável elo entre contrato e pessoa.

A necessidade de uma interpretação em que confluem Saúde, Direito e Economia autoriza assumir, desde logo, que o tema não comporta respostas simples, fomentando convergências e divergências. Entre os elementos de maior relevo, os conflitos (ou tensões) entre a proteção da atividade privada, a adequada prestação da saúde e os respectivos custos, em consonância com a percepção da “crescente preocupação dos gestores de sistemas de saúde em todo o mundo” a qual “está associada ao aumento dos gastos decorrente em parte do desenvolvimento tecnológico, face a existência de recursos limitados para o setor”.<sup>10</sup>

Nesse compasso, desdobra-se o *problema* em torno da reverberação do direito fundamental nos contratos de planos de saúde,<sup>11</sup> na apreciação da própria organização da prestação da saúde, em sintonia com a preocupação em desviar da freqüente alienação, muitas vezes ensejada, por meio da separação entre o mundo dos fatos e o mundo do Direito.

Sem pretensões de uma resposta final, intenta-se exame que se esmera na (re)leitura dos planos de saúde à luz da *constitucionalização*, incorporando a idéia de travessia a assinalar os influxos que caracterizam as relações dialéticas, entre o formal e o material, entre o Estado Liberal e o Estado Social, assim como o rumo a seguir, da Modernidade à Contemporaneidade, do contrato clássico à contratualidade contemporânea.

---

<sup>9</sup> “A saúde assume importância também nas relações intersubjetivas, como parâmetro de licitude ou da ilicitude dos comportamentos e da *meritevolezza* da atividade, em sentido lato, do homem”, a ser tutelada por seu caráter “indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 158-159, § 103.

<sup>10</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: ANS, dez. 2008. p. 17.

<sup>11</sup> Nesse diapasão, indaga Mário SCHEFFER: “o serviço particular de uma empresa de plano de saúde, que opera uma atividade econômica relacionada à saúde, possuiria os mesmos deveres do Estado? Seus contratos deveriam estar submetidos às normas constitucionais e infraconstitucionais diretamente ligadas à saúde?”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**, Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 232.

## PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO E PERSPECTIVA(S) DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO<sup>12</sup>

Neste primeiro momento da dissertação trata-se da necessária contextualização do estudo, assim como se versa e se discute acerca de suas premissas e seus pressupostos. Com esse intuito, a intenção é destacar algumas transformações em curso no Direito Civil, entre as quais, a superação da dicotomia entre o público e o privado, a *constitucionalização* do Direito Privado. Busca-se ainda, complementarmente, examinar possíveis conexões entre essas mutações, refletindo sobre sua relação e coerência.

Na sequência, coteja-se a *travessia* do contrato clássico à contratualidade contemporânea, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e o percurso dos direitos fundamentais, de maneira a assentar os fundamentos da eficácia do direito à saúde nas relações interprivadas.

Nesse passo, desde logo se esclarece que não se tem em vista esgotar as profundas alterações que atingem o Direito Privado, nem repetir o que já se disse acerca dos temas mencionados. Ao contrário, pretende-se expor e debater a fundamentação e a contextualização necessárias aos temas a serem desenvolvidos na segunda parte desta dissertação.

---

<sup>12</sup> A expressão “Perspectiva(s) do Direito Civil brasileiro contemporâneo” não foi cunhada por nós. Designação semelhante foi usada por: BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-74. Adicionalmente, título similar foi adotado no editorial de importante publicação. TEPEDINO, Gustavo. Perspectivas do Direito Civil Contemporâneo. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 27, jan./mar. 2006. Em que pese as normas técnicas preconizarem a não-indicação do nome da editora nos periódicos, as dificuldades que se enfrentou ao longo das pesquisas, especialmente em revistas com denominações mais usuais como “Themis”, “Jurídica” ou “de Direito” conduziram a, sempre que possível, realizar tal indicação. Não se desprezam as normas técnicas, eis que os seus requisitos foram atendidos.

## 1.1 As metamorfoses do Direito Privado na travessia para a Contemporaneidade

Do axiomático ao axiológico,<sup>13</sup> da subsunção ao substancial,<sup>14</sup> dos dogmas aos diálogos, das ficções à força dos fatos, das presunções às pluralidades, da codificação à constitucionalização;<sup>15</sup> (re)constrói-se o Direito Privado contemporâneo. Significativas mutações, pois, redesenham o Direito Civil. Negada a neutralidade das construções de outrora,<sup>16</sup> o momento é de repensar as visões antes consagradas e, portanto, não apenas de rever, mas de refletir sobre as perspectivas do Direito Civil brasileiro contemporâneo.

“Antes de mais diga-se que a tão apregoada crise do Direito nada mais é do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social

---

<sup>13</sup> Conforme Gustavo TEPEDINO: “entreviu-se o surgimento de normas que não criam deveres mais simplesmente descrevem valores”. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16. p. 6. Na leitura de Juarez FREITAS: “A interpretação da Lei Maior, almejando conferir-lhe vida e realidade marcadamente axiológica, apresenta-se com certeza, como o núcleo e a parte mais fascinante do Direito Constitucional”. FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 34, p. 59-76, 2000. p. 59.

<sup>14</sup> No pensamento de PERLINGIERI: “è necessario elaborare una teoria dell’interpretazione giuridica, non formalistica – fondata sul meccanismo logico-teorico della sussunzione del fatto concreto nella astratta fattispecie legislativa –, che sappia proporre una interpretazione delle disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, in una accezione necessariamente sistematica e assiologica”. PERLINGIERI, Pietro. **La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale**. Conferência Magna proferida por ocasião do Congresso de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 21/09/2006. Em tradução livre: “é necessário elaborar uma teoria da interpretação jurídica, não formalista – fundada sobre um mecanismo lógico-teórico da subsunção do fato concreto à *fattispecie* legislativa abstrata –, que saiba propor uma interpretação das disposições normativas em respeito à hierarquia das fontes e dos valores, em um sentido necessariamente sistemático e axiológico”.

<sup>15</sup> Na expressão de Paulo LÔBO: “A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 141, ano 36, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 108.

<sup>16</sup> Consignou Carmem Lucia Silveira RAMOS: “No curso do século XX (entendido como tal não a partir de seu momento cronológico inicial, mas pelos marcos históricos que representaram efetiva ruptura com os cem anos precedentes [...] o gradativo abandono da neutralidade do direito [...] provocou a superação deste modelo ideologicamente baseado no individualismo capitalista, redigido para regular a vida da sociedade civil, como documento completo e único”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 6.

e impõe crescentes desafios às estruturas jurídicas herdadas do século XIX”.<sup>17</sup>

As palavras de Francisco AMARAL em “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, colocam em destaque importantes aspectos para a análise que se pretende proceder.

Em primeiro, assinalam a urgência de repensar o Direito, diante das mudanças na sociedade. Extrai-se dessa observação dupla premissa: acolhe-se o caráter instrumental do Direito, bem como se lhe reconhece/atribui função. Significa assinalar que servem o Direito e seus institutos às pessoas, e não o revés.

Em segundo, fazem recordar a herança da Modernidade, reforçando a percepção de que o presente, em parte, absorve (e reproduz)<sup>18</sup> o passado, obrigando a repensar sobre o que se acolherá, bem como, o que se pretende renunciar. Sob esse prisma, a própria divisão entre passado e presente se revela insuficiente para dar conta da Contemporaneidade com seus retrocessos<sup>19</sup> e

---

<sup>17</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, RT, n. 63, p. 45-56, 1994. p. 45. Publicado também em: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 31, n. 121, p. 233-243, jan./mar. 1994.

<sup>18</sup> Na ótica de Paolo GROSSI: “O problema histórico-jurídico está todo aqui: na crença difusa de conquistas últimas e eternas, na fixação de uma dogmática imobilizadora, na indiscutibilidade de certas categorias; o problema – que é absolutamente metodológico – está na des-historicização de todo um material historicíssimo, respeitável fruto de vicissitudes históricas, e por isso discutível, e portanto entregue ao devir do tempo e à sua usura”. GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, n. 40, p. 6-25, 2004. p. 7.

<sup>19</sup> Nega-se, assim, uma linearidade ou um sentido de evolução progressiva. Assinala-se, igualmente, sob outro enfoque que, onde se propôs a transformação por meio do Direito, por diversas vezes o que prevaleceu foi antes a permanência. Na percepção de Maria Luiza Pereira Alencar Mayer FEITOSA: “na verdade, com base no universo das questões tratadas, chega-se à constatação de que as transformações experimentadas pelo contrato, ao longo dos tempos, não foram capazes de estabelecer rupturas com a tradição anterior”. FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 569. Aplica-se, analogicamente, a advertência de Eroulths CORTIANO Jr., Jussara MEIRELLES e Umberto PAULINI sobre a “propriedade e suas histórias” ao ressaltarem: “Cumprido, de início, realizar uma advertência com o legítimo intuito de que a análise histórica que precede o restante deste breve estudo jurídico não incorra em um freqüente equívoco reproduzido pela grande maioria dos nossos manuais de Direito Civil. É que, ao contrário do que se poderia pensar, a construção histórica do instituto da propriedade não é representada por uma trajetória retilínea e uniforme, mas foi, em franca oposição, levada a efeito em meio a uma **série de avanços e retrocessos**, processo no qual, muitas vezes, pouca ou nenhuma relação poderia ser estabelecida com o atual conceito de propriedade”. CORTIANO Jr., Eroulths; MEIRELLES, Jussara; PAULINI, Umberto. Um Estudo Sobre o Ofuscamento Jurídico da Realidade: a Impossibilidade de Proteção de Novos Valores e Fatos a partir de Velhos Institutos. In: CORTIANO Jr., Eroulths, *et al.* (Coord.). **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21-40. p. 22. Grifou-se. De outra banda, defendendo o Código Civil brasileiro de 2003, Miguel REALE escreveu: “compreende-se que as inteligências juvenis, entusiasmadas com as novidades da Internet ou a descoberta do genoma, tenham decretado a velhice precoce do novo Código, por ter sido elaborado antes dessas realizações prodigiosas da ciência e da tecnologia, mas os juristas mais experientes deviam ter tido mais cautela em suas afirmações, levando em conta a

avanços.<sup>20</sup> Desse modo, há “algumas permanências inegáveis que permitiram um florescer não edificante, mas repetido até recentemente como ‘história dos dogmas’”.<sup>21</sup>

Em terceiro, assenta a percepção de um direito que se habilita (e se habitua) a se transformar, bem como sinaliza seu processo de constante modificação. Ao apartar o vocábulo “crise” de sua acepção negativa – atada à noção de caos e desespero –, afirma-se um momento de reconstrução. Dessa sorte, ao focalizarem-se as mutações, deixa-se de analisar a possível alusão ao pós-moderno ou a um novo paradigma<sup>22</sup>, optando-se por designar o cenário e as mudanças que o delineiam sob a singela-complexa locução *Contemporaneidade*.

---

natureza específica de uma codificação, a qual não pode abranger as contínuas inovações sociais, mas tão somente as dotadas de certa maturação e da devida ‘massa crítica’, ou já tenham sido objeto de lei”. REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e seus críticos**. Disponível online em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 15/09/2008.

<sup>20</sup> Nesse sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 472, ano 64, p. 15-21, fev. 1975. FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 4, p. 243-263, 2004. GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005. (Publicado originalmente em 1955). Ao comentar sobre o projeto do Código Civil (o qual se converteu, com alterações posteriores, na Lei n.º 10.406/2002), advertiu MOREIRA ALVES: “Esse projeto envelheceu em termos, pois a Comissão designada em 1969 para elaborar o anteprojeto, que teve como supervisor o Professor Miguel Reale, recebeu duas orientações do governo até o seu envio ao Congresso Nacional, em 1975: em primeiro lugar, manter tudo aquilo que ainda continuasse válido no Código de 1916, e, em segundo, inovar, ou seja, modernizá-lo; não visando à futuridade, criando normas sem que houvesse uma experiência para sua aplicação, mas modernizá-lo em face de um Código que, embora promulgado em 1916, na realidade, era fruto do século XIX, uma vez que o seu projeto fora elaborado no segundo semestre de 1899 e era, portanto, imbuído de toda uma filosofia individualista que reinava naquela época”. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do Novo Código Civil brasileiro. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005. p. 13-28. p. 16. Ainda, há de se ter em conta que a própria noção de progresso é problemática. CARBONNIER, Jean. **El Derecho Flexible**. Para una sociología no rigurosa del Derecho. (Trad. Luis Díez-Picazo). Madrid (Espanha): Tecnos, 1974. p. 21.

<sup>21</sup> GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 15-20, jan./dez. 2005. p. 19.

<sup>22</sup> Segundo Claudia Lima MARQUES: “Hoje, a *superação* de paradigmas foi substituída pela *convivência ou coexistência dos paradigmas*”. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004. p. 43. Esse sentido dinâmico é captado pelo metafórico paradoxo que alimenta a expressão “paradigmas inconclusos”, que intitula obra de FEITOSA. Ver: FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. Em seu dizer: “Nesse ambiente plural, alguns processos que foram anunciados como paradigmáticos apenas evidenciam um ângulo da problemática”. FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. Obra citada, p. 567.

Nesse compasso, prima-se pela idéia de *travessia*,<sup>23</sup> a captar um direito em movimento,<sup>24</sup> em contínua elaboração,<sup>25</sup> em transformação.<sup>26</sup> Segue que a(s) leitura(s) contemporânea(s) das relações interprivadas são informadas por um conjunto de mutações,<sup>27</sup> entre as quais, sem pretensões de exaurimento, apresentam-se fenômenos e compreensões associados a idéias como a defesa da pluralidade, da *concretude*,<sup>28</sup> da substancialidade, da *repersonalização*, da interlocução e da interpenetração entre público e privado e da *constitucionalização*. Sobre esses assuntos passa-se a tratar.

### 1.1.1 A(s) pluralidade(s)

Fenece um sentido monolítico do saber jurídico, da imutabilidade dos

---

<sup>23</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Introdução Crítica ao Direito Civil. p. 1-18. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 24.

<sup>24</sup> Cujá norma “nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento o qual pertence”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 72.

<sup>25</sup> Talvez, salientando a postura ativa e o muito por fazer, ao invés de e-labor-ação, permita-se inverter a ordem dos elementos para sugerir “*labor e ação*”. Para FACHIN, trata-se de “reelaboração”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 216.

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.) **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46. p. 42.

<sup>27</sup> Frisa TEPEDINO: “No momento exato em que rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obrigamo-nos a considerar **sempre em mutação** nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob este ponto de vista, nem sempre precisaríamos recorrer ao adjetivo *novo* para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem a retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática”. TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 199-215. p. 200. Grifou-se.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, ano 1, p. 41-66, maio 2005. p. 44. O termo é utilizado largamente neste estudo.

significados,<sup>29</sup> da exatidão dos conceitos gerais e imutáveis,<sup>30</sup> dos postulados cuja precisão pretende rigor matemático e pretensa neutralidade. Em consonância, “é nossa firme posição”, enfatiza NORONHA a quem se acompanha:

que se as normas jurídicas são formuladas em resposta aos problemas econômicos, sociais e políticos da sociedade, a ordem jurídica refletirá necessariamente os compromissos políticos, as contradições econômicas, os contrastes e harmonias sociais, as convicções religiosas, e até as ideologias dominantes: o direito espelha a sociedade em que se insere.<sup>31</sup>

Ao Direito contextualizado e voltado à *concretude* abrem-se novas possibilidades e desafios.<sup>32</sup> Entre os afazeres, a confrontação das insuficiências e dos paradoxos da Modernidade ilustrados pelo *Code*. Nessa senda, ressalta-se que a *unidade* da codificação estava fundada na *divisão* entre público e privado; a pretensa *completude* estava sustentada nas *exclusões* e nas *ausências*,<sup>33</sup> o aspecto

---

<sup>29</sup> No ensinamento de FACHIN: “A transformação de paradigmas supõe riscos e possibilidades. As dificuldades advêm da força de permanência dos significados e dos saberes pretensamente perenes dos significantes. Outros horizontes podem ser captados para compreender o novo Direito Civil, até mesmo a palavra muda. Uma alteração expressiva é rejeitar as definições sempre exatas e pretensamente verdadeiras”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 173.

<sup>30</sup> Salienta Paulo LÔBO: “Parecia que as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemorais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada. Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, n. 141, ano 36, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 100.

<sup>31</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21. De acordo com BARROSO: “A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, 2001. p. 6. Segundo António Manuel HESPANHA: “Deve-se, contudo, lembrar-se que também os valores jurídicos são realidades sociais, ainda que não institucionalmente enraizadas, e, por isso, socialmente explicáveis”. HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal: Publicações Europa-América, 1997. p. 197.

<sup>32</sup> Exclamou Orlando GOMES: “Quando, porém, se acentuaram, descortinando a nova função social da propriedade, e passaram, novamente, a ter relevância a pessoa – do proprietário e a qualidade dos bens, o próprio conceito de propriedade, abstraído de outras realidades, inferido de condições sociais diversas, tornou-se manifestamente incongruente. Percebeu-se não ser indiferente pertencerem os bens a um empresário ou a um ocioso, não ter a mesma significação social a propriedade de uma fábrica ou de um bem de consumo. Sentiu-se, enfim, a necessidade de reformular a conceituação, de apoiar a noção em outra realidade social, de depreendê-la, em suma, da essência dos novos fatos”. GOMES, Orlando. A função renovadora do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 12, p. 39-47, 1969. p. 44.

<sup>33</sup> Na seara jurídica a separação entre o que é ou não reconhecido, vale dizer, entre *direito* e

formalmente *desideologizado* contrastava com a incorporação de uma ordem de valores peculiar.<sup>34</sup>

Cuida-se, em seguida, de ressaltar a “crise das fontes normativas”, como a denominou TEPEDINO,<sup>35</sup> e suas reverberações na atividade interpretativa a qual se associa às potencialidades da abertura semântica. Na trilha das pluralidades,<sup>36</sup> versa-se ainda sobre a confrontação do sujeito abstrato, tecendo-se considerações sobre a *repersonalização* do Direito, procurando-se iluminar as bases em que se fundam as *reconstruções* do Direito Privado.<sup>37</sup>

---

*não-direito*, marca opção não puramente epistemológica, mas, ao contrário, mergulhada em valores, cultura, interesses, ideologia. Dizer o contrário é atribuir ao Direito a condição de uma ciência pura, exclusivamente técnica, retirando ou desconhecendo-se sua condição seja de arte, seja de discurso. Sublinha FACHIN: “o sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue mas eficaz lâmina o direito do não-direito por essa via, fica de fora do sistema o que ao sistema não interessa, como por exemplo as relações indígenas sobre a terra, o modo de apropriação não exclusivo dos bens, a vida em comunhão que não seja a do modelo dado”. FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, ano 27, n. 27, p. 49-60. 11/27/1992 - 1993. p. 53. Publicado também em: **Revista Raízes Jurídicas**, Curitiba, v. 3, n. 1. p. 53-60, 1997.

<sup>34</sup> Cuida PERLINGIERI açambarcando vários aspectos que se buscarão ressaltar: “Ao civilista cabe tradicionalmente a tarefa de introduzir o estudante na ciência jurídica, tarefa mais complexa e difícil de realizar do que no passado, principalmente por estas razões: a irredutibilidade da introdução ao estudo do direito à transmissão de conceitos e categorias gerais, de forma a-histórica, como verdades absolutas (no que o saber dogmático torna-se um saber cada vez mais problemático); a crise da distinção tradicional entre direito público e direito privado e a sua estreita compenetração; a maior consciência do jurista acerca da indivisibilidade entre a técnica e a ideologia”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII.

<sup>36</sup> Na concisão de Claudia Lima MARQUES: “O pluralismo, a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos caracteriza e desafia o Direito Privado brasileiro atual”. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004. p. 38.

<sup>37</sup> Ao explicitar sua compreensão sobre o “Direito Civil no território plural da contemporaneidade”, em palestra proferida por ocasião do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, aduz FACHIN: “Este acontecimento historia o pretérito, celebra o presente e anuncia o novo que se matricula nas preleções do amanhã do Direito Civil-Constitucional. Evidencia, desde logo, três superações: a do monismo das fontes, a da rigidez literal da hermenêutica, e a da significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade. Apreende, como método, um procedimento dialético problematizante assentado na crítica e na permanente reconstrução dos sentidos atribuíveis ao campo jurídico”. FACHIN, Luiz Edson. **A construção do Direito Privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil**. Palestra proferida no Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 21/09/2006.

### 1.1.1.1 Pluralidade de fontes e interpretação-aplicação

Colhe-se, na senda das mutações do Direito Civil, os frutos da absorção da *pluralidade*, a qual se espraia e assume vários significados.

Em detrimento do monismo de fontes que identifica – incitando à confusão – Direito e lei, na trilha da **abertura**<sup>38</sup>, a pluralidade<sup>39</sup> caminha para a valorização de fontes diversas, especialmente a doutrina e a jurisprudência, mitigando-se a concepção que admite a lei como *o fim*<sup>40</sup> e como *um fim*.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Afirma-se a “natureza necessariamente aberta da normativa”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 155.

<sup>39</sup> Evitou-se a expressão “pluralismo jurídico” por aderir a um conjunto próprio de idéias e ramificar-se por várias vertentes, como pluralismo econômico, político, sociológico etc. “*Más exactamente, la sociología actual tiende a mostrar que no hay un pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico, fenómenos múltiples, que resultan de categorías diversas y que conviene distinguir*”. CARBONNIER, Jean. **El Derecho Flexible**. Para una sociología no rigurosa del Derecho. (Trad. Luis Díez-Picazo). Madrid (Espanha): Tecnos, 1974. p. 26. Em tradução livre: “Com mais exatidão, a sociologia atual tende a mostrar que não há um pluralismo jurídico, senão fenômenos de pluralismo jurídico, fenômenos múltiplos, que resultam de categorias diversas e que convêm distinguir”. Ao expressamente renunciar-se à herança Moderna no que diz respeito à completude e suficiência da lei, adota-se um de seus vetores, qual seja, a rejeição ao monismo das fontes e a afirmação da pluralidade de fontes. Na dicção de WOLKMER: “Constatou-se que na evolução histórico-política do Ocidente, prevaleceu uma cultura jurídica unitária que reproduziu idealizações normativas, montagens e representações míticas, reveladores de certo tipo de racionalização formal e de legalidade estatal, próprias de um modo particular de produção econômico-social. Por sua vez, tanto o racionalismo filosófico quanto o iluminismo político favoreceram horizontes específicos do Estado Liberal de base burguês-capitalista que, como fonte única de validade, foi capaz de exprimir, em normas jurídicas, as idéias, os objetivos, as necessidades e as relações sociais de segmentos dominantes da sociedade”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 58-59. Dessa feita, não se adota nesse exame a corrente denominada Direito Alternativo, tendo-se por norte a busca das alternativas no Direito. Assim, acata-se a premissa de presunção de validade da lei, mas reflete-se sobre sua eficácia, sua repercussão social e os limites e possibilidades de sua interpretação-aplicação e transformação. Ver também: FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 243-256.

<sup>40</sup> Para Juarez FREITAS: “[...] transparece o papel concretizador do intérprete de ser o positivador que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador. Ultrapassa-se, desse modo, a polêmica sem sentido dialético, entre objetivismo e subjetivismo. Mais intensa se mostra a valia da preocupação tedesca com a ‘adequação funcional’. Preferível, por isso mesmo, afirmar que o intérprete constitucional em geral (e, de modo maiúsculo, o magistrado), de certo jeito, positiva o Direito por derradeiro. Fora de dúvida, o juiz (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica no processo”. FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 34, p. 59-76, 2000. p. 62.

<sup>41</sup> Significa dizer que a “lei” não é o ponto de chegada (*o fim*), bem como que não é uma finalidade em si (um fim).

Diversa é a ótica moderna, denotada pela onipotência do legislador, pelo monismo estatal<sup>42</sup> e pelo monopólio da lei corporificado no Código,<sup>43</sup> a imiscuir legitimidade e legalidade,<sup>44</sup> a prescindir da análise material<sup>45</sup> em detrimento do formalismo, a culminar em um direito “justo por si mesmo”.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Ao explicar o elo entre completude e a onipotência estatal, salienta BOBBIO: “Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal devia regular cada caso possível: havendo lacunas, o que deveria ter feito o juiz senão recorrer a fontes jurídicas extra-estatais, como o costume, a natureza das coisas e a equidade? Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. (Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. p. 120-121. Ao discorrer sobre o fenômeno da codificação moderna, ensina CAPPELLINI: “e como suas 'características historicamente tipificadoras' posteriores (**fonte unitária garantidora do caráter unitário da entidade-Estado; fonte completa sem lacunas, portanto; fonte exclusiva**) assinalam, este campo jurídico será posteriormente determinado, sublinhando a validade constitucional da idéia de Código; retomando a visão de vários autores, não seria de fato imprudente afirmar, diante da mutabilidade e fragilidade das disposições constitucionais (mais ou menos 'flexíveis') do início do século XIX, que o Código (Civil, com reforço da tutela constituída pelo advento do penal) representa a verdadeira, própria e 'granítica' Constituição do Estado da burguesia em ascensão”. CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Transcrição da palestra “Sistema Giuridico e Codificazione” proferida em 17/09/2007, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca). Curitiba: Juruá, 2007. p. 18. Grifou-se.

<sup>43</sup> Para Maria Luiza Pereira Alencar Mayer FEITOSA: “Parece estar em curso uma racionalidade política e normativa em permanente processo de elaboração capaz de englobar a proliferação de todos os espaços onde coexistam as diferenças e a diversidade de sistemas do direito, consideradas as múltiplas fontes normativas formais e informais, estatais e não-estatais da atualidade”. FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007.p. 242.

<sup>44</sup> Nas palavras de Paolo GROSSI: “a legalidade; é fácil constatar que se transformou imediatamente em legolatria. Cada manifestação jurídica contanto que fosse legislativa, contanto que fosse proveniente do órgão depositário da soberania estatal, era tida como justa e passível de total obediência, quase como se o legislador fosse uma espécie de rei Midas, hábil a transformar em ouro tudo aquilo que tocava. Em toda a idade moderna repetiram-se genuflexões imotivadas à lei, sem que se desse conta da consideração elementar de que ela nada mais era do que um recipiente vazio e que somente os conteúdos podiam merecer a observação dos destinatários”. GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004. p. 7.

<sup>45</sup> Embora se trata de outro enfoque e contexto, PERLINGIERI cita a postura ativa de parte da jurisprudência em negar-se a aplicar a legislação nazista. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 6. A sua vez, Maria Celina Bodin de MORAES, aponta que, defronte os horrores do nazismo, é preciso entender-se pela insuficiência do “legalismo em sentido estrito”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Código Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 779, ano 89, p. 47-63, set. 2000. p. 52.

<sup>46</sup> CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Transcrição da palestra “Sistema Giuridico e Codificazione” proferida em 17/09/2007, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca). Curitiba: Juruá,

Impende estabelecer e frisar o elo entre o perfil do Direito e sua interpretação. Consoante a lição de TEPEDINO: “A Escola da Exegese, re-elaborando o princípio da antiga tradição romana medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico em todas suas manifestações”.<sup>47</sup> Consoante assinala GROSSI, sob mitos assentou-se o monismo moderno.<sup>48</sup>

Resta claro que a liberdade formal da Modernidade assentava-se no aprisionamento do juiz ao texto.<sup>49</sup> Na lição de Orlando GOMES, a atitude do

---

2007. p. 17. Segundo Agostinho Ramalho MARQUES Neto “Assiste-se, então, a todo um exaustivo trabalho de positivação do Direito Natural, que se estendeu desde as Declarações de Direito individuais, atingindo o ápice no movimento que ficou conhecido como codificação, cujo marco inaugural é o Código Civil francês de 1804, conhecido como Código de Napoleão. O ideal do Direito por excelência, a partir de então, vai deixando de ser o Direito Natural, a cujos princípios e regras acederia mediante o uso da razão e que, por isso mesmo, a todos se imporia livremente, e vai passando a ser, progressivamente, o conjunto de normas escritas, sobretudo aquelas formalizadas em códigos que esgotassem o disciplinamento de ramos inteiros do Direito. Com a lei escrita, com o código, o positivista da norma está de posse, enfim, do objeto concreto, existente independentemente de seu mundo subjetivo, volitivo, representacional. Instaurado esse lugar de 'objetividade', ele já tem âncora que lhe parece segura para empreender o trabalho de construção da ciência jurídica. Não há mais, então, porque procurar direito fora dos códigos. O valor predominante que está por trás desse processo já não é mais o valor justiça, como no jusracionalismo, mas os valores certeza do sentido das normas e segurança, daí decorrente, nas relações jurídicas. Segurança, principalmente, da classe dominante no sentido de garantir para si mesma o lugar de dominação...”. MARQUES Neto, Agostinho Ramalho. Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, p. 69-99, 1998. p. 88.

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16. p. 2.

<sup>48</sup> Na reflexão de Paolo GROSSI: “A separação entre jurista e sociedade, a representação do jurista como gramático do poder e a condição simplesmente executiva e conservadora do direito circulam como alicerces numa estruturação rigidamente monista do Estado, marcada pelo princípio constitucional da subtração de toda a liberdade criativa à ordem dos juristas, enquanto se continua a recitar de modo sempre mais inconsciente mitos, fórmulas e temores provenientes dos eventos de 1789”. GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 15-20, jan./dez. 2005. p. 18.

<sup>49</sup> BARROSO sublinha: “Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito — ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica — é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade. Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos a norma. O juiz — *la bouche qui prononce les paroles de la loi* — é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito

intérprete afeito à Exegese coaduna com veneração quase religiosa à lei. Nessa linha, expõe:

A codificação do Direito Civil francês provocou, entre os juristas do século XIX, uma tendência para o seu endeusamento. Deve-se êsse sentimento, possivelmente, à circunstância de ter sido obra legislativa que vem coroar o triunfo progressivo da Revolução, pela sedimentação dos seus ideais políticos na ordem privada, e à sua adequação às necessidades da nova ordem econômica e social, que se erigia sobre os escombros do antigo regime destruído.<sup>50</sup>

Caracteriza(ram) essa maneira de interpretar e, portanto, essa visão<sup>51</sup> do Direito, um espírito de neutralidade e a *sacralização*<sup>52</sup> do texto, cuja devoção<sup>53</sup> evoca

---

constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, 2001. p. 13. GROSSI fala na “libertação da condição servil da exegese”. GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 15-20, jan./dez. 2005. p. 18.

<sup>50</sup> GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005. p. 123. Similarmente: TUTIKIAN, Cristiano. O paradigma da deificação da lei e a tarefa hermenêutica de concretização da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 45, p. 187-204, 2006. p. 188.

<sup>51</sup> Não se está a afirmar que a visão do Direito seja determinada estritamente pela forma de interpretar, mas a ressaltar seu caráter revelador. Nesse sentido: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 111. Desta sorte, é possível afirmar uma aproximação ou nexo entre o monismo das fontes, a legitimação pela legalidade, uma teoria tradicional ou estritamente dogmática da compreensão dos institutos jurídicos e a interpretação – supostamente neutra – volta à literalidade, à qual se pode associar ainda a escola da exegese. Sobre a “perspectiva dogmática” escreve Jean CARBONNIER: “*Es está concepción esencialmente monista. El derecho es uno, el derecho es un todo homogéneo, un bloque sin fisuras. El derecho es uno porque se confunde con el Estado, y porque, en un medio social dado, lógicamente sólo puede haber lugar para un Estado*”. CARBONNIER, Jean. **El Derecho Flexible**. Para una sociología no rigurosa del Derecho. (Trad. Luis Diez-Picazo). Madrid (Espanha): Tecnos, 1974. p. 24. Em tradução livre; “É esta concepção essencialmente monista. O Direito é um, o direito é um todo homogêneo, um bloco sem fissuras. O direito é um porque se confunde com o Estado e porque, em um meio social dado, logicamente somente pode haver lugar a um Estado”.

<sup>52</sup> Ensinando sobre as “crenças” que notabilizam a Escola da Exegese, explana Orlando GOMES: “A função do jurista se reduz à interpretação dos textos legais. As obras jurídicas tomam, logicamente, a feição de análise, sob a forma de comentários. Dos traços característicos da doutrina sobrelevam, evidentemente, os três primeiros: o respeito religioso ao texto, a busca ansiosa da intenção do legislador, a crença ingênua na sua infalibilidade. De todos os dogmas da doutrina, nenhum, contudo, exerceu influência mais perniciosa do que a fé na onipotência do legislador. Decorre, seguramente, dos dois primeiros. O culto do texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre toda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esforço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador”. GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005. p. 124. Cobra GROSSI que “não esqueçamos nunca de conceber o Código – a idéia de Código – como fruto extremo do comportamento geral de *mística* legislativa”. GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. (Trad. De Arno Dal Ri Júnior). 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 118. Grifou-se.

<sup>53</sup> Com igual sentido, ao criticar a postura supostamente neutra que cinge o Direito à lei e a lei

a preservação e pretende a legitimação de uma postura acrítica e passiva do jurista. O juiz autômato<sup>54</sup> apenas fazia ecoar a lei. No plano do conhecimento, significava a simples reprodução de saberes e a manutenção dos institutos jurídicos. O pretenso rigor interpretativo se justificava, em realidade, pela defesa ferrenha do *status quo*,<sup>55</sup> visto que há muito se sabe que o Direito tem o poder de transformar,<sup>56</sup> assim como o de manter.<sup>57</sup>

---

à norma, Orlando GOMES utiliza ainda a expressão “fetichistas do texto legal”. GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005. p. 125. Cuidando da Escola da Exegese, assinala BOBBIO: “a cada grande codificação desenvolveu-se a tendência de ater-se escrupulosamente aos códigos, atitude esta que foi chamada, com referência aos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a cada nação com Direito codificado, de *fetichismo da lei*”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. (Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. p. 121. Similarmente, TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 2; HORA Neto, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT, n. 14, ano 4, abr./jun. 2003. p. 39.

<sup>54</sup> Aproveitando-se o título de famoso filme de Charles Chaplin, pode-se afirmar que, as novas possibilidades e exigências pedem passagens aos “*Tempos Modernos*” da interpretação.

<sup>55</sup> Cuida Caio Mário da SILVA PEREIRA: “As codificações cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos”. SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes). v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23.

<sup>56</sup> “O Código Civil preocupava-se em garantir as regras do jogo (a estabilidade das normas); já as leis especiais as alteram sem-cerimônia, para garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 7.

<sup>57</sup> Uma vez instalada no poder, a burguesia triunfante logo trocou aquela fundamentação jursracionalista que tanto a ajudara durante o processo revolucionário, por uma fundamentação positivista, mantendo contudo o caráter universalizante de seu discurso. Trata-se, agora, não mais de conquistar o poder, mas de mantê-lo. E este é o momento em que o revolucionário se transforma em conservador”. MARQUES Neto, Agostinho Ramalho. Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, p. 69-99, 1998. p. 88. “O direito capturado no laço mortal das invenções e artifícios imobilizantes (antes de tudo a assim chamada hierarquia das fontes), inseriu-se bem profundamente nos mecanismos de poder e foi eliminado o quanto possível da sociedade civil e da cultural. **É operação muito lúcida e inteligente da burguesia vitoriosa, impregnada de vigilante atenção pelo ‘jurídico’ e de desconfiança em relação ao jurista**. A estes, ao longo do século XIX, nos países de direito codificado (que são maioria) é reservada a dimensão passiva da exegese, da qual não é impossível mas é difícil readquirir o céu aberto e vivo do pensamento”. GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 15-20, jan./dez. 2005. p. 17. Oferece Carmem Lucia Silveira RAMOS a proposta para renovar o enfoque de mera conservação: “o estudo do direito será feito a partir da sociedade e da ideologia e não vice-versa consoante a construção inclusive das teorias sociológicas, e a alienação, que afasta o homem do conhecimento próprio e do de [sic] seu lugar na sociedade volta-se para este conhecimento, desmistificando a falsa liberdade, uma vez que o objetivo da aplicação do direito se volta para uma verdadeira liberdade, para uma sociedade de homens desalienados. Procurando romper com determinados obstáculos epistemológicos e construir um direito voltado para o real (de vez que a teoria crítica do direito parte do pressuposto de que o problema ontológico do direito é ser falso, na medida em que seus propósitos estão relacionados com a ideologia de manutenção da ordem social como ela é) e para o futuro (visando a transformação da

A conversão dos institutos em dogmas é consentânea às verdades absolutas e à indefectibilidade da lei a garantir, a seu turno, a intangibilidade dos contratos e da propriedade. Prevaleceu uma hermenêutica desumanizada, fulcrada em silogismos e na subsunção, como reflexo de um sistema fechado sem lacunas ou antinomias, cujas soluções são predeterminadas. Conforme anotou-se acima, por força da completude,<sup>58</sup> criou-se a ficção de que todas as hipóteses já foram esgotadas.

Tal modelo interpretativo assemelha-se a um mecanismo de “interpretação robótica” ou uma “hermenêutica computadorizada”. Sob o prisma “técnico”, o código binário das dicotomias (público/privado; justo/injusto; lícito/ilícito, válido/inválido, indivíduo/sociedade); no plano do conteúdo, a facilidade de acesso e armazenamento de informações a se opor à incapacidade de apreciar o conteúdo da liberdade e da igualdade.

Apenas coletar dados não permite aproximar a realidade jurídica e a realidade social. Ora, computadores não podem substituir os juízes,<sup>59</sup> a não ser que se

---

sociedade), esta teoria alija os princípios gerais do direito, pela sua incompatibilidade com sua construção, propondo, em síntese, com as categorias críticas: (a) um direito voltado para uma sociedade melhor, em tempo futuro; (b) do ponto de vista ideológico, uma sociedade baseada em valores reais e não em mitos, ao contrário do que prega a teoria jurídica tradicional; (c) afastar os homens da alienação, a partir de uma sociedade de homens efetivamente livres, pensando com suas próprias cabeças, vendo na liberdade um autêntico dever”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os Princípios Gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 22, p. 272-284, 1985. p. 283-284.

<sup>58</sup> No pensamento de BOBBIO: “A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. (Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. p. 121.

<sup>59</sup> Comentando a notícia de que os Estados Unidos estavam avaliando substituir os juízes por computadores, o juiz Luiz Guilherme MARQUES, em artigo publicado pela Associação dos Magistrados do Brasil defende: “É fora de dúvida que qualquer computador pode substituir um juiz na prolação de sentenças, desde que programado para essa função”. Feitas algumas ressalvas quanto a casos que envolvem subjetividade conclui que “uma das mais importantes inovações em termos de informatização será a de programar computadores para sentenciarem em casos repetitivos [sic] e que não tenham nenhuma subjetividade. Tomara que os americanos comecem logo a implementar esse recurso tecnológico e tomara que ele seja importado imediatamente para o nosso país. Não temos nada contra a novidade, antes pelo contrário...”. MARQUES, Luiz Guilherme. **AMB Debate**. Computadores prolatores de sentenças. Online em: <[http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=911](http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=911)>. Acesso em 15/03/2008. Notadamente não estamos discutindo sobre inteligência artificial, porém ressaltando o temor acerca da adoção de uma racionalidade estritamente numérica ou mesmo exclusivamente econômica, representada metaforicamente pela lógica binominal das máquinas. Antecedendo-nos em mais de 40 anos em traçar essa ponte, em 1967, afirmou Orlando GOMES: “Os acontecimentos que desencadearam a crise espiritual de nossos dias, destruindo parcialmente o sistema de valores a que condicionava a cultura jurídica, determinaram, não apenas a substituição de matrizes filosóficas do Direito Privado, dos seus fundamentos e finalidades, senão, também, de sua dogmática. Mas enquanto a maioria dos juristas está convencida de que não subsistem esses pressupostos, não se aperceberam ainda alguns de que, corroídos e solapados, desabaram muitos conceitos básicos do sistema abalado,

pretenda reutilizar as engrenagens da Modernidade,<sup>60</sup> com sua suposta neutralidade axiológica e pretensa ausência de antinomias; enferrujadas sem as “gotas do óleo social”.<sup>61</sup> Na percepção de CÁRCOVA:

*El papel que tradicionalmente habían signado al juez como la voz de la ley, ese papel pasivo, meramente cognitivo, ha sido ya superado. Predominan en cambio, otros enfoques. En ellos, la actividad jurisdiccional se piensa como una función constitutiva del sentido con el que el discurso del Derecho se despliega y se materializa.*<sup>62</sup>

Não resta dúvida que crescerá em importância questionar, nas palavras de CÁRCOVA, sobre *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?*; o que não significa previamente condenar a abertura.<sup>63</sup> Denunciam-se a superficialidade e a enganosa

alterando-se o significado da ordenação jurídica, tanto doutrinária como legislativamente, e, em consequência, a função político-judicial, que, a permanecer como entendia o positivismo jurídico, permitiria, talvez, na atualidade, a substituição de juízes por **cérebros eletrônicos**. GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1976. p. 5. Grifou-se. Sublinha PERLINGIERI: “Assim, ao lado dos meios tradicionais são propostos meios eletrônicos cada vez mais sofisticados e elaborados. Tal revolução tecnológica não pode pretender se esgotar em uma tarefa meramente aplicativa do *software* aos ‘dados’, sem uma empenhada e constante atividade hermenêutica por parte dos juristas. Do contrário, o risco é de se basear na mera literalidade dos dados, nas palavras que por sua própria natureza são indeterminadas e ambíguas, freqüentemente em equilíbrio instável entre o sentido a elas atribuído pela linguagem técnica e por aquela comum”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

<sup>60</sup> “As ficções clássicas se desgastam, e como são as molas de seguimento do motor jurídico, tiram-lhe a disposição”. GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005. p. 128.

<sup>61</sup> A referência a expressão extraiu-se de: GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1976. p. 2. Ali, atribuiu-se a GIERKE sem mencionar obra específica. Em: **German Law Journal** (GLJ), v. 7, n. 10 – 1, October 2006, a referência a “*drop of social oil*” é tributada a: GIERKE, Otto von. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts: Vortrag gehalten am 5 April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien**. Berlin (1889). Explica Franz WIEACKER, por seu turno que: “Esta frase, tantas vezes citada, constitui talvez uma réplica inconsciente do célebre dito de Ludwig Uhland na Igreja de São Paulo em 22 de janeiro de 1849 – não haveria de brilhar sobre a Alemanha nenhuma cabeça que não estivesse temperada com uma gota do óleo democrático -, mas sem a força expressiva poética do jogo de palavras de Uhland, que aludia à unção do rei com óleos sagrados”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. (Trad. A. M. Botelho Hespanha). 3. ed. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 539.

<sup>62</sup> CÁRCOVA, María Carlos. *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 35, p. 7-17, 2001. p. 8. Em tradução livre: “O papel que tradicionalmente se determinou ao juiz como a voz da lei, esse papel passivo, meramente cognitivo, já resta superado. Predominam, ao contrário, outros enfoques. Neles, a atividade jurisdiccional é pensada como uma função constitutiva de sentido com o que o discurso do direito se desenrola e se materializa”.

<sup>63</sup> Havendo várias opções, o primeiro termo da locução “*decisão judicial*” assume nova importância. Ao juiz não é dada a norma como texto final, mas como texto a ser lido e interpretado. O espaço de decisão atribui certa autonomia, a qual corresponde, com grande ênfase, à valorização da fundamentação, bem como do jogo de valores. Em outras palavras, o juiz não apenas identifica a lei aplicável segundo regras hermenêuticas tradicionais, como se aplicar a lei fosse um caça-palavras (ou hipóteses). Faz eleição conjunta em que são apreciados a natureza das relações e seus aspectos para estabelecer quais as normas serão aplicadas/criadas e como serão aplicadas.

máscara de neutralidade do juiz da Modernidade,<sup>64</sup> reclamando-se uma atividade de interpretação-aplicação<sup>65</sup> com maior profundidade, com maior densidade, concebida como poder/dever de efetivar a Constituição.<sup>66</sup>

#### 1.1.1.1.1 Ao invés do fim, o recomeço

Sob enfoque diverso, contrapondo a unidade monolítica da codificação, a doutrina tem associado ao novo cenário – ou ao atual processo de mutações – idéias tais como ressystematização,<sup>67</sup> fragmentação, crise e incerteza.

<sup>64</sup> “A ideologia da subsunção consistiu em mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 68.

<sup>65</sup> Nessa esteira, sobre um modelo interpretativo calcado na regra (ficção) “*in claris non fit interpretatio*” posiciona-se PERLINGIERI: “outro pressuposto fundamental de tal enfoque é a separação em dois momentos, aquele da relevância da norma e aquele de sua aplicação, considerando inadmissível e puramente imaginária a circularidade entre forma e fato; a possibilidade que foi aduzida, ao revés, a favor de um procedimento único e global, no qual interpretação e aplicação representam aspectos do fenômeno da individuação normativa do caso concreto”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 71. A clareza é vista então como *posterius*, não como um *prius*. PERLINGIERI, Pietro. Obra citada, p. 72. Esse último aspecto é reforçado mais adiante. PERLINGIERI, Pietro. Obra citada, p. 79. O tema é novamente tratado na obra “O Direito Civil na Legalidade Constitucional”, ao qual se remete, em especial a parágrafo de sugestivo título: “Ambigüidade da regra *in claris non fit interpretatio*”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Parágrafos 189 e 190. p. 609-615. Para Francisco AMARAL: “Os juízes não se limitam a aplicar um Direito pré-constituído, mas também constroem a norma jurídica adequada ao caso concreto”. AMARAL, Francisco. Autonomia privada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, p. 25-31, 1999. Também favorável à interpretação-aplicação, Eros GRAU, em voto proferido na ADI n.º 2.797, repisando a compreensão exposta em seu “Ensaio sobre interpretação/aplicação do Direito”. Para Eros GRAU: “O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos. [...] A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quanto é definida a norma de decisão apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se sobrepõem. Inexiste interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela”. BRASIL. STF. ADI n.º 2.797/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 15/09/2005. DJ: 19/12/2006. Voto do Min. Eros GRAU. Em outra passagem, controvertem Eros GRAU e Carlos VELLOSO: em questão, saber se, em que pese se trate de ADI (forma de fiscalização abstrata da constitucionalidade), indaga Eros GRAU, “estamos diante de uma questão de fato ou de direito”, ao que replica Carlos VELLOSO “o juiz está sempre diante de fatos”, passagem que resgata a ambigüidade entre fato e direito na atividade, justamente por isso, de interpretação-aplicação.

<sup>66</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A defesa da Constituição nas Cortes Supremas**. Aula Magna Inaugural do ano letivo de 2006, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, 06/03/2006.

<sup>67</sup> “Resta ser individuada uma nova sistematização do direito”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis**

De acordo com LORENZETTI, analogamente à diversificação dos produtos que se adéquam às necessidades do consumidor, há um “processo de diferenciação do produto legislativo”,<sup>68</sup> provocando uma proliferação de leis a qual “produz insegurança e mobilidade”.<sup>69</sup> O binômio insegurança e mobilidade parece de fato caracterizar o Direito Civil contemporâneo, no entanto, merecem reparos as teses que tentam enfatizar o primeiro aspecto (insegurança) em detrimento da abertura.

Sob pena de se ignorar que a completude da codificação foi antes de tudo um *mito*, não pode passar despercebida a circunstância de que a rigidez das normas e a exatidão esquemática das conseqüências jurídicas não exauriram as possibilidades, antes as limitavam.<sup>70</sup> Na dicção de Jean CARBONNIER: “*existen así una serie de umbrales jurídicos que la mayor parte de las relaciones sociales no franquean nunca*”.<sup>71</sup> Emerge a preocupação em torno da indagação sobre os que “ficam de fora do espaço criado pelas categorias abstratas do sistema jurídico”, atirados no limbo do não-reconhecimento jurídico.<sup>72</sup>

Resulta que, diante da decadência do pretense aspecto de totalidade do Código e da conseqüente insuficiência da técnica de subsunção, a abertura é necessária não apenas em termos lingüísticos (explorando sua sintaxe e semântica), mas para oferecer abrigo jurídico às situações que se preferiu deixar do *jardim*<sup>73</sup> para *fora*.<sup>74</sup> Como alerta Eroulths CORTIANO Jr.: “Acima de tudo, está a necessidade da

---

**do Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 55. Refira-se também ao capítulo “Ressistematização” em: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado.** (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 68 e seguintes.

<sup>68</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado.** (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 70.

<sup>69</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado.** (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 70.

<sup>70</sup> BESSONE, Darcy. **Do Contrato.** Teoria Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 293.

<sup>71</sup> CARBONNIER, Jean. **El Derecho Flexible.** Para una sociología no rigurosa del Derecho. (Trad. Luis Díez-Picazo). Madrid (Espanha): Tecnos, 1974. p. 39-40. Em tradução livre: “Existem assim uma série de umbrais jurídicos que a maior parte das relações sociais não adentra jamais”.

<sup>72</sup> FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, n. 27, ano 27, p. 49-60, 1992/93. p. 56.

<sup>73</sup> A referência é ao clássico ensaio de Nelson SALDANHA. SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça.** Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

<sup>74</sup> Trata-se do “divórcio abissal entre o direito e o não-Direito”, aqui reforçado pelo filtro do que seja público e do que seja privado. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 212-213. Segundo Jussara MEIRELES: “o sujeito virtual distancia-se do real e concreto porque o sistema pretende, dessa forma, reafirmar-se em sua ideologia de suposta segurança e perpetuidade. Nesse sentido, alheios ao sistema estão todos aqueles que não se apresentam adequados ao modelo imposto. Produz-se, dessa forma, o silêncio e distanciamento interessantes e necessários daqueles que não correspondem à moldura ideologizada. Há preconceito? Evidentemente, sim; mas a idéia que tais incongruências parecem querer transmitir é a de que se a perfeição formal for atingida, o ‘restante’ não tem importância”. MEIRELES, Jussara. O

criação de um direito não mais excludente, porém includente”.<sup>75</sup>

Sem adentrar nas discussões acerca de um direito pós-moderno, a qual ampla doutrina já se deteve,<sup>76</sup> toma-se com cautela e mesmo receio o sentido de *fragmentação*, que pode conduzir ao reavivamento de dicotomias e divisões estáticas, bem como das compartimentações.<sup>77</sup>

Destarte, ensina PERLINGIERI, “falar em descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do

---

ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114. p. 92. À atribuição de um caráter científico às categorias jurídicas e conseqüentemente à interpretação, acima abordados, uniu-se a utilização dos conceitos para operacionalizar as exclusões e legitimar as ausências. Em consonância, afirma LORENZETTI: “Existe um umbral de entrada ao Direito Privado, que importa a exclusão de grupos de pessoas: nem todos chegam a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores em um processo. Estas exclusões permanecem ocultas sob nossos esquemas mentais: é a forma como se vê que impede a visão. Trata-se de condicionamentos epistemológicos que impedem apreciar o que é evidente, e quando mudam, outras evidências surgem. Toda verdade, todo conceito, importa uma exclusão, um lado negativo. Este aspecto é necessário para discernir o verdadeiro do falso, para estabelecer seus limites. O problema a que fazemos referência, vincula-se, contudo, com a verdade e o poder, na medida em que ambos se unem, umbrais de designação de verdade se estabelecem, os quais excluem, não por referência a esta, sim em relação aos interesses que sustentam. Por isso é importante examinar a exclusões e a mudança de paradigma, que permite apreciar novos problemas”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 87.

<sup>75</sup> CORTIANO Jr., Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. p. 102. A inclusão pode, com efeito, assumir vários enfoques os quais podem abarcar a inserção de determinada situação na lei, mas que devem abranger, igualmente, discussões em torno da efetividade da tutela e de sua relevância. Embora escape aos limites desse trabalho, assinala-se ainda a relevância do reconhecimento da existência, assim como a possibilidade de se escutar as razões do excluídos. Mencione-se a mostra “Filhos do Brasil – Desordem e Progresso”, realizada no Parque Ibirapuera, pelo Instituto para o Desenvolvimento da Criança e do Adolescente pela Cultura e Esporte, em que foram exibidas fotos de crianças e adolescentes por todo o Brasil, em “situação de risco”. Nas fotos, as cenas de notória violação de seus direitos básicos eram confrontadas pelas garantias previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, denunciando a exploração de quatro milhões de crianças em trabalho infantil no país e sua situação precária. A denominação *filhos do Brasil* faz clara referência à amplitude da responsabilidade a qual abarca a circunstância de que a criança desamparada desconhece a dicotomia público-privado. IDCACE. “**Filhos do Brasil – Desordem e Progresso**”. Exposição em espaço aberto. São Paulo, Parque Ibirapuera, jul./set. 2008. Online em: <[www.idcace.org.br/filhosdobrasil/voto](http://www.idcace.org.br/filhosdobrasil/voto)>. Acesso em: 15/06/2008.

<sup>76</sup> Enfocando a Pós-Modernidade sob o prisma jurídico: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo**, São Paulo, USP, n. 94, p. 3-12, jan./dez. 1999. MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 1, n. 1, p. 13-58, 2000. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 76-90, 1990. MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Pactos administrativos: um enfoque pós-moderno. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.

ordenamento de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global”.<sup>78</sup> Em questão não está optar entre “ordem e desordem”, mas em discutir a harmonização do novo cenário, na condução do “*diálogo das fontes*”<sup>79</sup> e na construção das coexistências.<sup>80</sup> As tarefas envolvem, portanto, recordar e grifar a falsa neutralidade da confecção de normas-conceito (gerais e abstratas); desmistificar a codificação e sua suposta plenitude, inteireza, cientificidade,

---

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 3-20, 2002.

<sup>77</sup> Assim, diz Washington de Barros MONTEIRO: “controverte-se, todavia, acerca da unidade ou pluralidade do direito privado, isto é, se a legislação a respeito deve ser compreendida por um só ou por vários Códigos”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10. Ao se constatar indagações dessa ordem, recebem-se com apreensão, as sugestões de que haja uma tendência à “fragmentação”. Diversificam-se os institutos e as leis, mas compõe-se uma unidade axiológica de matriz constitucional. À luz dessa visão, soa melhor falar em pluralidade, sublinhando o sentido de abertura, procurando colher no concreto a necessidade de novos matizes.

<sup>78</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 6. Por essa razão, “o direito especial tem sua peculiaridade e sua limitada autonomia, mas sempre derivada e vinculada pelas diretrizes e valores do sistema”. Obra citada, p. 79. Portanto, para PERLINGIERI, “discorrer sobre a descodificação relativamente ao código vigente não implica absolutamente a perda de um fundamento unitário do ordenamento, de tal forma a propor uma fragmentação dele em tantos microordenamentos e em tantos microssistemas. A técnica legislativa não é uma variável independente do quadro constitucional e não é suscetível de autolegitimar legislações de setores”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 186-187. Nessa linha, Gustavo TEPEDINO sublinha que “o direito civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradora, no Código civil. A Teoria Geral dos Contratos já não atende mais às necessidades próprias da sociedade de consumo, da contratação em massa, da contratação coletiva. A Teoria Geral da Propriedade já não responde à pluralidade de situações jurídicas em que se dá o exercício do domínio que, por isso mesmo se fragmenta”. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 11. Com efeito, critica TEPEDINO a proposta de IRTI justamente no sentido de um “direito civil fragmentado”, o que implicaria entender que, diante do plurissistema, os microssistemas propostos por IRTI seriam auto-suficientes. TEPEDINO, Gustavo. Obra citada, p. 12. Crítica idêntica é expressa, em outro artigo da mesma obra: \_\_\_\_\_. *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*. p. 199-215. Similarmente: TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 24.

<sup>79</sup> Ver nota n.º 8, na Introdução.

<sup>80</sup> Merece referência a posição de Claudia Lima MARQUES quando afirma: “aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do **sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo**”. MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002*. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004. p. 43. Grifou-se.

perfeição; cultivando-se a seara em que se deve então semear a unidade constitucional.<sup>81</sup>

No TJPR, a acolher esse pensamento, a compreensão da abusividade – *in concreto* – de cláusula contratual de plano de saúde a qual exclui a utilização de órtese, entre outros fundamentos, em face da proteção deferida ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana. Embasou sua posição, a juíza substituta Astrid Maranhão de Carvalho RUTHES, amarrando a legislação de proteção do consumidor à tutela constitucional, ao declinar que:

nos termos do artigo 51 do CDC, por ser abusiva, e disforme a confiança de adimplemento na contra-parte, a declaração de nulidade da cláusula 7º, inciso VII do instrumento de trânsito jurídico é consectária com o direito básico do consumidor à **saúde**, direito este social - constitucional esteado na CF/88, bem como, acolhe o raciocínio o conteúdo substancial do princípio da dignidade da pessoa humana artigo 1º, inciso II da CF/88.<sup>82</sup>

Entende-se, pois, prevalecer a compreensão segundo a qual o Direito

---

<sup>81</sup> Há, entretanto, quem opte por defender posição contrária. Segundo Maria Helena DINIZ: “É consultando o direito civil que o jurista alienígena percebe qual a estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um país e que o jurista nacional encontra as normas que têm repercussão em outros ramos do direito”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 25. ed. São Paulo. 2008. p. 55. Não se despreza, todavia, que o Direito Civil é deveras representativo de uma sociedade e que estabelece relevante regramento o qual atinge a vida cotidiana de modo intenso.

<sup>82</sup> PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 363059-9. 10ª Câmara Cível. Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho RUTHES. Julgamento: 24/05/2007. Na ementa da decisão, chame-se a atenção a idéias como “filtragem constitucional”, “constitucionalização”, “integração judicial axiológica e vinculativa ao caso concreto”, as quais, estiveram presentes de modo implícito na fundamentação: “DIREITO CIVIL - CONSUMIDOR - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C COM OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - PROCEDIMENTO MÉDICO - NEGATIVA DE COBERTURA - HERMENÊUTICA CONTRATUAL - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICAÇÃO DA LEI 8.078/90 - VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO CONSUMIDOR - DESCONHECIMENTO DE TERMOS DE CONOTAÇÃO ACADÊMICO - CIENTIFÍCO - ADOÇÃO DO CONCEITO DE HOMEM MÉDIO ‘BONUS PATER FAMILIAE’ - AUSÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR QUANTO AO OBJETO E EXTENSÃO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES INSERTOS NO INSTRUMENTO DE TRÂNSITO JURÍDICO - RECONHECIDA ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL - NULIDADE - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE - PREVALECIMENTO DO DIREITO BÁSICO À SAÚDE ARTIGO 6º DA LEI 8.078/90 -- FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO - PREEMINÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL, BOA FÉ OBJETIVA, DEVER DE COOPERAÇÃO E SOLIDARIEDADE CONTRATUAL - CLÁUSULAS ABERTAS - INTEGRAÇÃO JUDICIAL AXIOLÓGICA E VINCULATIVA AO CASO CONCRETO - INTELIGÊNCIA LEGAL DOS ARTIGOS 112 E 113 E 421 E 422 DO CÓDIGO CIVIL - VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA STANDART DO ORDENAMENTO JURÍDICO ARTIGO 1º, INCISO III, DA CF/88 - CONCEPÇÃO ÉTICO - JURÍDICA DO SER HUMANO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”.

contemporâneo encontra sua unidade ou integridade<sup>83</sup> na axiologia constitucional.<sup>84</sup> Portanto, o que explica o Direito contemporâneo é ser, conforme reflete PERLINGIERI, **unitário e complexo**:

*è indispensabile concepire l'ordinamento giuridico come unitario e complesso, là dove i principi costituzionali fungono da valori guida e assumono un ruolo di baricentro nell'articolata pluralità delle fonti del diritto. Ciò esclude che si possa configurare il sistema ordinamentale diviso in branche autonome o in tanti microsistemi policentrici, in ranghi o livelli normativi tra loro separati e non comunicabili.*<sup>85</sup>

<sup>83</sup> O termo é interessante pela dupla atribuição de sentido que se pode extrair da idéia de “conferir integridade ao ordenamento”. Cuidando da integridade primordialmente sob o aspecto da configuração de um sistema, isto é, da unidade do ordenamento, anota Julio César RIVERA que “*En efecto, la más autorizada doctrina señala en la actualidad que la integridad del ordenamiento produce una interacción entre la norma constitucional y la infraconstitucional que lleva, por un lado, al criterio tradicional conforme al cual la norma inferior debe interpretarse conforme a la Constitución, y otro, más novedoso cuál es interpretar la Constitución conforme al derecho infraconstitucional, con lo que se contradice – al menos en apariencia – el criterio de Tribunal Constitucional español que aludimos antes*”. RIVERA, Julio César. *El Derecho Civil Constitucional*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, ano 85. p. 11-28, mar. 2006. p. 23. Discorda-se, peremptoriamente, do segundo critério, o qual exige, conforme pontua RIVERA, admitir que o legislador ordinário ao legislar agiu de acordo com a normativa constitucional. A dissensão assenta-se em três fundamentos. Em primeiro, a suposição de adequação da norma infraconstitucional ignora que a inconstitucionalidade deve ser verificada (também) diante do caso concreto. Em segundo, pretende inverter a ordem axiológica que deve fluir de cima para baixo, pela força da gravidade dos preceitos constitucionais, alçados ao cume do ordenamento. Em terceiro, apenas para evidenciar a falta de lógica da interpretação conforme a legislação infraconstitucional – haja vista que os critérios clássicos de interpretação se aplicam apenas de modo secundário –, há que se notar que inúmeros institutos jurídicos não nascem apenas depois da Constituição, de modo que, ainda que possuam regulação cronologicamente posterior, guardam uma bagagem nem sempre compatível com a Constituição, de forma que se revela falaciosa tal proposta. Em tradução livre, o trecho mencionado ao início dessa nota: “Com efeito, a mais autorizada doutrina assinala na atualidade que a integridade do ordenamento produz uma interação entre a norma constitucional e a infraconstitucional que conduz, por um lado, ao critério tradicional segundo o qual a norma inferior deve interpretar-se conforme a Constituição, e outro, mais recente, de acordo com o qual se trata de interpretar a Constituição conforme o direito infraconstitucional, com o que se contradiz – ao menos aparentemente – o critério de Tribunal Constitucional espanhol que aludimos antes”.

<sup>84</sup> Destarte, “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 6. Nesse sentido, também as idéias lançadas por Gustavo TEPEDINO, Luiz Edson FACHIN, Paulo LÔBO, Maria Celina Bodin de MORAES. Desta última, em especial: TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo: RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993.

<sup>85</sup> PERLINGIERI, Pietro. **La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale**. Conferência Magna proferida por ocasião do Congresso de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 21/09/2006. Em tradução livre: “é indispensável que se conceba o ordenamento jurídico como unitário e complexo, em que os princípios constitucionais funcionam como valores guias e assumem um rol de baricentro na articulada pluralidade de fontes do direito. Isto é, exclui-se que se possa configurar um sistema ordinariamente dividido em ramos autônomos ou em tantos microsistemas policêntricos, em classes ou níveis normativos entre si separados e incomunicáveis”. Ao examinar o monismo estatal na produção da lei a culminar na limitação da juridicidade ao plano da validade, sublinha GROSSI: “Hoje, adverte-se sobre a decrepitude deste castelo de outros tempos, absolutamente inadequado com o seu fosso isolador, a sua ponte levadiça,

Nessa trilha, Francisco AMARAL entende que “a fragmentação da matéria privada em ramos distintos, passando-se do monossistema das codificações do século XIX, para o plurissistema típico da época contemporânea”.<sup>86</sup> Sublinha-se, desta feita, uma nova configuração que não suprime ao direito escrito a qualidade de *ordenamento*,<sup>87</sup> em que pese não mais reduzido à centralidade da codificação.<sup>88</sup>

A ter em conta essa ordem de idéias, o recurso freqüente da doutrina à noção de “crise” não deve conduzir à falsa impressão de que tenham sucumbido os parâmetros, de que a atividade jurisdicional se tornou uma tela em branco,<sup>89</sup> de que o Direito esteja pulverizado ou reduzido a cacos.<sup>90</sup> Nesse compasso – sem grande

---

as muralhas interrompidas por mínimas aberturas no alto. Deixando de lado as imagens evocadoras, não se pode mais eximir da verificação de que o mundo inteiro corre em uma direção que já não é mais aquela do encerramento na couraça da validade, mas de uma valorização do oposto princípio da efetividade; veja-se a carga vital de certos fatos e sua incisividade no social, está determinada pelas suas próprias forças interiores. Efetividade mais do que validade, tem-se como resultado imediato o abandono do velho e inadequado monismo jurídico para uma abertura substancialmente pluralista, já que é unitário e compacto o reino do válido, heterogêneo, plural, complexo é, ao contrário, o reino do efetivo”. GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 40, p. 6-25, 2004. p. 15.

<sup>86</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema do Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, p. 45-56, 1994. p. 52.

<sup>87</sup> “[...] não significa nostalgia da unidade do antigo primado do Código Civil, mas respeito substancial a legalidade constitucional que garante unidade histórica e jurídica”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 79.

<sup>88</sup> Nessa linha o que se rompe é a unidade do Código: “a recepção de novas fontes de direito operou uma inversão hermenêutica, uma vez que as regras de interpretação transferiram-se do instituído pelo sistema da codificação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual do código civil que se tornou, desta sorte, um sistema fragmentado, ora excluído, ora complementar à constelação de microssistemas estabelecidos”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 8.

<sup>89</sup> “Não se nega, portanto, o valor do texto jurídico em sua vinculatividade própria das normas jurídicas, mas antes coloca-o como o próprio limite das diversas possibilidades e restrições interpretativas”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 121.

<sup>90</sup> A seu turno, Judith MARTINS-COSTA faz referência ao “universo *craquelé* da Pós-modernidade”. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 87, v. 753, p. 24-48, jul. 1998. p. 24. Em outro momento aponta: “Em tema de abuso, o Direito brasileiro se move sobre uma tradição de fragmentações, não de sistema. As peças do mosaico vêm da construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial até o final do século XX. Mais recentemente, porém, já se fazem sentir os efeitos de novas concepções permitindo discernir entre ilicitude civil e dano, assim viabilizando a reconstrução conceitual da ilicitude por forma a nela abranger, sem entorses, a figura do exercício inadmissível”. MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé Judith Martins-Costa. In: NICOLAU Júnior, Mauro. (Org.). **Novos Direitos**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 193-232. p. 195.

inovação ao que já salientou Lamartine Corrêa de OLIVEIRA<sup>91</sup> – necessário se faz aclarar que o que está em crise é a ideologia<sup>92</sup> moderna e sua materialização, ou melhor, formalização jurídica; *grosso modo*: uma concepção de propriedade absoluta, do contrato como pacto de vontade entre iguais,<sup>93</sup> da família como instituição.

O que está em crise é o modelo codificado,<sup>94</sup> dotado de completude, caráter absoluto, forjado<sup>95</sup> como sistema fechado, unitário e livre de incertezas,<sup>96</sup> propositalmente inerte, infenso à realidade. Vale realçar, com Francisco AMARAL: “O mundo da vida supera o mundo da razão”.<sup>97</sup>

O que está em crise, dessa sorte, é uma determinada concepção da divisão entre público e privado,<sup>98</sup> um mundo de certezas como a prevalência da segurança

---

<sup>91</sup> Fazem-se atuais os dizeres proferidos por Lamartine Corrêa de OLIVEIRA há mais de quatro décadas: “O Direito Civil, exatamente porque regula problemas que dizem respeito à própria estrutura econômica e social, é e deve ser essencialmente mutável. Se olhais para o campo do Direito das Obrigações, verificaís que o contrato de hoje, em que o Estado intervém na defesa do economicamente mais fraco, não pode ser mais o contrato abstratamente equacionado entre duas partes teoricamente iguais mas em verdade desiguais em fortuna e em possibilidades concretas de fazer valer sua liberdade. E se pensais no Direito das Coisas, verificareis que os imperativos da justiça e de consciência humana dos juristas estão a indicar uma radical renovação de tal setor de nossa disciplina. Não pode o direito de propriedade ser estruturado como direito absoluto”. OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. **Lição de Resistência**. Discurso de Paraninfo aos Bacharéis em Direito de 1965 da Universidade Federal do Paraná, Turma Ministro Álvaro Ribeiro da Costa. Curitiba, Editora do DAD Edição Especial, n. 18, p. 213-228, 1966-1967. p. 217. Manteve-se a redação original.

<sup>92</sup> Embora estivesse a apreciar outro contexto (enfocando especialmente o neoliberalismo na América Latina e os discursos acerca), deve-se lembrar da advertência de Joaquín HERRERA de que a própria idéia de crise e do que está em crise é conformada ideologicamente. HERRERA FLORES, Joaquín. *¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis?* Respuestas neoconservadoras. **Crítica Jurídica**, Revista Latino Americana de Política, Filosofía y Derecho, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 13, p. 123-143, 1993.

<sup>93</sup> “Assim, mudaram as regras e mudaram os princípios, e a modificação foi tão profunda que se chegou a falar em crise do contrato. Mas, se entendermos que a crise se instala quando o órgão ou a função não mais atendem à finalidade para que foram criados, por certo não estamos diante de uma real crise do contrato como instituição social, mas, sim, da crise de uma certa concepção do contrato, que foi atropelada pela vida”. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **A nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007. p. 6.

<sup>94</sup> Entende Gustavo TEPEDINO, sobre a perda da centralidade do Código Civil diante da emergência de outras leis destinadas a regular a novas situações e institutos, que “tal modificação no papel do Código Civil representa uma profunda alteração na própria dogmática. Identificam-se sinais de esgotamento das categorias do direito privado, constatando-se o que bem poderia ser definida, conforme preciosa análise de Ascarelli, como uma crise entre o instrumental teórico e as formas jurídicas do individualismo pré-industrial, de um lado; e, de outro, a realidade econômica industrial ou pós-industrial que repelem o individualismo. Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito”. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 6.

jurídica sem mais,<sup>99</sup> da legitimidade do contratado independentemente do conteúdo.

Ao contrário do direito de respostas pré-definidas,<sup>100</sup> novas questões emergem da dinâmica da vida e transmudam-se em perguntas que não encontram solução satisfatória na codificação. Em que pese muitos tenham focado apenas os “aspectos negativos”, acertado ter-se que “a crise do Direito Civil significa, talvez, esse impasse: encontrar-se à medida em que se perde”.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> Destaca GROSSI: “o liberalismo econômico pretende controlar a dimensão jurídica para garantir plenamente os valores sobre os quais é fundada sua constituição não escrita, valores de liberdade econômica que teriam encontrado apoio seguro não sobre as *déclarations* ainda entendidas como aéreas conclamações filosófico-políticas, mas nos artigos enclausurantes de um texto normativo”. GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004. p. 11. É preciso aqui advertir que o termo liberalismo é plurívoco e enseja confusões. Na presente dissertação, o termo estará associado precipuamente à contratualidade clássica e não ao neoliberalismo ou liberalismo político para citar alguns.

<sup>96</sup> “As possibilidades da ‘reconstitucionalização’ do Direito Civil, a partir do pluralismo de fontes”, vislumbra FACHIN, seguem “avançando mais nas dúvidas que nas certezas, e pondo em questão a ordem mundial da *nova negotia* e da *lex mercatoria*”. FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. **Revista Jurídica Crítica**, Curitiba, v. 22, p. 16-19, 2004. p. 19.

<sup>97</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema do Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, p. 45-56, 1994. p. 55.

<sup>98</sup> GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998. p. 37.

<sup>99</sup> Segundo Francisco AMARAL: “Sob o ponto de vista axiológico, a segurança jurídica perde terreno para os valores do bem comum e da justiça social. O pensamento jurídico passa a orientar-se mais em função dos valores do que dos interesses, recorrendo cada vez mais às cláusulas gerais e aos princípios jurídicos, categorias que não permitem maior rigor no trabalho lógico-dedutivo, ou raciocínio de subsunção, o que leva a faltar-se em ‘perdas de certeza’ no pensamento jurídico”. AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema do Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 63, p. 45-56, 1994. p. 55. A seu turno, Maria Helena DINIZ intenta defender que “a subsunção revela a perseverança do juiz em se aproximar mais da realidade fática, completando o pensamento abstrativo contido na norma. [...] Na determinação do direito que deve prevalecer no caso concreto o juiz deve verificar se o direito existe, qual o sentido exato da norma aplicável se esta norma aplica-se ao fato *sub judice*. Portanto, para a subsunção é necessária uma correta interpretação para determinar a qualificação jurídica da matéria fática sobre a qual deve incidir a norma geral”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Teoria Geral do Direito Civil. V. 1. 25. ed. São Paulo. 2008. p. 61. Tal postura não resiste às palavras da própria autora, a contar-se apenas poucas páginas: “O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sofre com ela, recebendo a cada momento o influxo de novos fatos; não há possibilidade lógica de conter em si prescrições para todos os fatos. As normas são sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida”. Obra citada, p. 69. A contradição se aprofunda porque DINIZ afirma, concomitantemente, que interpretar é “dar sentido a norma”, mas que o intérprete “ao compreender a norma [...] refaz o caminho da ‘fórmula normativa’ ao ‘ato normativo’”. Obra citada, respectivamente p. 64 e p. 68.

<sup>100</sup> Salientam Carlos Eduardo PIANOVSKI e Luiz Edson FACHIN: “A Escola da Pandectística buscou, portanto, criar uma pretensa ‘realidade jurídica’ baseada em modelos: o Direito apreende situações fáticas do passado, positiva no presente por meio de modelos que busquem o máximo de generalidade e de abstração com vistas a oferecer respostas prévias para o futuro. O Código Civil é

A considerar a pouca novidade no que concerne à identificação dos *sinais*<sup>102</sup> dessa crise – a qual para Orlando GOMES resultava clara diante da dificuldade de receber as “formas emergentes”, de maneira que “vinho novo tem enchido velhos odres”<sup>103</sup> – prefere-se entender que há na realidade mostras de uma nova concepção do Direito ou que se abrem novos caminhos.

O deslocamento do modelo rígido ao flexível,<sup>104</sup> por conseguinte, não deixou o Direito Civil à deriva, nem implicou uma profusão de pedaços justapostos, desunidos e dispersos.<sup>105</sup> Passa-se de um sistema fechado ao aberto, acrescentando a habilidade de mutação, adaptação e adequação.<sup>106</sup>

---

visto como um sistema de soluções *prêt-à-porter*”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 95.

<sup>101</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 281. Do mesmo autor: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 283-284.

<sup>102</sup> GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 8.

<sup>103</sup> GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 8.

<sup>104</sup> A própria idéia de *flexibilidade* não deve ser tomada em sentido extremo sob pena de despegar-se da noção de possibilidade de abertura para colar-se na idéia de banalização, ausência de limites. Os galhos muito flexíveis são frágeis demais para resistir aos ventos mais fortes e, se não se rompem de imediato, são levados. Os ramos sem flexibilidade alguma são incapazes de envergar e se partem. Também assim os ramos do direito, donde há que se dizer, sob certa perspectiva, que há uma tensão entre flexibilidade e rigidez, ou, sob outros enfoques, entre conceitos e problematizações, leis e caso concreto, precedentes e circunstâncias específicas, segurança e abertura, previsibilidade e mobilidade, estática e dinâmica. Na lapidar lição de PERLINGIERI: “A história da normalidade e da excepcionalidade, do fato individual único e de sua repetição e tipificação, da regra singular que se torna máxima geral, é história da transformação de um sistema de relações em luta constante entre rigidez e flexibilidade. Dinâmica esta que representa uma constante da juridicidade como confluência de teoria e praxe em um sistema que, embora se mostre majestoso, sugestivo e tendencialmente atemporal – como aquele pandectístico –, não poderia resistir às profundas transformações sociais e econômicas do mundo moderno e contemporâneo”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67.

<sup>105</sup> De acordo com LORENZETTI: “Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos. Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da interferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 79.

<sup>106</sup> A idéia de Codificação, no entanto, persiste arraigada em muitas canetas-tinteiro, fazendo prevalecer a noção de que o que busca o Direito é a segurança. Reveladora a defesa do Código Civil brasileiro de 2003, por Miguel REALE: “Como supervisor e coordenador dos trabalhos da ‘Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil’, cabe-me dar testemunho de nosso comum esforço no sentido de preservar, o mais possível, a legislação vigente, verificando-se a inviabilidade desse propósito, não somente em razão do obsoletismo de muitas de suas disposições, mas também porque, em se tratando de um ordenamento sistemático, a mudança em uma parte logo repercute

A codificação moderna procurou atribuir ao Código Civil as qualidades de uma estátua clássica: bela em seu exterior, irretocável em sua forma, homogênea em sua matéria-prima, inalterável no tempo. Contrariamente, a transição ao contemporâneo envolve a multipossibilidade nascida da porosidade decorrente da recepção da realidade e da pessoa concreta. É preciso, pois, ter em conta que não há antítese entre a unidade axiológica fundada no texto constitucional e a pluralidade das categorias que brotam da riqueza dos fatos.<sup>107</sup>

É de se aproveitar o momento para refletir em torno do que se pretende edificar. Dessa sorte, onde alguns enxergam apenas um grande conjunto de peças soltas, faz-se imprescindível não desalentar<sup>108</sup> diante do desafio, de recompor<sup>109</sup> – em muitos casos após a devida “reciclagem” de categorias – o “quebra-cabeça” interpretativo, cuja coesão floresce na unidade axiológica constitucional.<sup>110</sup>

---

sobre outros pontos do projeto, não podendo deixar de prevalecer a sua elaboração ‘ex novo’”. REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e seus críticos**. Disponível online em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 15/09/2008.

<sup>107</sup> Com efeito, ao ressaltar-se o uso da expressão “fragmentação”, convém, novamente, frisar nossa afirmação da multiplicidade. “Todos os institutos do direito civil, a rigor, foram perdendo a estrutura abstrata e generalizante em favor de disciplinas legislativas cada vez mais concretas e específicas. Desse processo de esfacelamento das grandes unidades conceituais não parece ter restado indene também a nossa teoria contratual”. TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 199-215. p. 200-201. Assim, no governo do trânsito jurídico, fala-se em “fragmentação da teoria contratual”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30. De outra banda, o modo como se enxerga as rupturas na teoria geral do contrato não pode conduzir a simplificações indevidas. Teresa Ancona LOPEZ propõe que “o que houve no mundo moderno [atual] foi a *fratura do conceito de contrato*. Hoje temos duas grandes categorias contratuais: os contratos *paritários* (entre iguais), que são regidos pelo Código Civil; os contratos de *massa* (entre desiguais) de adesão, que são regidos também pelo Código Civil mas que complementarmente por leis protetivas à parte mais fraca – o aderente, como o Código de Defesa do Consumidor, que veio a harmonizar as relações entre fornecedor e consumidor”. LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva-FGV, 2007. p. 3-59. (Série GV Law). p. 3-59. p. 16. Entende-se que tal proposta é por demais simplista eis que a desigualdade varia segundo balizas diversas (poder de barganha, informação, conhecimento de mercado, aceitação do produto, *know how*, produtos sucedâneos). Outrossim, em que pese forte doutrina em contrário, entende-se que nem sempre será correto assumir que toda relação a qual seja inaplicável o Código de Defesa do Consumidor é materialmente igual.

<sup>108</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 267-291. p. 291.

<sup>109</sup> TEPEDINO, em linha com RODOTÀ, reitera: “Se o pluralismo ensinou a *desconstrução* do sistema fechado (o Código), das categorias e dos institutos jurídicos (basta pensar na propriedade e no negócio jurídico), inútil seria buscar recompor o sistema como um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo”. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16. p. 12.

Já não se admite mais o intérprete que simplesmente “se deixa levar”. Com tal afirmação, quer se assinalar a carência (e a emergência)<sup>111</sup> de um Direito voltado à problematização constante, a atuação persistente e a construção efetivadora. Ao invés das verdades permanentes, a interrogação constante sobre o que se faz, por que se faz e para quem se faz. Em detrimento dos institutos congelados no tempo, o calor humano. Sob o sombrio texto da lei, o brilho das cores constitucionais ilumina as novas leituras. Dessa sorte, perfilha-se o pensamento de Antônio José Peres GEDIEL: “há, portanto, indícios de que a crise da modernidade e seus elementos constitutivos se encontra em movimento criativo (...)”.<sup>112</sup> Ao invés de lamentar a chuva, semear. Enfim, o que alguns chamam *crise*, outros preferem denominar *primavera*.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Sob outro ponto de vista, escreve Gustavo ZAGREBELSKY: “*Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores (...) La ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de la constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad*”. ZAGREBELSKY. **El Derecho Dúctil**. Ley, Derecho, Justicia. (Trad. Marina Gascón). 8. ed. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2008. p. 39-40. Assim também: UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 306. Em tradução livre, o primeiro trecho: “Como a unidade do ordenamento já não é um dado o qual se possa simplesmente presumir, senão que se converteu em difícil problema, a antiga exigência de submeter a atividade do executivo e dos juízes a regras gerais e estáveis se estende até alcançar a própria atividade do legislador. E aqui, pois, a oportunidade de cifrar dita unidade em um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores (...) A lei, outrora medida de todas as coisas no campo do Direito, cede assim passagem à Constituição e se converte ela própria em objeto de mediação. É destronada a favor de uma instância mais alta. E esta instância mais alta assume agora a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras, divididas em seu interior e conflituosas. Uma função inexistente em outro tempo, quando a sociedade política estava, e se pressupunha que era em si mesma, unida e pacífica. Sob a nova conjuntura, o princípio da constitucionalidade é que deve assegurar a consecução de este objetivo de unidade”.

<sup>111</sup> Utiliza-se a nosso favor a ambigüidade, de modo que se está a expressar tanto urgência quanto surgimento.

<sup>112</sup> GEDIEL, Antônio José Peres. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 324-345. p. 344.

<sup>113</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1. FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46. p. 43.

### 1.1.1.2 *Pluralidade de significados: abertura semântica*

#### **Procura da Poesia**<sup>114</sup>

(...)

Chega mais perto e contempla as palavras.  
Cada uma  
tem mil faces secretas sob a face neutra  
e te pergunta, sem interesse pela resposta,  
pobre ou terrível que lhe deres:  
Trouxeste a chave?

Valorizam-se as múltiplas possibilidades de significados,<sup>115</sup> a vasta gama de perspectivas, acolhendo no interior da teoria e da *praxis* jurídica a dialética. Em harmonia com uma visão crítica, refuta-se a univocidade de sentidos, a unilateralidade de interesses e a eternidade dos conceitos. “Os ventos sopram para a compreensão da razoável possibilidade do inacabamento dos sentidos”.<sup>116</sup>

Para usar uma imagem consagrada, a construção moderna, arquitetada sem portas e janelas, permaneceu por longo tempo fechada em si mesma e perdeu a noção do tempo e desconheceu o arredor. Encerrou-se no *jardim* durante um longo inverno e sua frieza permitiu a conservação de um determinado modelo.

Ao abrir das janelas para o real, derrubam-se as grades conceituais e muros designados dicotomias, iluminam-se a insuficiência das ficções, presunções formais, das generalizações abstratizantes, cuja pretensão de universalidade corresponde a um direito que, artificial(izado), não depende “dos climas ou das latitudes”.<sup>117</sup> Mitiga-se o crivo dos fatos jurídicos engendrador de exclusões<sup>118</sup>, assim como “estilhaçam-se conceitos”.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. **A rosa do povo**. 23. ed. São Paulo: Record, 2001. p. 25-26.

<sup>115</sup> Plurais, sem ser infinitos.

<sup>116</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 9.

<sup>117</sup> HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal: Publicações Europa-América, 1997. p. 168. Pontua Orlando GOMES: “deve-se reconhecer, preliminarmente, que juízes ou advogados precisam viver seu tempo. E, para bem vivê-lo, devem esforçar-se por compreendê-lo, a fim de premunirem contra a tortura do anacronismo, tão cruel quanto a do isolamento”. GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 94.

<sup>118</sup> “A teoria do fato irrelevante satisfazia uma pretensa neutralidade do ordenamento relativamente às liberdades privadas”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 91.

<sup>119</sup> Ressalta TEPEDINO que na primeira metade do século XX a doutrina focou-se na elaboração de teorias gerais – dos negócios jurídicos, dos contratos, das obrigações – “e nos deparamos com indiscutível fragmentação dos conceitos, o estilhaçamento dos conceitos jurídicos ou

Com efeito, ao convocarem-se novas realidades, vêm à cena novos personagens, emerge o concreto. Comparece a multiplicidade,<sup>120</sup> o sortimento,<sup>121</sup> e as cores constitucionais brindam os conceitos com novos matizes. Ao menos algumas categorias jurídicas passam a ser vistas como “palavras viajantes”.<sup>122</sup>

Fraqueja o modelo estático, de reducionismos<sup>123</sup> e simplificações da codificação,<sup>124</sup> da pessoa-conceito. Na lição de FACHIN: “Um sistema pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade, desenhou a formulação mais acabada do projeto ideológico de sustentação do direito civil nos últimos dois séculos”.<sup>125</sup>

---

do direito”. TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. V. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 199-215. p. 200.

<sup>120</sup> Expõe LORENZETTI: “o contrato existe quando ‘várias pessoas se põem de acordo sobre uma declaração de vontade comum’ (art. 1.137, do CC). Este conceito é útil quando no *singular*. No entanto, se necessita ser repetido várias vezes ao dia e com muitas pessoas, é difícil que se possa manter”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 113.

<sup>121</sup> Para REIS: “as relações jurídicas se cruzam e entrecruzam, diversificam-se, ampliam-se”. REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 137, ano 35, p. 63-68, jan./mar. 1998. p. 66.

<sup>122</sup> Com essa construção CANOTILHO procura explicar que: “em crise estão muitos vocábulos designantes como ‘Constituição’, ‘Estado’, ‘Lei’, ‘Democracia’, ‘Direitos Humanos’”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 76-90, 1990. p. 77.

<sup>123</sup> Sublinha GROSSI: “Também não podemos esquecer a maquinação de um Código: pretende realizar a redução de toda a experiência em um sistema articuladíssimo e minuciosíssimo de regras escritas, contemplando todos os institutos possíveis, começando muito freqüentemente pelo dar a esses uma definição e disciplinando com precisão estudada todas as aplicações previstas pelos redatores”. GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. (Trad. De Arno Dal Ri Júnior). 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 119. Mais adiante reitera: “Como norma que presume prender a complexidade do social em um sistema fechado, o Código, toda codificação, somente pode traduzir-se em uma operação drasticamente redutiva: se a razão civil pode e deve desenhar-se em harmonia geométrica, sob a égide da máxima simplicidade e da máxima clareza, o legislador deve empenhar-se em um esforço de depuração e decantação”. Obra citada, p. 125.

<sup>124</sup> “O Código não consegue aprisionar todos os horizontes que ele próprio se propôs a governar”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131.

<sup>125</sup> FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 27, n. 27. p. 49-60, 1992/93. p. 50.

Vêm a lume os artifícios e a artificialidade<sup>126</sup> do Direito Civil moderno, a evidenciar que seus conceitos abstratos e exclusões não são fruto do acaso, mas antes, refletem as concepções de determinada época e lugar, deixando transparecer um conjunto de aspirações peculiares,<sup>127</sup> configurando, pois, nítida opção valorativa.

Nesse compasso, evidencia-se que a racionalidade da codificação foi construída na busca da certeza, das respostas universais, ligando-se pois à abstração das normas e dos sujeitos. Ironicamente, a pretensa atemporalidade faz atual a crítica ao direito intemporal do Código Civil de 1916, em parte resgatado pelo Código Civil de 2002: “a alienação constituiu freqüente recurso do legislador para dotar o país de uma legislação que nada ficasse a dever aos Códigos mais modernos. **Em várias disposições, é mais uma expressão de idéias do que de realidades**”.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Segundo Natalino IRTI: “a artificialidade, que designa a absoluta inaturabilidade, é o principal traço do direito moderno, ou se se preferir, da modernidade jurídica. A vontade político-jurídica, livre de ligações com o direito natural e com todo fundamento imutável pode admitir qualquer conteúdo, adotar qualquer instituição. As normas são *artefatos*, indiferentes aos conteúdos, capazes de determinar o tempo e o espaço”. IRTI, Natalino. *Ordem jurídica do Mercado*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, RT - Instituto Brasileiro de Direito Comparado, ano 11, n. 39, p. 94-100, jan./mar. 2008. p. 98. O pensamento foi reiterada na Conferência Magna, intitulada “A técnica como Grundnorm na ordem jurídica do mercado” que abriu o I Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR – “A pessoa, o contrato e a propriedade na ordem jurídica do mercado”, realizado entre 27 a 31 de outubro de 2008.

<sup>127</sup> Nesse compasso, em madura reflexão acerca do Código Civil brasileiro de 1916, leciona Orlando GOMES: “No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamentalmente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a esta contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranqüilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade”. GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil brasileiro** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 22.

<sup>128</sup> GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil brasileiro** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23. Grifou-se. No mesmo diapasão, ensina FACHIN: “À época da elaboração do Código Civil estava em conflito de idéias que permite afirmar-se que ele não foi, em sua derradeira formulação, obra e graça da palavra intelectual de um homem insular, mas um produto de valores dominantes”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p. 287.

Para dizê-lo de modo mais incisivo, os significantes, em permanente (re)construção, assumem significados diversos. Essa abertura habilita e reclama a constante redefinição dos conceitos e das categorias, a permitir nova(s) atribuição(ões) de sentido à norma, diante do caso concreto. Portanto, confere-se novo significado à própria idéia de interpretação.

Equivocam-se os que associam tal postura à defesa de *conceitos-proteus*,<sup>129</sup> vale realçar, ao elasticimento desmedido e desprovido de técnica. Justamente a percepção da insuficiência da rigidez é que alimenta a necessidade de adequação. Na medida em que os conceitos jurídicos são vistos como ao menos não exclusivamente científicos, a atribuição de seu sentido ganha alguma liberdade.

Com efeito, a interpretação ao invés de procurar simplesmente apurar se determinada hipótese enquadra-se na descrição normativa, na “hipótese de incidência”, questiona o fundamento da tutela e da previsão e, indagando sobre aspectos peculiares do quadro, preenche (ou ainda amplia ou reduz) a categoria em consonância com a matriz constitucional. Certo que tal processo não seja neutro, igualmente não o é a técnica da subsunção e outras formas de atribuição dos rótulos jurídicos.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Em contexto diverso, Orlando GOMES assinalara a falha da doutrina em abarcar as novas situações. Em crítica veemente, registrou: “A técnica é confusa. Os conceitos são vacilantes, não tendo mais a firmeza e a precisão, que lhes são indispensáveis. As ficções clássicas se desgastam, e como são as molas de seguimento do motor jurídico, tiram-lhe a disposição. As classificações se esgalham para abarcar novas categorias e se retorcem para alcançar categorias rebeldes. As construções se multiplicam ao sabor de impressões superficiais e ocorre, nos domínios da jurisdição [...] Por fim, a própria terminologia, outrora tão correta, tão precisa, tão escoreita, resvala para a ambigüidade e para o preciosismo. No vocabulário jurídico, muitos termos adquirem sentidos múltiplos e se amiúdam os **conceitos-proteus**, a que se refere a Du Pasquier”. GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005. p. 128. Grifou-se.

<sup>130</sup> Ensina ZAGREBELSKY: “*Cualquier jurista conocedor de las características de su trabajo sabe cuánto influyen las pretensiones de los casos en la determinación de la regla y sabe que la interpretación, si no está orientada o ligada a un caso, es un girar en el vacío carente de sentido (a menos que se considere que tiene sentido buscar el mayor número posible de significados encerrados en los enunciados de la ley, según el ideal de una interpretación exclusivamente teórica que propone la teoría pura del derecho)*”. ZAGREBELSKY. **El Derecho Dúctil. Ley**, Derecho, Justicia. (Trad. Marina Gascón). 8. ed. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2008. p. 145. Em tradução livre: “Qualquer jurista conhecedor das características de seu trabalho sabe quanto influem nas pretensões dos casos na determinação da regra e sabe que a interpretação, se não está orientada ou ligada a um caso, é um girar no vazio carente de sentido (a menos que se considere que tem sentido buscar o maior número possível de significados encerrados nos enunciados da lei, consoante o ideal de uma interpretação exclusivamente teórica que propõe a teoria pura do Direito)”.

Imprescindível retomar (apesar do contexto, sob certos aspectos, diverso) a lição de Lamartine Corrêa de OLIVEIRA:

O jurista de nossos dias renuncia freqüentemente a esse procurar de uma coerência globalizante e sistemática, convicto que está da urgência prioritária da tarefa de colocar o Direito verdadeiramente a serviço da Justiça para o Homem. Nossa época ainda não encontrou a síntese que permita o verdadeiro refazer-se do choque, dialeticamente benéfico, representado pelas denúncias sucessivas que, a partir do advento histórico da jurisprudência de interesses, puseram a nu a inaptidão do conceitualismo abstrato no formular de um instrumental metodológico capaz de servir com eficiência à descoberta do *justo*. Por outro lado, a descoberta do caráter ideológico que assumem no contexto do capitalismo, vários conceitos-chave do sistema jurídico ocidental, terminou por causar uma verdadeira crise de ceticismo na própria validade de tais conceitos, crise que ainda não encontrou adequada solução.<sup>131</sup>

Por essa razão, com grande acerto, a melhor doutrina assinala que os conceitos de família,<sup>132</sup> contrato e propriedade<sup>133</sup> atuais não se confundem com a concepção de ontem, e representam apenas parte do que serão amanhã.<sup>134</sup>

Basta ver que, sob o manto da “*plural-idade*”, fala-se em famílias,<sup>135</sup> contratos,

<sup>131</sup> OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. A Teoria das Pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas. Superação e Permanência. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 11, n. 40, p. 7-28, abr./jun. 1987. p. 8.

<sup>132</sup> Conexo ao tema, cite-se na jurisprudência do TJRJ o entendimento de que é devida inclusão, como dependente de criança a que o contratante de plano de saúde e “sua esposa se dispuseram a adotar, tendo lhes sido deferida, como fase inicial do processo judicial de adoção, a guarda provisória”, com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), arts. 19 e 33, bem como, Constituição Federal, art. 227, na boa-fé objetiva e em disposições do CDC. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2007.001.01057. 5ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Cristina Tereza GAULIA. Julgamento: 23/01/2007.

<sup>133</sup> Frisa STAUT: “Não é demais alertar: apesar das mesmas palavras ou expressões os sentidos históricos podem ser muito diversos”. STAUT Jr., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005. p. 160.

<sup>134</sup> A esse respeito LÔBO sublinha que: “O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 108.

<sup>135</sup> Em tópico de seu livro que recebe o título “Garantia Constitucional dos direitos de família”, lecionam José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ: “Deve-se entender a palavra ‘família’ utilizada no art. 226 [da Constituição] num sentido amplo, abrangendo não apenas a família fundada no casamento, mas ainda as situações comunitárias análogas à família ‘matrimonializada’ como a união de fato (art. 226, § 3), a família natural assente do fato da procriação (art. 226, § 4), e a família adotiva (adoção por pessoa não casada)”. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 20. “O modelo de família adotado pelo legislador imerso nos valores vigorantes em séculos passados está no centro do debate ao início do novo milênio. Este necessário repensar abrolha em virtude das transformações que insurgem das demandas sociais, provocando alterações de fundo na

propriedades.<sup>136</sup> De modo similar, no campo dos planos de saúde, no espaço estreito dos conceitos comprimem-se regimes jurídicos nem sempre aptos a captar todas as possibilidades. Imperiosas, dessa sorte, sua discussão, problematização, reflexão, sob pena de aderir-se a gravíssima inversão pela qual a realidade é construída/despedaçada em conceitos, ao invés de se tomar os conceitos como recortes da realidade. Aceitar tal equívoco é pretender admitir que os cortes epistemológicos rasguem, sem mais, o tecido da concretude. No magistério de PERLINGIERI: “Mais do que refutar os conceitos, é necessário reconstruí-los em conformidade com a realidade sócio-normativa, com função que sirva a esta, com formas instrumentais flexíveis idôneas para abranger as diversidades”.<sup>137</sup>

Finalmente, sem desprezar a contribuição do passado, voltam-se as atenções do Direto ao presente – tomado como o começo do futuro. Assim, ao mesmo *tempo* em que, frise-se, o estudo histórico é exaltado, cuida-se que a compreensão dos institutos não se esgote em escavações arqueológicas,<sup>138</sup> porque essas nos dizem como fomos, mas não determinam, de modo final, como podemos e devemos ser. Há, dessa maneira, não que proceder à simples reprodução acrítica dos saberes,<sup>139</sup> porém revisitá-los.

Nesse sentido, o entendimento de que se pode estender a tutela do bem de família ao imóvel que simultaneamente serve de abrigo à família, mas que lhe

---

cena e nos papéis tradicionalmente cometidos à família”. FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. Do par díspar ao ímpar consorte: na fímbria da ruptura conjugal. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 04 mar. 2007, p. 8-9. p. 8. Cite-se também: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Na jurisprudência: “Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70013801592. Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 05/04/2006.

<sup>136</sup> Assevera Gustavo TEPEDINO: “De fato a variedade e a relatividade da noção de propriedade conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina não seria nem oportuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata. Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário”. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 267-291. p. 278-279. O processo é gradativo: “Assiste-se, com efeito a revisão da concepção dogmática, unitária da propriedade”. TEPEDINO, Gustavo; TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A multipropriedade. Aspectos jurídicos. **Revista de Direito Civil**, n. 40, ano 11, p. 95-117, abr./jun. 1987. p. 105.

<sup>137</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 905.

proporciona também o sustento, constituindo sede de pequenina empresa:<sup>140</sup>

Aferida à saciedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*.<sup>141</sup>

Na Modernidade, a universalidade das abstrações encampou a pretensão de um mundo racional,<sup>142</sup> e comprovação *more geometrico*.<sup>143</sup> Inverte-se essa racionalidade na Contemporaneidade. Rejeita-se a defesa do público e do privado como retas paralelas, assim como a pretensão de uma igualdade aritmética.<sup>144</sup> A régua da igualdade material não mede com base no metro,<sup>145</sup> porque o *meio-termo*

---

<sup>138</sup> Nessa perspectiva, ao apreciar o sentido de Constituição entende CANOTILHO que “independentemente de saber qual foi a ‘arqueologia’ deste conceito, pode-se avançar com uma noção habitual e tendencialmente rigorosa de Constituição”. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 76-90, 1990. p. 78. Anota PERLINGIERI: “Um retorno às origens é útil para uma releitura historiográfica do passado e também para uma chamada à complexidade e à variedade do fenômeno de produção e de transformação dos institutos jurídicos, sem indulgências excessivas com relação às tentativas de sua hibernação, incompatíveis com a fase atual dos estudos, que se desejaria fosse pós-dogmática e sem ao mesmo tempo cultivar a ilusão de que se possa discurrir de direito, prescindindo de conceitos ordenatórios e da busca de um adequado sistema em um pragmatismo sem teoria e, ademais, sem história”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69.

<sup>139</sup> Nessa trilha, Sérgio Said STAUT Jr., com fulcro nas lições de Paolo GROSSI, sedimenta: “Deve-se, portanto, evitar o grave equívoco de identificar nas relações de pertencimento da Antigüidade, especialmente aquelas reguladas pelo direito romano, ou em qualquer outro período histórico anterior à Modernidade o simples reflexo do presente. A propriedade privada nos moldes como foi constituída pelo pensamento jurídico moderno, especialmente pelas suas características de simplicidade e abstração, é uma grande novidade do ponto de vista historiográfico”. STAUT Jr., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005. p. 168.

<sup>140</sup> Sobre o tema, veja-se ainda: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145 e seguintes.

<sup>141</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 621.399/RS. 1ª. Turma. Rel. para o acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 19/04/2005. DJ: 20/02/2006. Do ponto de vista do método, recebeu amparo o ensinamento de que “Ao aplicar a lei, o julgador não pode, tão-somente, restringir-se à subsunção do fato à norma. Deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil) [...] Assim, iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 1º da Lei nº 8.009/90 precisa ser interpretado no sentido de que a proteção deve ser estendida à habitação familiar, ainda mais quando o imóvel onde reside a família é da propriedade de uma empresa pequena e familiar”.

<sup>142</sup> De acordo com Luís Roberto BARROSO: “Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria-prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, 2001. p. 13.

*em relação a nós*<sup>146</sup> não é a metade. A padronização dos pesos e medidas é útil aos fins econômicos,<sup>147</sup> entretanto, inábil a abarcar a complexidade<sup>148</sup> do Direito (contemporâneo) e de sua abertura, e de sua flexibilidade.<sup>149</sup> Enfim, não há balança capaz de ponderar valores.

O presente incorpora elementos do passado, mas também os (re)elabora,

---

<sup>143</sup> CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Transcrição da palestra “Sistema Giuridico e Codificazione” proferida em 17/09/2007, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca). Curitiba: Juruá, 2007. p. 11. Sobre a cientificação que marcou o jus-racionalismo discorre HESPANHA: “Os juristas, que, por outras razões”, quais sejam, necessidade de segurança e certeza na prática jurídica (como explicou), “há muito tinham em projeto a redução do direito a poucos princípios, necessários e imutáveis, encontram, portanto, nas concepções estóicas sobre uma ordem geométrico-matemática do cosmos, *Stoa*, um bom apoio teórico para considerarem estes princípios verdadeiros *axiomas* da ciência do direito, a partir dos quais se pudessem extrair, pelos métodos da demonstração lógica próprios das ciências naturais (então em sua aurora), as restantes regras para convivência humana. E, na falta de axiomas naturais, seriam as próprias normas jurídicas positivas que os substituiriam”. HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal: Publicações Europa-América, 1997. p. 158-159. Em igual sentido: AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, RT, n. 63, p. 45-56, 1994. Leciona Celso Luiz LUDWIG: “este parece ser o fio condutor que une os jusnaturalistas: a crença na idéia da possibilidade de verdadeira ciência da moral, nos moldes do modelo matemático”. LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**. Paradigmas da Filosofia, Filosofia da libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 85. Nas palavras de Nelson SALDANHA: “Aos poucos desconfia-se do *esprit géométrique*, das certezas ditas (impropriamente) ‘dogmáticas’, da onipotência do método, da autonomia do jurista e do jurídico dentro da vida social. Reexaminam-se conexões. Procura-se o direito na consciência, contra o severo objetivismo anterior”. SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 87-92, 2001. p. 91. Veja-se ainda: MARQUES Neto, Agostinho Ramalho. Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, p. 69-99, 1998. p. 87.

<sup>144</sup> Nesse rumo, as recentes discussões em torno do tratamento diferencial que confere a Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha) como reação ao fenômeno da violência contra a mulher, em busca da “igualdade de fato”. CAMPOS, Carmen Hein de. Maria da Penha. *Lei protege as mulheres na medida necessária*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 22 ago. 2008. Online em: <[http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art\\_15/siu.html](http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_15/siu.html)>. Acesso em 12/02/2007. A respeito, perfilha-se a conclusão de que “Desde há muito, a igualdade não deve ser apenas perante a lei, mas também na lei”. FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Rosana Amara Girardi. Constitucionalidade da Lei Maria da Penha. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 24 mar. 2008, Caderno Opinião. Em discordância, considerando haver inconstitucionalidade na lei: MATO GROSSO DO SUL. TJMS. Recurso em sentido estrito n.º 2007.023422-4/0000-00. Julgamento: 26/09/2007. Recorde-se, para citar apenas um dispositivo, que a teor da Constituição Federal, art. 226 “§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

<sup>145</sup> Não se deve ao acaso serem coetâneos o metro e a Codificação; em que pese, não possuam, evidentemente, qualquer elo. “Fatores como a nova fase de desenvolvimento da ciência ocorrida com o Renascimento, a expansão marítima e a Revolução Industrial passaram a exigir uma padronização das medidas. Nessa época, foram desenvolvidos instrumentos de medidas, como termômetros e relógios, cada vez mais precisos. Com a Revolução de 1789, os cientistas da Academia Francesa de Ciências criaram o Sistema Métrico Decimal, um sistema novo, que não se

repenha.<sup>150</sup> Daí porque “Família é sentido e significante em construção e reconstrução cotidiana”,<sup>151</sup> assim como sucede com outros institutos, conceitos e categorias. Ultrapassada a redução do Direito à lei, não é preciso a revogação do texto normativo para que se lhe possa extrair sentido diverso, vez que são as pessoas e não as palavras que definem os sentidos.

O Direito contemporâneo é herdeiro do moderno, mas possui disponibilidade sobre as categorias que sucedeu. É apto a atribuir novos sentidos, o que não

---

baseou nos costumes de uma população. Este foi o primeiro passo para a criação do SI, o Sistema Internacional de Unidades”. NASS, Daniel Perdigão. O Sistema Internacional de Unidades. **Revista Eletrônica de Ciências**, São Paulo, Centro de Divulgação Científica e Cultural da Universidade de São Paulo, n. 15, 22/06/2003. Online em: <[http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art\\_15/siu.html](http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_15/siu.html)>. Acesso em 12/02/2007.

<sup>146</sup> Em “Ética a Nicômaco”, assim se explica o *meio-termo*: “Em tudo o que é contínuo e divisível pode-se tirar uma parte maior e uma menor [...]. Por ‘meio termo no objeto’ quero significar aquilo que é equidistante em relação aos extremos, e que é o único e o mesmo para todos os homens; e por ‘**meio-termo em relação a nós**’ quero dizer aquilo que não é nem demasiado nem muito pouco, e isto não é o único e o mesmo para todos. Por exemplo, se dez é demais e dois é pouco, seis é meio-termo, considerando em relação ao objeto, porque este meio termo excede e é excedido em quantidade igual; este é um número intermediário de acordo com uma proporção aritmética. Mas o meio termo em relação a nós não deve ser considerados dessa forma; se dez *minas* de alimento é muito pouco, não segue necessariamente que o treinador prescreverá seis *minas*; porque isso talvez seja demasiado para a pessoa que deve comê-lo, ou então pode ser muito pouco”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. (Trad. Pietro Nasseti). São Paulo: Martin Claret, 2006. (Coleção Obra Prima de Cada Autor). p. 47-48.

<sup>147</sup> “O novo sistema, fundamentado no metro surgiu para pôr fim à colossal confusão de pesos e medidas fixados com mais do que razoável margem de arbítrio e que representavam um estorvo de proporções crescentes para a vida de toda gente na Europa em expansão econômica”. As dimensões do metro. **Revista Superinteressante**, São Paulo, Editora Abril, edição 24, ano 3, 01/09/1989. Online em: <<http://super.abril.com.br/superarquivo/1989/sumario-edicao-024.shtml>>. Acesso em 15/03/2008.

<sup>148</sup> No pensamento de Pietro BARCELLONA: “a palavra-chave da nossa época é, de fato, a complexidade. Trata-se de uma palavra com a qual se alude a fenômenos múltiplos e diversos níveis de análise, mas que certamente representa ‘a crise de toda a explicação simples do mundo’”. BARCELLONA, Pietro. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do capital**. (Trad. Sebastião José Roque). São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos de Direito). p. 19.

<sup>149</sup> Pondera Jean CARBONNIER: “*Sin duda, en la Edad Media, y aun después, el derecho romano sólo había sobrevivido transformándose profundamente, pero los juristas no especializados no tenían una clara consciencia de estas transformaciones y veían únicamente que el derecho romano había llegado a perpetuarse a través de la codificación justiniana, como si fuera inmutable, porque, se añadía, sus reglas tenían un carácter de perfecta racionalidad. El derecho romano, afirmaban algunos dogmáticos, sobre todo el derecho romano de las obligaciones, tiene la perpetuidad de los teoremas de la geometría, porque tiene carácter racional. Del mismo modo que la geometría no varía, el derecho romano de las obligaciones no puede transformarse. El derecho romano nos ha dado de una vez por todas, la geometría euclidiana de las obligaciones*”. CARBONNIER, Jean. **El Derecho Flexible**. Para una sociología no rigurosa del Derecho. (Trad. Luis Díez-Picazo). Madrid (Espanha): Tecnos, 1974. p. 16-17. Em tradução livre: “Sem dúvida na Idade Média, e mesmo posteriormente, o Direito Romano somente havia sobrevivido transformando-se profundamente, porém os juristas não especializados não possuíam uma clara consciência destas transformações e viam unicamente que o Direito Romano havia logrado se perpetuar através da codificação de Justiniano, como se fosse imutável, porque, acrescentava-se, suas regras incorporavam um caráter de perfeita racionalidade. O Direito Romano, afirmavam alguns dogmáticos,

significa a renúncia ao conhecimento do passado. Respeitadas as balizas da coerência e consistência sob o prisma técnico, e dos “limites e possibilidades constitucionais”<sup>152</sup> sob o prisma axiológico (bem como, principiológico), os “significantes assumem novos significados”<sup>153</sup> (permita-se o jogo de palavras) no “Direito c-*ontem-porâneo*”.

#### 1.1.1.3 *Pluralidade das pessoas: diversidade e singularidade*

Sob ótica diversa, porém não apartada, a pluralidade significa a incorporação da diversidade de valores e a superação do sujeito abstrato, tão-só, pólo da relação jurídica.<sup>154</sup>

É aceção em que plural não se opõe a singular, nem faz frente à individualidade, mas os afirma: não há singular sem plural. Cuida-se, de outra

---

sobretudo o Direito Romano das obrigações, possui a mesma perpetuidade dos teoremas da geometria, porque tem caráter racional. Do mesmo modo que a geometria é invariável, o Direito Romano das obrigações não pode se transformar. O Direito Romano nos forneceu de uma vez por todas, a geometria euclidiana das obrigações”.

<sup>150</sup> Salienta TEPEDINO: “ao contrário do que de ordinário se verifica no processo de codificação, o Código Civil de 2002 não traduz uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração. Tal circunstância indica a complexidade axiológica da nova codificação brasileira, a exigir especial atenção do intérprete”. TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII. p. XVIII.

<sup>151</sup> FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. Do par díspar ao ímpar consorte: na fímbria da ruptura conjugal. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 04 mar. 2007, p. 8-9.

<sup>152</sup> A advertência é de FACHIN, expressa em lição sobre a reconstitucionalização do Direito Privado e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. FACHIN, Luiz Edson. **Direito Fundamentais e os Desafios do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo a partir da incidência constitucional**. Palestra proferida no curso da Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas CAHS, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica. Curitiba: UFPR, Salão Nobre da Faculdade de Direito, 15/09/2008.

<sup>153</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito Fundamentais e os Desafios do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo a partir da incidência constitucional**. Palestra proferida no curso da Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas CAHS, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica. Curitiba: UFPR, Salão Nobre da Faculdade de Direito, 15/09/2008.

<sup>154</sup> Sublinha Francisco AMARAL: “a relação jurídica surge, então, como conceito representativo de ligação entre vontades autônomas diversas, e que por isso mesmo se coloca no centro do sistema de direito civil, numa perspectiva interindividual: a vontade do sujeito como fundamento do individualismo jurídico, e este como justificação axiológica do poder jurígeno dos particulares [...] Fundamento ideológico da relação jurídica, pelo menos na concepção personalista, é, assim, o individualismo, que tem como corolários imediatos o liberalismo no campo político, e o capitalismo, no campo econômico”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 166.

banda, de afrontar o individualismo encartado pela codificação, que constrói com seus muros-conceitos a separação do indivíduo da comunidade,<sup>155</sup> para, em seguida, dar as costas à sociedade, ao pretender elucubrar um *homem-abstrato* suspenso no tempo e no espaço.<sup>156</sup>

A *solidão*<sup>157</sup> do homem Moderno cede espaço à convivência em comunidade. Na lição de PERLINGIERI: “Há de se superar, de qualquer modo, a mentalidade pela qual o Direito Privado é a liberdade de cada um cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses”.<sup>158</sup> Coexistem social e particular, eis que o privado e o coletivo não são antagônicos; não há nós, sem eu – assim como não há eu sem nós,<sup>159</sup> enfim, não há eu sem o outro.<sup>160</sup>

Sob os novos ares, o Direito e os direitos<sup>161</sup> exigem coerência a essa perspectiva de inserção e *integração*,<sup>162</sup> de modo que se considera o que está ao

---

<sup>155</sup> Aqui a idéia de comunidade não remete (necessariamente) a uma comunhão de valores, legado cultural ou Direito Comunitário. Vincula-se à idéia de coexistência, inserção. Assim: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. Condições Gerais do Contrato. São Paulo: RT, 1972. p. 38. Para MIRANDA, trata-se da pessoa “compreendida em relação às demais pessoas”. MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, ano XX, n. 82, p. 5-27, abr./jun. 1987. p. 20. Na palavra de FACHIN: “O ser humano não pode ser pensado nem compreendido em contraposição à sociedade, exceto na dimensão abstrata do individualismo, que deve ser afastada”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 46.

<sup>156</sup> “Os periódicos de grande circulação podem ter deixado de anunciar expressamente um rapto contemporâneo, o seqüestro da própria sociedade. Não se tratou de verdadeiro arrebatamento e essa seqüestração não é apenas um crime da tipologia dos delitos penais. Arrestou-se a utopia. Está sob a penhora a esperança. Levou-se para o depósito da clausura a mobilidade do corpo social, das transformações emancipatórias, das alavancas libertárias e seus correlatos. Tal ato mostrou bem a que veio. Chegou-se do corpo social ao homem insular, apreendido por si próprio, encerrado na finitude do tempo e do espaço que vitima essa condição humana”. FACHIN, Luiz Edson. O seqüestro da sociedade. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, ano 90, edição n. 28.780, 22 out. 2008, Caderno Opinião, p. 2.

<sup>157</sup> Na Modernidade “o Direito Privado constituía a expressão de um sistema que exaltava a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica e, sobretudo, garantia essa atividade como aquela tida como a mais idônea a tutelar o indivíduo. Falou-se sobre essa concepção, de desconsolada solidão do homem”. GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998. p. 41. Para FACHIN: “o Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal, serviu para emoldurar o bem acabado sistema jurídico privado”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 210. Em sentido similar, Egon BOCKMANN MOREIRA assinala que a Revolução Francesa marcará um momento em que “a liberdade e igualdade não tornaram incompatível a atuação do Estado na economia, mas do mesmo modo isolaram os homens entre si. Cada qual passou a desenvolver a sua atividade individual às suas próprias custas”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2004. p. 28. Para BONAVIDES, as liberdades do pensamento liberal “valorizam primeiro o homem-singular”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564.

<sup>158</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 56.

redor. A família não prevalece sobre as pessoas que a integram,<sup>163</sup> a propriedade curva-se a “interesses não proprietários”,<sup>164</sup> os contratantes não estão a sós. Supera-se a rigidez que encerra as formas familiares na clausura do *numerus clausus*,<sup>165</sup> da concepção absoluta de propriedade que prevalecia sobre valores existenciais e da percepção da instrumentalidade do contrato em relação às pessoas.<sup>166</sup>

A dignidade da pessoa humana ganha fôlego e concretude, dando contornos à, antes irrestrita, liberdade contratual.<sup>167</sup> Nesse diapasão, a percepção da abusividade e(ou) inconstitucionalidade de cláusulas contratuais que afrontam a

---

<sup>159</sup> Segundo CORTELLA: “a maior contribuição de Colombo não foi ter colocado um ovo em pé ou ter aportado por aqui depois de singrar mares nunca dantes navegados. Colombo precisa ser lembrado como a pessoa que permitiu a nós, falantes do inglês, do francês ou do português, que tivéssemos contato com uma língua que, do México até o extremo sul da América, é capaz de nos ensinar a dizer 'nosotros' em vez de apenas 'we', 'nous' ou 'nós', afastando a arrogante postura do 'nós' de um lado e do 'você' do outro. Pode parecer pouco, mas 'nós' é quase barreira que separa, enquanto 'nosotros' exige perceber uma visão de alteridade, isto é, ver o outro como um outro, e não como um estranho. Afinal, quem são os outros de nós mesmos?”. CORTELLA, Mario Sergio. “Nosotros”. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 09 out. 2003, Caderno Equilíbrio, Coluna Outras idéias, p. 12.

<sup>160</sup> Nas palavras de Alicia RUIZ: “*la emancipación importa la afirmación simultánea del carácter constitutivo e inerradicable de la diferencia*”. RUIZ, Alicia, E. C. De Cómo el Derecho nos Hace Mujeres e Hombres. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 36, p. 7-15, 2001. p. 13. Em tradução livre: “a emancipação importa a afirmação simultânea do caráter constitutivo e inextinguível da diferença”.

<sup>161</sup> Dessa feita, “ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de ter por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade”. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 137, ano 35, p. 137-144, jan./mar. 1998. p. 137. Publicado também em: **Revista da CJF**, Brasília, CJF, v. 2, n. 4 jan./abr. 1998. Sobre as gerações ou dimensões de direitos fundamentais, veja-se, infra, a nota 428.

<sup>162</sup> Conforme Maria Celina Bodin de MORAES: “a concepção de proteção da vida individual – construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto – deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se, por força da industrialização, à figura do indivíduo isolado aquela da associação”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 28.

<sup>163</sup> Nas belas palavras de PERROT, sob esse prisma, “a família é todo maior que as partes, que devem se submeter a ele; constitui, na sociedade oitocentista, um grupo ‘holista’, como define Louis Doumont”. PERROT, Michelle. A família triunfante. In: DUBY, Georges; PHILLIPE, Aires. **História da Vida Privada**. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. v. 4. PERROT, Michelle (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 93-104. p. 94. Essa “mudança”, sem prender-se, igualmente não está desvinculada da aproximação entre público e privado. Na expressão de FACHIN: “Da família e do direito se ocupa uma certa racionalidade, cuja base produz travessia da casa à agora”. FACHIN, Luiz Edson. Da Casa Privada à Agora: Reflexão sobre a Metáfora do Estatuto Jurídico Conceitual da Violência Familiar no Tempo Proprietário. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 49, n. 284, p. 21-25, 2001. p. 22.

<sup>164</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 267-291. p. 272.

<sup>165</sup> No ensinamento de Ana Carla Harmatiuk MATOS: “Num futuro próximo, com novas transformações sociais, outras formas de família deverão produzir efeitos jurídicos, sem a necessidade de uma disposição manifesta no texto constitucional, isto porque as mudanças operadas no Direito Civil transcendem aquelas diretamente estabelecidas nas regras postas”. MATOS, Ana

dignidade da pessoa humana por inviabilizarem ou causarem grave prejuízo à sobrevivência. Colacione-se a fundamentação anotada por Ruy Rosado AGUIAR no recurso especial n.º 492.777/RS, em voto pela restrição do valor das parcelas de empréstimo com desconto em folha de pagamento:

se o desconto em folha é permitido - desde que autorizado pelo correntista -, é bem de ver que sua integral apropriação pelo banco é inadmissível, pois atinge os recursos que servem à sobrevivência do cliente. Embora esse direito à sua vida não seja um valor muito respeitado nessas relações bancárias, impende reconhecer que a retenção integral da remuneração do devedor não pode ser considerada conduta adequada, porque, na verdade, concede ao banco (usado para o pagamento de folhas de empregados) a posição de credor especialmente privilegiado, sem limitações legais para penhorar e diretamente se cobrar, pelas suas próprias forças, de todos os haveres depositados na conta de seu cliente. Nenhum juiz deferiria a penhora do faturamento integral de uma empresa ou a penhora do salário de um trabalhador. Logo, não me parece razoável que se julgue lícito o comportamento descrito nos autos. A disposição constante do contrato de adesão é ilícita.<sup>168</sup>

Carla Harmatiuk. **As Famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Biblioteca de Teses). p. 114. Observa FACHIN: “A concepção constitucional da família abre as portas para uma dimensão sociológica e plural das entidades familiares”. FACHIN, Luiz Edson. Projeto de Código Civil. Direito de família. **Revista da CEJ**, Brasília, Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, v. 3, n. 9, p. 16-20, set./dez. 1999. Arremata Carmem Lucia Silveira RAMOS: “a preservação e autonomia da instituição familiar, tendo como núcleo básico o casamento, não significa outra coisa senão sustentar o valor-máter do sistema social, que a estrutura política tudo faz para preservar e manter, à pena de alteração de todo o quadro da realidade social contemporânea”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os Princípios Gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 22, p. 272-284, 1985. p. 280.

<sup>166</sup> Por ocasião do V ENCONTRO DOS PROJETOS DE PESQUISA EM DIREITO CIVIL, levado a efeito pelos grupos de Pesquisa em Direito Civil dos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito da UFPR e UERJ, em evento organizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2006, na UFPR, elaborou-se “Carta de Curitiba”, cujo sexto enunciado acolheu: “Tendo como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana materialmente compreendido, coloca-se o Direito Civil brasileiro contemporâneo na perspectiva da instrumentalização das relações patrimoniais às existenciais, quer no contrato, quer nas relações familiares apreendidas sob conjugalidade plural, quer, ainda, no trânsito das titularidades, abrindo espaço para afazeres que congreguem questões teóricas e os compromissos da práxis”. FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Carta de Curitiba**. V Encontro Dos Projetos de Pesquisa em Direito Civil. Curitiba, 2006.

<sup>167</sup> “Assim, sob uma perspectiva constitucional atual”, leciona Rodrigo Xavier LEONARDO, “não se pode reduzir o significado de autonomia privada ao poder conferido aos sujeitos para regras seus interesses, idéia melhor indicada pela expressão *autonomia contratual*. A autonomia privada passa a ser apenas um dos feixes do princípio maior da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º., inc. III), e os atos provenientes da autonomia não se reconduzem apenas à liberdade de iniciativa (CF, art. 1º., IV) – alvo de interpretação restritiva por autorizada doutrina – mas a toda e qualquer expressão, patrimonial ou não patrimonial, do sujeito”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003. p. 73. Esclarece mais adiante: “não se quer, com isso, defender uma mitigação da importância dos princípios do direito dos contratos. Pelo contrário. Defende-se, todavia, a transcendência do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos demais princípios do direito dos contratos, na medida em que este se coloca como o fundamento básico de toda e qualquer relação jurídica”. Obra citada, p. 75.

<sup>168</sup> BRASIL STJ. RESP n.º 492.777/RS. 4ª Turma. Rel.: Ruy Rosado AGUIAR. Julgamento: 05/06/2003. DJ: 01/09/2003. Pelos valores que entendeu por bem tutelar, transcreve-se o trecho da seguinte decisão do TJRJ: “A limitação dos descontos tem por fundamento **garantir a subsistência** do consumidor e preservar, assim, o postulado da dignidade da pessoa humana, e não servir de escusa ao cumprimento de obrigação contraída em sede contratual” salientando que “há que se ponderar, portanto, os interesses em conflito, de forma a **viabilizar a satisfação, ainda que parcial, do crédito** titularizado pelo agravado e assegurar, sob outra ótica, **o mínimo existencial**, este

Ilustrativa, também, a exigência pelo Ministério Público do Trabalho, em Bauru (São Paulo), de Termo de Ajustamento de Conduta vitalício no qual, para proteção da saúde (leia-se vida) e dignidade, estipulou-se a vedação do trabalho por cortadores de cana-de-açúcar, sempre que a temperatura atingisse 37 °C, bem como se impôs o dever de disponibilização de ambulâncias próximas. Medida significativa, seja pelo muito, seja pelo pouco que representa.<sup>169</sup> Na mesma trilha, decisão do TJRS que determinou cancelamento do desconto em folha, eis que, pela mudança fática, a persistirem os descontos, restaria à demandante a quantia de R\$ 4,16 (quatro reais e dezesseis centavos) para sua subsistência.<sup>170</sup>

Paradigmático, igualmente, o julgamento do habeas corpus (HC) n.º 12.547,<sup>171</sup> no STJ, no qual se examinou contrato de alienação fiduciária de um automóvel destinado a prestar serviço de táxi, cujo descumprimento implicava a prisão civil já determinada pelas instâncias ordinárias. Analisando o feito, ressaltou o Min. Ruy Rosado de AGUIAR:

A dívida assumida [de R\$ 18.700] multiplicou-se por quatro e se elevou: em menos de dois anos, para R\$ 86.858,24, que é o saldo devedor indicado pelo banco credor à companhia seguradora. O furto do veículo tornou impossível sua devolução, bem como impediu a paciente de trabalhar, o que implicava que, diante da falta de entrega, seja do bem, seja do pagamento exigido, a devedora, pessoa com sessenta anos de idade, com a provável renda líquida mensal de R\$ 500,00, obtida com a exploração do táxi, consumirá o total de sua renda pelo resto da vida (prevista de acordo com as tabelas de expectativa de vida vigentes no país), para pagar os juros bancários do contrato de alienação fiduciária de um automóvel de aluguel.<sup>172</sup>

O valor do seguro do veículo já havia sido ofertado à financiadora, a qual, todavia, exigia ou o montante corrigido, ou o automóvel. Concedeu-se a ordem

---

entendido como a conjunção de requisitos mínimos necessários à **fruição de uma vida digna**, conforme observado pela decisão recorrida". RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 2008.002.30243. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Eduardo da Fonseca PASSOS. Julgamento: 16/09/2008. Grifou-se.

<sup>169</sup> "A responsabilidade da medição será das usinas. O acordo começou a valer ontem, quando a temperatura máxima na região de Bauru foi de 27,6C, segundo a Cetesb. A medida foi tomada depois que os procuradores do Trabalho Luís Henrique Rafael e Marcus Vinícius Gonçalves constataram, em uma blitz, nove casos de abandono do posto de trabalho por exaustão. O diagnóstico foi confirmado, segundo eles, pelo médico do posto de saúde da região". Ademais, "a usina também terá que estabelecer um sistema de comunicação via rádio com ambulância que não poderá estar a mais de 5 km da lavoura. Todos os itens foram aceitos pelos empresários, que assinaram o documento". MADUREIRA, Roberto. Usinas aceitam parar corte de cana se calor atingir 37C. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 16 set. 2008, Caderno Agrofolha, p. B12.

(objeto do HC) com base na previsão de aplicação da lei segundo seus fins sociais (LICC, art. 5º)<sup>173</sup>, a partir da análise dos *elementos concretos* – cuja importância resta clara, bem assim com fulcro na compreensão de que a dignidade da pessoa humana assume, em face da expressa previsão na Constituição, a condição de “núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento institucional e do infraconstitucional”.

---

<sup>170</sup> “1. O critério determinante para a solução do litígio não tem relação com a análise da vontade da autora, que não apresentou qualquer vício quando de sua manifestação, mas sim o da proteção outorgada pela Constituição Federal à dignidade da pessoa humana, e que encontra sua expressão infraconstitucional na proibição de penhora de salários e vencimentos, frente ao qual não pode prevalecer a força obrigatória dos contratos. O fato é que, quando da celebração do contrato, a forma de pagamento da dívida não representava ônus expressivo. Agora, no entanto, a persistirem os descontos, como informa a peça preambular, os recursos com que conta a demandante para fazer frente aos seus gastos mensais está reduzida a R\$ 4,16 (quatro reais e dezesseis centavos), quantia cuja insuficiência para tal fim é manifesta”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70015857634. 13ª Câmara Cível. Rel.: Carlos Alberto ETCHEVERRY. Julgamento: 28/06/2007. A jurisprudência, com fulcro na Lei n.º 10.820/2003, que disciplina a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento tem decidido com frequência pela adequação do desconto a 30% (trinta por cento). Regulamentando o desconto em folha de empregados, dispõe o art. 1º, § 1º: “O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, até o limite de trinta por cento”; na forma do art. 2º, § 2º, inc. I – “a soma dos descontos referidos no art. 1º desta Lei não poderá exceder a trinta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento”; versando sobre as aposentadorias pagas pelo INSS, o art. 6º, § 5º prevê: “Os descontos e as retenções mencionados no **caput** deste artigo não poderão ultrapassar o limite de 30% (trinta por cento) do valor dos benefícios”. “Admite-se o desconto automático das parcelas do mútuo diretamente na folha de pagamento da mutuária, desde que não ultrapasse o limite de 30% dos rendimentos, excluídos os valores relativos ao imposto de renda e fundo previdenciário. Precedente da Corte”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70009778960. Rel.: André Luiz Planella VILLARINHO. Julgamento: 21/09/2004. No TJGO o mesmo parâmetro foi adotado para desconto de valores recebidos à título de aposentadoria, afastando o desconto de quase 100%, em vista da tutela da dignidade da pessoa humana, na vulnerabilidade do idoso que, para o julgador, “muitas vezes fragilizado pela sua própria condição física e psíquica, se vê impotente para resistir aos apelos dos anúncios e assédio de funcionários, que muitas vezes se postam nas calçadas, oferecendo [sic] de forma ostensiva empréstimos e cartões de crédito”. GOIÁS. TJGO. Apelação Cível n.º 123152-0/188. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Gilberto MARQUES Filho. Julgamento: 12/06/2008. DJ: 11/07/2008. Assim também: GOIÁS. TJGO. Apelação Cível n.º 119845-5/188. 3ª. Câmara Cível. Rel.: João Waldeck Felix de SOUSA. Julgamento: 18/03/2008. DJ: 16/04/2008. O STJ já se posicionou reconhecendo a possibilidade de desconto em folha se anuído pelo empregado: BRASIL. STJ. RESP n.º 728563/RS. Rel.: Min. Aldir PASSARINHO Junior. 2ª. Seção. Julgamento: 08/06/2005. DJ: 22/08/2005. De outra banda, confira-se o voto-vencido da Min.ª Nancy ANDRIGHI que recordou a guarida oferecida pela Constituição ao salário, tendo asseverado: “Se a natureza alimentar dos salários autoriza que se abra exceção à par *conditio creditorum* em uma falência, que se quebre a ordem de pagamento de um precatório judicial e que se impeça a penhora dos respectivos valores em qualquer processo judicial – tudo visando a proteger a fonte de sustento do trabalhador e de sua família – abrir uma exceção a essa regra para que se possibilite a redução de juros em um financiamento bancário implicaria completo desvirtuamento do sistema [...] Repita-se, porquanto isso é muito importante, não se está, aqui, a argumentar a impossibilidade da cláusula do desconto em folha. Ela é perfeitamente válida. O que não se pode admitir, porém, é que o trabalhador não possa, no futuro, postular a revisão de tal cláusula e dispor livremente de seu salário, realizando o pagamento na forma estabelecida pela cláusula revisada”. Ainda assim, decidiu pelo restabelecimento do desconto em folha por se tratar de cooperativa de crédito e não de instituição

As restrições ao corte da luz nos casos de inadimplemento por pessoa de poucos recursos materiais são igualmente significativos. Por extremar a idéia de essencialidade, imperioso citar a decisão prolatada em sede de reexame necessário (em mandado de segurança) de n.º 468297-1 pelo TJPR. Em análise, a possibilidade de a COPEL – Companhia Paranaense de Energia – suspender o fornecimento. Em risco, não bastasse a essencialidade inerente à eletricidade, pessoa portadora de doença cujo tratamento exigia uso constante de equipamento elétrico. Decidiu o Tribunal, ressaltando a tutela do direito à saúde:

O temário da segurança liga-se de um lado ao corte no fornecimento da energia elétrica e de outro ao direito a saúde, valor fundante para a existência digna do ser humano. A eficácia e indispensabilidade do uso contínuo do aparelho elétrico AV Impulse System para o bombeamento sanguíneo exsurtem da palavra médica (f.19) a endossar a vergastada sentença. O dano, em casos como tais, é sempre evidente, a interrupção do tratamento produz minuto a minuto conseqüências irreparáveis. Sem o norte principiológico da dignidade da pessoa humana qualquer discussão virá em contrariedade à estrutura do Supremo Estatuto - 'ao menos enquanto permaneceremos num Estado Democrático de Direito' -, em especial o comando insculpido no artigo 196 do texto constitucional, o qual preconiza ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado. Eis aqui um dos inúmeros casos onde é patente a essencialidade da energia elétrica, não sendo possível a suspensão deste bem.<sup>174</sup>

Trata-se da superação, consoante Ricardo Luis LORENZETTI em “Fundamentos do Direito Privado”, do *sujeito isolado*.<sup>175</sup> Simplificadamente, a bancária.

<sup>171</sup> O julgado é amplamente citado pela doutrina, inclusive em obra do próprio relator. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Jurídicos, 2003. (Série Pesquisas do CEJ, n. 11). p. 46-50.

<sup>172</sup> BRASIL. STJ. HC n.º 12547/DF. 4ª Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado AGUIAR Jr. Julgamento: 01/06/2000. DJ: 12/02/2001. Demonstrando que a dignidade da pessoa humana não se coaduna à dicotomia público/privado, declinou que: “Presente a vida, a liberdade é o primeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana. Também, as condições justas e adequadas de vida (idem, p. 108), seja nas relações do indivíduo com o Estado, seja no trato com as organizações que exercem o poder econômico e social, nas searas do direito público e do direito privado”.

<sup>173</sup> Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/1942), art. 5º, dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

<sup>174</sup> PARANÁ. TJPR. Reexame Necessário em Mandado de Segurança n.º 468297-1. 11ª Câmara Cível. Rel.: Adalberto Jorge Xisto PEREIRA. Julgamento: 26/06/2008. Diante da composição acionária da COPEL, com forte presença do Estado do Paraná, prefere-se não utilizar aqui a idéia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, apenas cogitá-la.

<sup>175</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob

expressão abarca duas idéias que se complementam, para significar um sujeito que a) não apenas está distante dos demais, porém que b) com eles não possui contato, que os despreza, os desconsidera.<sup>176</sup> Para além de assinalar tão-somente um egoísmo ou individualismo, sinaliza uma visão de mundo e do Direito que admite a interpretação das relações jurídicas de maneira independente – ou, mais propriamente, de maneira *indiferente* –, eis que impermeável à realidade concreta.

Nesse sentido, ressalta-se que a tradução da locução “*sujeito isolado*”, para língua portuguesa, restringiu o significado da expressão. Em “*Las Normas Fundamentales del Derecho Privado*”, LORENZETTI afirma:

*El Derecho Privado actual va cambiando su enfoque. En una sociedad masiva, la actuación del individuo no es indiferente respecto de los demás individuos y de los bienes públicos. La consciencia de esta interrelación obliga a presentar el problema del Derecho Privado de otra manera. La necesidad de superar la noción de “**sujeito aislado**” para arribar a una idea de “*sujeito situado*”. Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a reglas institucionales que fijan los parámetros mínimos de esa organización.*<sup>177</sup>

Portanto, melhor traduz a idéia que se quer expor a noção de *sujeito insular*.<sup>178</sup> Nessa esteira, em espanhol, tal qual se adotou na redação original da obra, “*aislamiento*” quer dizer, a um só tempo, “isolamento” e “ilhamento”. Justamente o segundo sentido, é que parece ter se perdido no transporte para a língua portuguesa. Essa perspectiva é absorvida pelo Direito e repercute na seara dos contratos. Ilustra Ricardo Luis LORENZETTI com a percepção de que, entre

---

de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 83.

<sup>176</sup> Ao tratar da propriedade, sob viés similar, assim registra Francisco AMARAL: “juntamente com a autonomia privada, é projeção imediata, na ordem jurídica, do individualismo que marcou o direito civil dos séculos passados. Como reação do iluminismo aos privilégios e do sistema feudal, permitia ao indivíduo isolar-se dos demais no uso, gozo e fruição dos bens, de modo absoluto e exclusivo”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 145.

<sup>177</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las Normas Fundamentales del Derecho Privado**. Buenos Aires (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 48. Grifou-se. Em tradução livre: “O Direito Privado atual vai alterando seu enfoque. Em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo não é indiferente no que diz respeito aos demais indivíduos e bens públicos. A consciência dessa inter-relação obriga a apresentar o problema do Direito Privado de outra maneira. A necessidade de superar a noção de ‘*sujeito aislado*’ para chegar a uma idéia de sujeito situado. Situar importa estabelecer um modo de relação com os demais indivíduos e com os bens público, o que nos conduz a regras institucionais que fixam parâmetros mínimos dessa organização”.

<sup>178</sup> “No estudo do Direito Civil, não raro, aparece um insular sujeito abstrato”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 276.

contratações sem vínculo formal, o Direito pode reconhecer a existência de vínculos materiais em vista de seus elos no mundo concreto de modo que “*la contratación ha renunciado a su aislamiento*”.<sup>179</sup>

Sob esse ângulo, compreende-se o sujeito abstrato como um *construído* assentado sobre o terreno da segurança jurídica, compatível com a concepção abstrata da pessoa e da igualdade pró-forma, a culminar na despreocupação com a pessoa concreta e num ambiente em que se pretende instaurar aparente vácuo axiológico.

Os ventos da Contemporaneidade varrem a indiferença e o conformismo da Modernidade, arejando o Direito. A pluralidade capta a diversidade.<sup>180</sup> Ao se negar um homem homogêneo,<sup>181</sup> considera-se e valoriza-se a singularidade. Repersonaliza-se o Direito Privado<sup>182</sup> fazendo prevalecer a pessoa e sua tutela.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 33, p. 51-77, jan./mar. 2000. p. 53. Em tradução livre: “a contratação renunciou a seu isolamento”.

<sup>180</sup> Claudia Lima MARQUES, sob enfoque análogo, sublinha, a partir de Erik Jayme, que “nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do ‘*droit à la différence*’ (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘monosolução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções”. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004. p. 43.

<sup>181</sup> Acentua BARCELLONA: “O *homo faber*, na sua extrema vontade de controle da natureza e da corporização vivente, produziu apenas a imensa positivação do sistema e da técnica. A positivação do sistema e do saber científico exprime homogeneidade – homogeneização – ou seja, reduzibilidade a dados representáveis e mensuráveis. A crítica da positivação deve introduzir o heterogêneo. Sem heterogêneo, o mesmo espaço seria um contínuo, em que as coisas se deslocam sem um antes e um depois”. BARCELLONA, Pietro. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do capital**. (Trad. Sebastião José Roque). São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos de Direito). p. 121.

<sup>182</sup> “A pessoa à luz do sistema constitucional, requer proteção integral, que supere a dicotomia entre direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade da pessoa humana”. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 23-54. p. 50.

<sup>183</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). v. V. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 187-188.

### 1.1.2 Substancialidade e *repersonalização*

Sublinhe-se o enredamento entre os temas apresentados. As transformações que alteram o terreno do Direito Civil, assim como a defesa de pontos de vista que permitem uma perspectiva contemporânea, constituem um processo de mutações e metamorfoses, as quais se relacionam, influenciam-se e se interpenetram.

Sob ótica diversa, a consideração da pluralidade transborda na centralidade da pessoa e na indispensável substancialização da análise e dos institutos jurídicos.<sup>184</sup> Nessa esteira, a *repersonalização*, ao colocar a pessoa como centro do ordenamento jurídico, desestabiliza as ficções que pretendem prevalecer o sujeito abstrato sobre a pessoa concreta,<sup>185</sup> bem assim assinala o acolher da premissa de que o ser humano é, como disse Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, “pedra angular de todo o Direito Civil”.<sup>186</sup>

A *repersonalização* faz frente, dessa sorte, à visão que intentou enxergar a pessoa como categoria científica,<sup>187</sup> favorecendo, sob a égide da liberdade formal, o primado da vontade e do patrimônio. Ao operar-se a conversão da pessoa em conceito, arditosamente se condicionou sua existência ao Direito; ademais, suprimiu-se a diversidade, arando fértil terreno para as ficções.

Explicada “por oposição”, a *repersonalização* assinala a decadência de uma fuga do real que procurou lastrear o cunho formal da igualdade e da liberdade com

---

<sup>184</sup> Analogamente, no campo processual, acentua Rodrigo Xavier LEONARDO a seguinte crítica: “a partir do momento em que o conflito é processualizado, a desigualdade real é neutralizada pela leitura reducionista do processo, que transforma as pessoas em partes”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 254.

<sup>185</sup> Na ótica de Jussara MEIRELES: “traçando-se um paralelo, tem-se de um lado, o que se pode denominar **pessoa codificada** ou sujeito virtual, e, do lado oposto, há o **sujeito real**, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a **pessoa gente**”. MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114. p. 91.

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. A Teoria das Pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas. Superação e Permanência. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 40, ano 11, p. 7-28, abr./jun. 1987. p. 26.

<sup>187</sup> Na expressão de FACHIN: “As coisas podem ser classificadas aprioristicamente sob gênero e espécie; as pessoas existem e pré-determinam os juízos e conceitos. Não se trata de um surto de razão iluminista para dar significado à falta de sentido. Cogita-se, isso sim, da ‘repersonalização’ do sistema jurídico, sem o voluntarismo individualista, abstrato e generalizante”. FACHIN, Luiz Edson. Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 36, p. 209-219, 2001. p. 213.

base na ficção do sujeito de direito,<sup>188</sup> da pessoa sem rosto, sempre igual.<sup>189</sup> De outra banda, significa a afirmação de interpretação que focaliza/materializa a primazia da pessoa, assumindo-se a premissa de que “um direito civil que não arranque da pessoa – que não arranque do homem e do seu poder de autogestão – é um direito civil sem sentido”.<sup>190</sup> Ademais, na toada do que a doutrina denominou *despatrimonialização*,<sup>191</sup> confere-se máxima atenção às situações concretas e sua natureza, fazendo prevalecer as relações existenciais<sup>192</sup> sobre os valores econômicos.<sup>193</sup>

---

<sup>188</sup> Conforme Carmem Lucia Silveira RAMOS: “A igualdade fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça e a igualdade material ou substancial”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 5. Congruente, Rosalice Fidalgo PINHEIRO pontua: “O status do direito romano, nunca esteve tão presente, o sujeito de direito é aquele que tem o reconhecimento do direito como tal, pelo seu patrimônio ou pelo lugar que ocupa na sociedade, e não por sua dignidade humana”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Sujeito de direito e bioética*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 411-430, 1998. p. 422.

<sup>189</sup> Destaca Eroulths CORTIANO Jr.: “A impessoalização do sujeito, para fins jurídicos, é instrumento necessário e suficiente: todos são iguais, porque são livres. E todos são livres porque são iguais”. CORTIANO Jr., Eroulths. *As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. p. 101. Na expressão de MOUNIER sequer “mil fotografias sobrepostas nos dão o que um homem que anda, que pensa e que quer”. MOUNIER, Emmanuel. **O Personalismo**. (Trad. João Bernard da Costa). 4. ed. Lisboa (Portugal): Martins Fontes, 1976. p. 18.

<sup>190</sup> CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 31. A idéia “autogestão” não deve ser tomada pelo dogma da autonomia da vontade. Explana Orlando de CARVALHO que “não é um individualismo à século XVIII que preconizo em qualquer ponto” e enfatiza: “a solidariedade não se capta em esquemas jurídicos: constrói-se na vida social e econômica e por isso – só por isso – é que se fazem as revoluções. Obra citada, p. 15.

<sup>191</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 33-34. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 16.

<sup>192</sup> Destaca Maria Celina Bodin de MORAES: “Os objetivos constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 26.

<sup>193</sup> “Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação”. FACHIN, Luiz Edson. **A defesa da Constituição nas Cortes Supremas**. Aula Magna Inaugural do ano letivo de 2006, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, 06/03/2006.

Nessa esteira, colhe-se na jurisprudência do TJRJ, na apelação cível n.º 2008.001.57025, o entendimento de que na interpretação de contrato de plano de saúde se faz necessário permear a disciplina contratual com a axiologia constitucional. Sob esse prisma, o relator José Carlos PAES considerou não prevalecer cláusula que excluía prótese haja vista que: a) o instrumento contratual previa a cobertura de cirurgia neurológica da qual era parte válvula de pressão – a qual se alegou ser prótese; b) o contratante permaneceu 26 anos vinculado ao contrato; c) incide sobre a relação contratual os direitos fundamentais à saúde e à vida. Impende transcrever o seguinte trecho:

A despeito da autonomia da vontade que impera sobre os contratos celebrados no âmbito das relações privadas, os novos valores axiológicos constitucionais que se infiltram na órbita do Direito Privado, irradiando da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, acabam por limitar a liberdade individual de contratar em prol da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana. Em prol de um standard de ponderação, a liberdade individual, uma vez em rota de colisão com o direito fundamental à vida e à saúde, deve ceder em face desses, sem que haja sua completa abolição, mas de forma que se adapte ao valor maior da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição da República (artigo 1º, III). O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8070/90) também incide, pois a relação entre as partes é consumerista e de trato sucessivo. Interpretação mais favorável ao consumidor e determinação de nulidade de pleno direito da cláusula abusiva que exclui a cobertura da válvula de pressão.<sup>194</sup>

Ainda que nesse momento não se está a discorrer em detalhes acerca do regime dos planos de saúde, faz-se preciso frisar, como denota o julgado, tratar-se de campo complexo, em que se entrecruzam, e por vezes esbarram, diplomas legais e racionalidades diversas. Desde logo, não se pressupunha que se está a perfilhar posições unilaterais, tais como sustentar que toda decisão desfavorável ao contratante de plano de saúde violaria direitos fundamentais ou pretender que se deva desprezar o teor do instrumento contratual. Simplesmente, cuida-se de sublinhar que a seara é propícia ao florescimento da tutela da pessoa, propondo-se uma leitura substancializada e constitucionalizada de seu regime jurídico. Mas é preciso ir além para sublinhar que, não desprezar o contrato, não permite se apegar a sua prevalência. Ora, a releitura proposta se encaminha pela trilha da primazia da pessoa e dela não se pretende desviar.

---

<sup>194</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.57025. 14ª. Câmara Cível. Rel.: José Carlos PAES. Julgamento: 10/10/2008.

Em outro julgado ilustrativo, o TJRJ determinou o parcelamento de cobrança de conta de luz, com base na função social do contrato (Código Civil, art. 421), esclarecendo que: “não se cuida aqui de liberar a usuária do pagamento, senão apenas de lhe propiciar a possibilidade de adimplir a obrigação, em que o montante se tornou impagável e cuja correspondência é a prestação de um serviço essencial fundamental em que sua falta afronta a dignidade da pessoa humana”.<sup>195</sup>

Os conceitos jurídicos não são desprezados,<sup>196</sup> porém, compreende-se que “as relações humanas não podem ser tratadas pelo sistema jurídico como se elas fossem apenas determinadas pelo mundo da objetividade”.<sup>197</sup>

Assim, sucede também a releitura de relações jurídicas que atingem, de modo mediato ou imediato o direito à saúde – corolário do direito à vida –,<sup>198</sup> como se

---

<sup>195</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.47220. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Eduardo da Fonseca PASSOS. Julgamento: 10/09/2008. No STJ, relevante discussão foi travada no tocante à cabimento de danos morais ao nascituro, por falecimento do pai, a qual se tomou mais interessante, diante da alegação da parte Ré, no sentido de que o dano do nascituro é inferior ao dos filhos já nascidos. Declinou a Min.ª Nancy ANDRIGHI, após examinar a tutela do dano moral, seu acento constitucional e a inerente dificuldade na fixação do *quantum* indenizatório: “se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida”. Destacou-se a relação “necessariamente imprecisa” entre a dor e o sofrimento causado, a imensurabilidade da dor e, por via de consequência, a, “inexistir fórmula matemática” hábil a dirimir a questão. BRASIL. STJ. RESP n.º 931556/RS. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 17/06/2008. DJ: 05/08/2008.

<sup>196</sup> Recorde-se as palavras de Orlando de CARVALHO em nota prévia à sua “Teoria Geral da Relação Jurídica: “os meus reparos não são ao operador ‘relação jurídica’ em si mesmo, mas ao clima de neutralismo ideológico, de cientismo, de anti-humanismo e, em último termo de conceptualismo, em que esse operador actuou e que o conotou por mais de um século. Não olhar a isto é, salvo o devido respeito, esquecer muita coisa do que muita gente pensa hoje (pois não descobrimos a pólvora é bem ver...)”. CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 14.

<sup>197</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes). v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 22. Assim também Carmem Lucia Silveira RAMOS: “A partir de sua tradição racionalista, o direito tem pautado seus ditames, fundamentalmente, na preocupação com a sistematização, com a organização da ordem jurídica. Consequência disto é atribuir-se menor relevo à adequação do direito à realidade social, ou seja: a preocupação maior deixa de ser o aperfeiçoamento da sociedade, como tal, transformando-se no objetivo de melhoria do sistema jurídico. Se a noção de sistema, neste passo, justifica o fato de as posições doutrinárias carentes de significação para os problemas humanos se multiplicarem, também a partir da idéia de sistema se pode chegar aos princípios gerais de direito”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os Princípios Gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 22. p. 272-284, 1985. p. 272.

<sup>198</sup> O reconhecimento desse elo é recorrente na Jurisprudência brasileira. Cite-se: BRASIL. STF. RE-AgR n.º 271.286-8. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. DJ: 24/11/2000. BRASIL. STF. RE-AgR n.º 393.175/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/12/2006. DJ: 02/02/2007. No TJRJ, embasou-se a ilicitude de cláusula limitativa do tempo de internação em UTI, a assentar-se que: “afinal, o que está em jogo é o próprio ‘direito-direito’ – na feliz expressão do

procurará explorar, ao longo desta dissertação, no âmbito dos planos de saúde. Sob as lentes da *repersonalização*, “a saúde não pode ser protegida através da utilização de normas inspiradas por uma exclusiva lógica patrimonial, nem a sua tutela pode se exaurir em um critério ou em um corretivo do juízo de harmonização entre exigências proprietárias e aquelas da produção”.<sup>199</sup>

Nesse compasso, significativas duas decisões do STJ, referidas pela doutrina, as quais, no espaço de poucos meses, decidiram diversamente sobre a possibilidade de penhora de um piano. Ao apreciar o recurso especial n.º 198370/MG, pontuou Waldemar ZVEITER “não há nos autos qualquer elemento a indicar que o instrumento musical seja utilizado pelo Recorrente como meio de aprendizagem, como atividade profissional ou seja (*sic*) ele bem de valor sentimental, devendo ser considerado, portanto, adorno suntuoso”, entendendo pela possibilidade da expropriação, a teor do art. 2º da Lei n.º 8.009/90, que subtraí a proteção da impenhorabilidade aos adornos suntuosos.<sup>200</sup>

A ressalva no voto acerca do uso do bem, além de fundamentar a decisão, visa demonstrar a coerência com o entendimento expresso, pelo mesmo julgador, em voto prolatado no recurso especial n.º 207762,<sup>201</sup> no qual se negou a penhora de piano. Com efeito, restou consignado que o embasamento da tutela ao bem impenhorável não permite que a análise tome por conta, exclusivamente, a espécie e o preço do bem, devendo-se tomar em conta outros atributos, de maneira que se cuida ser indispensável o exame da finalidade, do uso e da essencialidade do bem,<sup>202</sup> *in concreto*.

---

professor José Carlos Vieira de Andrade – à vida, que se constitui garantia o direito à saúde, setor de serviços a que a atividade empresarial privada voluntariamente aderiu, vinculando-se aos fins sociais dos respectivos contratos que têm objeto bem que Tereza Negreiros classifica de **essencial**, e que, desde logo, limita a autonomia privada, ou a liberdade de contratar”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (ou n.º 55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 08/10/2008. Grifo como no original. A correta grafia do prenome da autora mencionada é Teresa.

<sup>199</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 793.

<sup>200</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 198370/MG. 3ª Turma. Rel.: Min. Waldemar ZVEITER. Julgamento: 16/11/2000. DJ: 05/02/2001. Mostrando a ausência de pré-definições ou da necessidade de adoções de posturas que atendam apenas a um tipo de interesses consignou que “embora o computador e a impressora possam ser tidos como dispensáveis ao funcionamento normal de uma casa, não se enquadram, igualmente, como adornos suntuosos, exceção trazida pelo art. 200 da lei n. 8.009/90”.

<sup>201</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 207762/SP. 3ª Turma. Rel.: Min. Waldemar ZVEITER. Julgamento: 27/03/2000. DJ: 05/06/2000.

<sup>202</sup> Explorando o tema da essencialidade a contribuição de Teresa NEGREIROS a qual será objeto de considerações em outro momento desse trabalho.

Extraí-se do acórdão a relevância atribuída ao exame dos elementos concretos e a apreciação da *essencialidade*, os quais consubstanciaram a posição tomada diante da constatação de que “o piano era de parede e antigo”, de que vivem na casa “estudantes do sexto ano do curso musical de piano”, sendo o bem objeto de estudo e lazer. Ademais, considerou-se que pelo nível de estudo “é bastante possível que o instrumento lhes possibilite o exercício da música como profissão”.<sup>203</sup>

Nessa senda, considerou-se ilegítima a penhora<sup>204</sup> por ser o bem indispensável e fonte de informação e trabalho, razão pela qual albergado no que dispõe o CPC, art. 649, VI.<sup>205</sup>

Evidenciado o elo ou ao menos um sentido de coerência entre as transformações que atribuem novas cores ao Direito Civil, tem-se que estão interligadas as preocupações com a pessoa e a superação da completude, a que simbolicamente representa-se pela aproximação entre o *sujeito situado* de LORENZETTI, acima abordado, e o *juiz situado* de CÁRCOVA:

*¿La actividad jurisdiccional está fundamentalmente determinada por parámetros puramente lógico-metodológicos o, al contrario, resultan más significativos en su desarrollo aspectos empíricos, vinculados con la realidad social y los sistemas de valores; aspectos que muestran un juez situado, es decir, a un juez en el mundo, que ha abandonado la torre de cristal y que, por lo tanto, resulta atravesado por todas las problemáticas que lo definen, primero como ser humano y luego como ser social en un tiempo y lugar determinados?*<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 207762/SP. 3ª Turma. Rel.: Min. Waldemar ZVEITER. Julgamento: 27/03/2000. DJ: 05/06/2000.

<sup>204</sup> Analogamente, o STJ decidiu que é penhorável um aparelho de televisão, desde que outro guarneça a residência. Em outra ocasião, compreendeu o STJ pela impenhorabilidade de apenas um aparelho de televisão por residência. BRASIL. STJ. RESP n.º 284445/SP. 4ª Turma. Rel.: Min. Aldir PASSARINHO Junior. Julgamento: 07/12/2000. DJ: 19/02/2001.

<sup>205</sup> Na forma do Código de Processo Civil, art. 649: “São absolutamente impenhoráveis: (...) VI - os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão” (redação em vigor ao tempo do julgamento). De acordo com a redação atual, dada pela Lei n.º 11.382/2006, estabelece o art. 649, inc. V (renumerou-se): “os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão”.

<sup>206</sup> CÁRCOVA, María Carlos. *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 35, p. 7-17, 2001. p. 8. Em tradução livre: “A atividade jurisdiccional está fundamentalmente determinada por parâmetros puramente lógico-metodológicos ou, ao contrário, resultam mais significativos em seu desenvolvimento aspectos empíricos, vinculados com a realidade social e os sistemas de valores; aspectos que mostram um juiz situado, vale dizer, um juiz no mundo, que abandonou a torre de cristal e que, portanto, resulta atravesado por todas as problemáticas que o definem, primeiro como ser humano e logo como ser social em um tempo e lugar determinados?”.

Dessa feita, à *repersonalização* como conjunto de transformações corresponde uma postura ativa: trata-se da atitude de repersonalizar, a qual implica derrotar a pessoa de papel, para redefinir o papel da pessoa, “tomada como valor máximo pelo ordenamento”.<sup>207</sup>

Cede-se espaço a uma abordagem por problemas<sup>208</sup> diante da afirmação da instrumentalidade do Direito. Conexa a essa transformação, a exigência da substancialização, tomada em sentido dúplice.

Em primeiro, o acolhimento da concretude, rechaçando o formalismo da artimanha de ocultar a pessoa atrás do *conceito-esconderijo* do “sujeito de direito da relação jurídica”,<sup>209</sup> efusivamente criticado por Orlando de CARVALHO. Deriva daí a preocupação com a concretude, com as vicissitudes, com as vulnerabilidades. Como linha mestra “descobrir a pessoa que está por detrás do sujeito de direito titular”.<sup>210</sup>

Em segundo, como decorrência, a superação da igualdade e da liberdade formais, canceladares do individualismo moderno. Com efeito, ao invés de um Direito Civil composto por muros, notadamente entre o público e o privado, assenta Eroulths CORTIANO Jr., observa-se “a existência de um espaço privilegiado para a

---

<sup>207</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII. p. XXV.

<sup>208</sup> “O princípio da legalidade não se reduz ao respeito aos preceitos individuais, implicando, ao revés, de um lado, a coordenação entre eles (além da harmonização com os princípios de relevância constitucional) e, de outro, o confronto e o contextual conhecimento do problema concreto a ser regulado, isto é, do fato, individuado no âmbito do inteiro ordenamento – o conjunto de proposições normativas e dos princípios –, de maneira a individuar a normativa mais adequada com os interesses e os valores em jogo”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 72. “A crise do código desencadeia um problema de relação entre caso e sistema”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 80. “[...] o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, e reconhece a influência do social (do costume, da moralidade, harmonia, tradução) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução de problemas. [...] Como resultado desta mudança do estilo de pensamento, as leis passaram a ser mais *funcionais*, e menos *conceituais*. É o novo ideal de *concretude* das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostas pela realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando freqüentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os de boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência das prestações e outros”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 178-179.

<sup>209</sup> Segundo GROSSI: “o Código tem como protagonistas sujeitos abstratos aos quais se refere um faixa de relações igualmente abstratas”. GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. (Trad. De Arno Dal Ri Júnior). 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 125.

<sup>210</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). v. V. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4.

proteção da pessoa, situado no encontro entre o direito civil e a Constituição”.<sup>211</sup>

A substancialidade assinala, portanto, a valorização da pessoa. Destarte, tem como norte a igualdade material que exige a assimilação dos elementos concretos para se tutelar de modo igual na medida da diversidade e das diferenças. Repercute, ademais, na recepção da axiologia constitucional que permeia todo ordenamento, bem assim no exame da finalidade e essencialidade dos institutos e das tutelas jurídicas.

## 1.2 A trilha que conduz do jardim à praça

### 1.2.1 Fronteiras modernas do público e do privado

Associa-se à codificação moderna<sup>212</sup> uma concepção a qual, ao traçar uma linha imaginária<sup>213</sup> separando o Direito entre público e privado, confina o Estado,<sup>214</sup> impedindo seu acesso às “relações entre cidadãos”, de tal sorte que os interesses particulares não podem ser perturbados pelos interesses coletivos ou gerais, consagrando o individualismo.<sup>215</sup>

Sem ignorar haver, em outros momentos, configurações diversas, elege-se como ponto de partida para a análise dessa dicotomia o Estado Liberal. Em tal

---

<sup>211</sup> CORTIANO Jr., Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. p. 101.

<sup>212</sup> REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 35, n. 137, p. 63-68, jan./mar. 1998. p. 65.

<sup>213</sup> A referência ao Tratado de Tordesilhas é quase inevitável. No dizer de TELLES: “um meridiano imaginário divide as terras entre Espanha e Portugal”. TELLES, Norma Abreu. **Cartografia Brasília ou: esta história está mal contada**. São Paulo: Edições Loyola, 1984. (Coleção Espaço, Série n. 158). p. 48. Nessa esteira, figura a dicotomia público/privado como linha imaginária a delimitar a cartografia epistemológica – mas também jurídica, econômica, social – como se fosse possível com traços retos delimitar os contornos do real.

<sup>214</sup> Adverte LORENZETTI: “significou o Código uma garantia de separação entre a sociedade civil e o Estado”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 44.

<sup>215</sup> Assevera Orlando GOMES: “Na distinção clássica do Direito, nota-se a influência decisiva do *individualismo jurídico*”. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. (Atual. Edvaldo de Britto e Reginalda Paranhos de Britto). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

contexto, a defesa dessa segregação<sup>216</sup> resguarda as chamadas liberdades individuais, a refletir em uma atuação estatal restrita à proteção dos próprios interesses particulares.<sup>217</sup> Demais disso, atribuía-se à Constituição papel figurativo (ou ao menos restrito) e, de outra banda, o Código assumia um “sentido constitucional”.<sup>218</sup>

Serve essa dicotomia, por conseguinte, a delimitar a atividade do Estado<sup>219</sup> e a estabelecer um círculo de proteção em torno das atividades particulares. Não

---

<sup>216</sup> Consoante BACELLAR: “No Estado Liberal, percebe-se um esforço concentrado em divisar as fronteiras entre Direito Público e Privado”. BACELLAR Filho, Romeu Felipe. *Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da Doutrina, Possibilidades de Diferenciação e Estabelecimento de Pontos de Contato*. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, Conselho Editorial da OAB, n. 1, mar./abr. 2008. p. 3.

<sup>217</sup> Orlando de CARVALHO, em breve comentário sobre a clássica dicotomia entre público e privado exclama: “[...] se insiste que ela falseia o caráter eminentemente social de todo o direito reconhecido”, prossegue, ressaltando o vínculo entre a legitimação estatal e *status quo*, demarcando que “ao consagrar a sua juridicidade, o Poder não serviu só os poderes: serviu-se igualmente desse poderes [...] funcionando sempre o poder dos indivíduos como um poder nos limites da ordem jurídica existente, como que conferido ou atribuído por essa ordem externa”. CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. Seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 27.

<sup>218</sup> Sublinha Maria Celina Bodin de MORAES: “os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 23. Para ZAGREBELSKY: “*No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos cuya verdadera ‘Constitución’ jurídicamente operante no fue la Déclaration, sino que el Code Civil, no en vano denominado con frecuencia al ‘Constitución de la burguesía’ liberal*”. ZAGREBELSKY. **El Derecho Dúctil. Ley, Derecho, Justicia**. (Trad. Marina Gascón). 8. ed. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2008. p. 53. Em tradução livre: “Não teve lugar, pois, a submissão da lei ao controle do direito, mas ao contrário, se produziu o controle da legalidade dos direitos cuja verdadeira Constituição operante não foi a Declaração dos Direitos do Homem, contudo, o Código Napoleônico, não em vão denominado com frequência a Constituição da burguesia liberal”. Conforme HESSE: “*llego el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad Burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 38. Em tradução livre: “chegou o Direito Privado a ser o direito constitutivo da sociedade burguesa, junto ao qual o Direito Constitucional possuía importância secundária”. Ressaltando o sentido constitucional dos Códigos modernos também: GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998. p. 41. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Código Civil: Tendências*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 779, ano 89, p. 47-63, set. 2000. p. 54. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 3, 7. FACCHINI Neto, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-62. p. 35. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 302. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed.

obstante, é reproduzida muitas vezes de maneira acrítica, tal qual fosse apenas uma descrição de um conceito – como se fora possível explicar as categorias jurídicas assim como um geólogo examina a composição de um mineral. Além disso, não dá conta de explicar inúmeras circunstâncias que compõem o quadro (da transição ao) Direito contemporâneo, como se procurará demonstrar.

Segundo Antônio Chaves “o direito objetivo tem várias divisões. Na conformidade do seu conteúdo, a mais antiga, e ainda hoje fundamental, é entre direito público e direito privado”.<sup>220</sup> Textos mais recentes, acolhem a distinção com o mesmo rigor e (im)precisão. Assim, Washington de Barros MONTEIRO expõe em seu “Curso de Direito Civil” que “o direito objetivo subdivide-se em público e privado, distinção já formulada pelos romanos. **Toda regra de direito enquadra-se forçosamente num ou noutro ramo do Direito**”.<sup>221</sup> Em sua explicação, “Direito público é destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade (*publicum est quod ad statum rei romanae spectat*). Diz respeito à comunidade, estruturando-lhe a organização, serviços, tutela dos direitos individuais e repressão de delitos”,<sup>222</sup> e “Direito privado, por seu turno, é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si (*privatum, quod ad singulorum utilitatem*). Subdivide-se em Direito Civil e Direito Comercial, disciplinando este a atividade das pessoas comerciantes e aquele, a dos particulares em geral”.<sup>223</sup>

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 92.

<sup>219</sup> Lembre-se a dicção, a respeito, de CIRNE LIMA, embora expressa há mais de meio século: “a dificuldade da distinção entre público e privado não está na determinação do em que consiste aquele, antes reside, principalmente, na determinação do que pode e deve ter-se como respeitante à essência do Estado”. CIRNE LIMA, Ruy. Direito público e direito privado. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Publicação Oficial dos Trabalhadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sulina Representações, ano 1, n. 1, p. 7-12, jan./fev. 1953. p. 7.

<sup>220</sup> CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil**. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Parte Geral I. São Paulo: RT, 1978. p. 31.

<sup>221</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8. Dessa feita, apenas reitera a posição esposada por Ruy CIRNE LIMA, cinquenta anos antes: “[...] as interferências recíprocas, entre o direito público e o direito privado, são, de regra, como sombras transitórias que cada época lança, antes de submergir no passado, sobre a que lhe sucede, no futuro, – obra do crepúsculo vespertino de civilização em marcha para morte”. CIRNE LIMA, Ruy. Direito público e direito privado. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Publicação Oficial dos Trabalhadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sulina Representações, n. 1, ano 1, p. 7-12, jan./fev. 1953. p. 12.

<sup>222</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

<sup>223</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10. No entanto, dirá, na mesma página, com grau de contradição que exime a necessidade de tecer maiores críticas: “Dentre as normas de direito privado, umas são inderrogáveis e outras não. Denominam-se as primeiras cogentes ou imperativas e constituem a chamada ordem pública. Leis de ordem pública são as aquelas cuja observância se torna mais

Sob vários critérios, a doutrina procura distinguir entre as esferas do público e do privado.<sup>224</sup> Em sua “Teoria Geral do Direito Civil”, Carlos Alberto da MOTA PINTO assinala como parâmetros: os interesses, o tipo de relação, os sujeitos envolvidos e a finalidade da norma.<sup>225</sup>

Conforme o critério ou teoria dos interesses, divisa-se o Direito Privado e o Direito Público segundo respectivamente envolvam interesses apenas privados (individuais) ou coletivos (gerais). A esse critério MOTA PINTO opõe a constatação de que não há exclusividade de interesses, públicos ou privados, nas normas. Assim, as normas de Direito Público “pretendem dar tutela a interesses particulares”<sup>226</sup> e vice-versa. Sequer a predominância de interesses públicos ou privados é hábil, em sua compreensão, a explicar a dicotomia.

Coloca-se em questão, sob o crivo da teoria da relação, a análise da subordinação ou não das relações. Baseada na suposição de que relações de Direito Privado envolvessem *sujeitos* em igualdade ou equivalência, ao passo que no Direito Público haveria subordinação e(ou) hierarquia. Ao confrontar esse parâmetro, ressalta que tal associação de atributos não é sempre verificável, sendo

---

necessária ao interesse geral; são as que interessem mais diretamente à coletividade que aos particulares. Qualquer disposição que as contrarie é fulminada pela nulidade”. Obra citada, p. 10. Por sua vez, reconhece Caio Mário da SILVA PEREIRA que: “[...] uma classificação mais rigorosa não pode omitir os chamados *princípios de ordem pública*, da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e finalidade social do interesse em jogo, compõe uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo. Seu campo de atuação é o direito privado porque instituem a normação da relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes funda [sic] analogia com o direito público”. SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes). v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

<sup>224</sup> Orlando GOMES destaca a existência de diversos critérios, como a finalidade, o tipo de sanção, a possibilidade de derrogação pela vontade. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. (Atual. Edvaldo de Britto e Reginalda Paranhos de Britto). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10-11. REIS menciona, entre outros parâmetros adotados na doutrina, a natureza organizatória ou não da norma, a possibilidade de avaliação pecuniária do patrimônio (patrimonialidade), cujo exame não se insere nos fins desta pesquisa. REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 137, p. 63-68, jan./mar. 1998.

<sup>225</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986. p. 25-31. A obra foi objeto de atualização por outros autores, mantendo-se, de modo geral as posições e, por conseguinte, mantêm-se as observações aqui lançadas. Faz-se em alguns casos remissão apenas para reforçar tal sentido especialmente porque, no que foi alterado, caminhou-se em harmonia com o que aqui se defendeu, bem como pela ampla adoção da obra no ensino.

<sup>226</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986. p. 26. Assim também: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual. António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005. p. 36.

apenas usual.<sup>227</sup>

MOTA PINTO considera como melhor critério a Teoria dos Sujeitos, que biparte as relações conforme os integrantes da relação jurídica. De acordo com esse parâmetro, seriam relações de Direito Privado as que envolvessem particulares e(ou) o Estado sem poder de império. Residualmente, são relações de Direito Público as demais.<sup>228</sup> Ainda que qualifique a divisão como “clara distinção conceitual”, o autor reconhece que “muitas vezes, em diplomas legais e situações jurídicas, as normas jurídicas respectivas se ofereçam, na realidade, num conjunto ou numa unidade”<sup>229</sup> de modo que “os dois sectores do direito não se separam de forma tão absoluta e completa como dois hemisférios de uma esfera cortada ao meio”.<sup>230</sup> A clareza da distinção resultava, em realidade, na precisa especificação do papel estatal, de modo que público e privado compunham “duas esferas quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender às exigências dos próprios indivíduos”.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986. p. 28.

<sup>228</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986. p. 29.

<sup>229</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986. p. 24. Assim também na última edição: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual.: António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005. p. 36.

<sup>230</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986. p. 29. Assim também: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual.: António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005. p. 40. Por sua vez, enfaticamente escreve PERLINGIERI: “A própria distinção entre direito privado e público está em crise”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 55. Na atualização do texto de MOTA PINTO é significativo dessa crise que tenha havido a preocupação em ressaltar que a aproximação entre público e privado, a qual foi ali acolhida, não implica aderir a constitucionalização do Direito Privado. Embora se esteja de acordo com a premissa de que são aspectos distintos, resta clara a oposição à conclusão contrária à constitucionalização. Além disso, merece atenção a inclusão do direito do consumidor, explicado como interdisciplinar, compreendendo normas de direito público e privado. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual.: António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005. p. 41-42, 54.

<sup>231</sup> GIORGIANNI, Michele. O Direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 747, p. 35-55, jan. 1998. p. 39. Justamente, a preocupação em torno da publicização toma corpo ao aprofundar-se a atividade do Estado na economia, em especial no período entre guerras. GIORGIANNI, Michele. Obra citada, p. 45. Sobre tal atuação estatal versam: COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano. 54, v. 353, p. 14-26, mar. 1965. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

### 1.2.2          Derrubando o muro<sup>232</sup> e repensando a dicotomia<sup>233</sup>: interpenetrações entre o Direito Público e o Direito Privado

Certamente a divisão nítida entre público e privado, adotada pela codificação, não dá conta de explicar (o processo de transição para) o Direito contemporâneo. Seus novos contornos, todavia, não estão a indicar quer a unificação, quer a prevalência de uma das esferas a “englobar” a outra. Outrossim, equivocado simplesmente invocar uma *confusão* entre público e privado.

Dessa feita, parece que, ao menos no que tange a certos regimes jurídicos, a representação mais adequada talvez nos remeta à milenar figura do *yin-yang*, ou para enunciá-lo de modo mais contundente: há um pouco do público no privado, e um pouco do privado no público.

Ademais, a doutrina contemporânea vislumbra uma zona de intersecção,<sup>234</sup> ou de coexistência, ao se constatar “o surgimento de inúmeras figuras insuscetíveis de classificação cômoda em qualquer dos dois ramos do direito” e, com mais ênfase, como assinala TEPEDINO, da “opção axiológica do constituinte brasileiro. Ao eleger a dignidade da pessoa humana como valor máximo do sistema normativo, o Constituinte exclui a existência de redutos particulares, que, como expressões de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa”.<sup>235</sup>

O que se quer dizer é que o “código binário” público/privado não é suficiente para explicar os novos arranjos. Os perfis contemporâneos evidenciam novas questões que não são comportadas pela divisão absoluta, pelo sentido antitético,<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. (Trad. De Arno Dal Ri Júnior). 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 105.

<sup>233</sup> Nas palavras de FACHIN: “A separação une. Classificações, dicotomias e divisões organizam o sistema, e cumpre relevante função veiculada através da linguagem”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 173.

<sup>234</sup> GIORGIANNI alude às “zonas de sombra” como a aplicação do regime das invalidades em contratos administrativos e “algumas dúvidas sobre a aplicação às empresas públicas de algumas normas que disciplinam a empresa privada”. GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998. p. 53.

<sup>235</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os 15 anos da Constituição e Direito Civil. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. RTDC, v. 14, ano 4, Rio de Janeiro, Padma, abr./jun. 2003. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 379-382.

<sup>236</sup> Em seu manual escreve Oliveira ASCENSÃO: “acentua-se mais uma vez que a divisão entre público e privado não significa contradição. O Direito privado não pode ser considerado o direito dos egoísmos individuais, como o Direito público não pode ser considerado o direito das relações de dominação. Ambos são indispensáveis e complementares”. ASCENSÃO, José Oliveira. **O Direito -**

a exigir a absorção de gradações. Indaga-se, pois: “Onde estão os limites entre o público e o privado? Há limites para repensar suas fronteiras?”<sup>237</sup>

Ao mesmo tempo, parece seguro, todavia, salientar que essa distinção se apresenta útil em vários sentidos. Ilustrativo o pensamento de Caio Mário da SILVA PEREIRA, quando afirma estarmos em um momento de “indefinição do que é público e o que é privado”,<sup>238</sup> de maneira que: “nem é de se negar a distinção entre direito público e privado, como faz peremptoriamente Duguit, nem de renunciar à sua formulação, nem concluir pela impossibilidade de se determinar a distinção entre o direito público e o privado”.<sup>239</sup>

Com efeito, para fins didáticos, prossegue-se utilizando a divisão entre público e privado nas academias,<sup>240</sup> assim como na organização de muitos tribunais.<sup>241</sup> É critério, igualmente, para definição do regime jurídico de certos institutos, sem contudo, conformar uma divisão rígida, portanto, que fosse apta a inviabilizar a incidência da axiologia constitucional nas relações privadas. Como esclarece PERLINGIERI:

O fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos tem um sentido porque divide por competências e por necessidade de exposição uma matéria única em si mesma, mas não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores dos quais cada um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência. O estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes, como a habitação, a **saúde**, etc.<sup>242</sup>

Persistem alguns autores a privilegiar uma visão compartimentada, o que reflete, por exemplo, em considerar que toda atuação estatal será sempre invasão do espaço privado.<sup>243</sup> Mais adequado parece asseverar que, se por um lado a divisão estrita entre público e privado é relegada ao passado, de outra banda essas categorias não convergem nem se dissipam. Por essa razão, discorda-se de ASCENSÃO quando pontua que “defeituosa ou não, a sistemática clássica tem

---

**Introdução e Teoria Geral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 347.

<sup>237</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 280.

<sup>238</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes). v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24.

<sup>239</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes). v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

funcionado satisfatoriamente. Enraizou-se de tal maneira que não é sensato pugnar por sua substituição”. Ao contrário, público e privado assumem novos significados de maneira que se faz urgente sua problematização.<sup>240</sup>

Não obstante, com facilidade, encontram-se posições que fazem louvor à dicotomia. No campo da saúde, essa compreensão se faz associar, por vezes, à impossibilidade de incidência de direitos fundamentais nas relações interprivadas e à supremacia das cláusulas contratuais em sua plena literalidade. Nesse sentido, o TJPR, a partir da idéia de que “as relações entre as administradoras de plano de

<sup>240</sup> Apenas para atestar a notória manutenção da utilização das designações “público” e “privado”, sem questionar se os cursos incorporam a problematização, nem sequer apreciando as variações entre as ementas, registra-se que o curso de graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR) está organizado em quatro departamentos, a saber: *Direito Público*, Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal e *Direito Privado*. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), os departamentos são denominados: *Direito Público* e Filosofia do Direito, Ciências Penais, *Direito Privado* e Processo Civil, Direito Econômico e do Trabalho. Na Universidade Federal da Paraíba (UFPB), há uma estrutura tríplice, composta pelos departamentos de *Direito Privado*, *Direito Público* e Direito Processual e Prática Forense. Observe-se que a cadeira de “Teoria Geral do Direito Privado” está incluída na grade curricular da UFPR, e com a mesma denominação, nos cursos de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Brasília (UNB) e da Universidade de São Paulo (USP). Nesta última, manteve-se a disciplina após a reforma da grade curricular, para ingressantes a partir de 2007. Em que pese não se façam considerações mais profundas sobre o conteúdo das cadeiras, é de se notar que a ementa da disciplina na UFPR, acolhe entre outros pontos o exame de “O público e o privado: o sentido clássico da distinção e suas perspectivas atuais”, bem como uma seção final acerca dos “ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO”. Foram consultados: FACULDADE DE DIREITO DA UNB. **Fluxo de Habilitação**. Informações obtidas junto à secretaria do curso em 16/09/2008. FACULDADE DE DIREITO DA USP. **Estrutura Curricular do Curso**. Disponível online em <<https://sistemas2.usp.br/jupiterweb/jupDisciplinaLista?codcg=2&pfxdisval=DCV&tipo=D>> e <<https://sistemas2.usp.br/jupiterweb/listarGradeCurricular?codcg=2&codcur=2013&codhab=102&tipo=N>>. Acesso em 15/08/2008. FACULDADE DE DIREITO DA UFPR. **Resolução de n.º 01/96**. Currículo Pleno do Curso de bacharelado em Direito. Curitiba: UFPR, 1996. Consultando o edital de seleção de Mestrado e Doutorado, para início em 2009, apura-se haver na Universidade Federal da Bahia (UFBA), duas áreas de concentração: “Direito Público” e “Direito Privado e Econômico”. UFBA. AGUIAR DA SILVA, Mônica. Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. **Edital de Inscrição do Mestrado**. Salvador, 21 jul. 2008. No mesmo sentido, a informação fornecida pela Pró-Reitoria de Pós-Graduação da UFBA. Agradece-se a Faculdade de Direito da UNB pelo gentil envio de sua grade curricular. Na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), além de Teoria do Direito, Direito do Trabalho e Direito Processual, as áreas de concentração abarcam, Direito Público e Direito Privado. PUC-MG. **Apresentação do Programa de Pós-graduação em Direito**. Disponível online em <<http://www.pucminas.br/posdireito>>. Acesso em: 19/08/2008. Na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), o Programa de Pós-graduação em Direito estrutura-se em torno de 6 (seis) Linhas de Pesquisa, a saber: a) Direito da Cidade; b) Direito Civil; c) Direito Penal; d) Direito Processual; e) Direito Internacional; f) Direito Público. Congruente ao sentido de movimento e metamorfose que se procurou esboçar nessa Parte I da dissertação, a linha de pesquisa de “Direito Civil”, insere-se na seguinte área de concentração: “**Transformações do Direito Privado**, Cidade e Sociedade” (grifou-se), na forma da Deliberação n.º 052/2007, a teor da proposta do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, referente ao ano base 2005. Nesse documento, sobre a linha/área de Direito Civil, explicou-se que “gira em torno do tema das relações jurídicas privadas e sociedade. Busca redefinir continuamente a normativa do Código Civil, incapaz de acompanhar as transformações, cada vez mais acentuadas, da atividade econômica e do processo legislativo, mediante métodos interpretativos que tenham como referência central e imediata a Constituição de 1988, que elegeu a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos do ordenamento. O Direito Civil, concebido sob tal perspectiva, rompe os antigos

saúde e seus clientes têm natureza exclusivamente privada e são firmadas no âmbito da autonomia de vontade de cada contratante”,<sup>245</sup> conclui que:

a operadora atua estritamente nos termos do contrato celebrado, obviamente dentro da interpretação que este comporta. Em contrapartida, recebe a mensalidade do segurado. O artigo 196 da Constituição assegura a todos o direito à saúde, atribuindo ao Estado o dever de promover políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

---

limites impostos pela tradicional dicotomia direito público e direito privado, adquirindo novos contornos em que se desmistifica sua natureza patrimonial e individualista. Conseqüentemente, direito privado e direito público fundem-se na perspectiva unitária do ordenamento jurídico, a cujo vértice foi alçada a pessoa humana. A atenção do intérprete desloca-se para a função social dos direitos subjetivos, definida pelo texto constitucional, que subordina as relações patrimoniais ao desenvolvimento da personalidade do homem e ao alcance de prioridades sociais. Em uma palavra, as relações contratuais, a gestão da propriedade e toda a atividade econômica privada, bem como as relações familiares, ganham novo fundamento de legitimidade, cujos contornos carecem de urgente, profunda e contínua investigação. O ingresso do novo texto do Código Civil Brasileiro no ordenamento jurídico reforçou as linhas de investigação, pesquisa e estudos avançados da área, o que já se verifica com os trabalhos apresentados nos últimos dois anos”. CAPES. **Proposta do Programa Ano base 2005.** Conferência de Digitação. Disponível online em: <[servicos.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/estudos/dados1/2005/31004016/026/2005\\_026\\_31004016\\_015P4\\_Proposta.pdf](http://servicos.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/estudos/dados1/2005/31004016/026/2005_026_31004016_015P4_Proposta.pdf)>. Acesso em 20/08/2008. Proposta do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Foram consultados os editais de seleção do programa e outros documentos: UERJ. PIRES, Adilson Rodrigues. Faculdade de Direito. Coordenação de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. **Edital do Programa de Pós-Graduação em Direito - Turma 2009.** Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2008; UERJ. PIRES, Adilson Rodrigues. Faculdade de Direito. Coordenação de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. **Edital do Programa de Pós-Graduação em Direito - Turma 2009.** Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2008; UERJ. ALMEIDA, Nival Nunes de (Reitor). **Deliberação n.º 052/2007.** Rio de Janeiro: UERJ, 20/12/2007.

<sup>241</sup> O Superior Tribunal de Justiça é composto por três seções, cada qual composta por duas turmas. Conforme o portal do STJ, a Primeira Seção é “especializada em matérias de Direito Público”, a Segunda Seção em “Direito Privado”, cabendo a terceira “Direito Previdenciário e matérias de Direito Público e Privado não cobertas pelas outras seções”. STJ. Turmas de julgamento. Disponível online em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=432](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=432)>. Acesso em 13/04/2008. Dispõe o Regimento Interno do STJ, art. 9º: “A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1º. À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I - licitações e contratos administrativos; II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; III - ensino superior; IV - inscrição e exercício profissionais; V - direito sindical; VI - nacionalidade; VII - desapropriação, inclusive a indireta; VIII - responsabilidade civil do Estado; IX - tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; X - preços públicos e multas de qualquer natureza; XI - direito público em geral, salvo os mencionados nos itens I, II e III do § 3º. § 2º. À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I - domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação; II - obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato; III - responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado; IV - direito de família e sucessões; V - direito do trabalho; VI - propriedade industrial, mesmo quando envolverem arguição de nulidade do registro; VII - constituição, dissolução e liquidação de sociedade; VIII - comércio em geral, inclusive o marítimo e o aéreo, bolsas de valores, instituições financeiras e mercado de capitais; IX - falências e concordatas; X - títulos de crédito; XI - registros públicos, mesmo quando o Estado participar da demanda; XII - direito privado em geral, salvo os mencionados o item IV do § 3º. § 3º. À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I - matéria penal em geral; II - servidores públicos civis e militares; III - benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes de trabalho; IV - locação predial urbana”. Ilustrativo ainda que, na redação anterior

A divisão estanque entre o público e o privado se mostra inapta a apreender a realidade. Nessa quadra, no presente estudo, serve a distinção clássica como ponto de partida às reflexões em torno do caminhar ao Direito contemporâneo.<sup>246</sup> “Ademais, a formalização de novos ramos do Direito, nos quais o espírito da socialização se faz sentir mais intensamente, mostra que a bifurcação tradicional não sobrevive a nova orientação eminentemente social”.<sup>247</sup> Com mais precisão, dessa feita ampara-se a percepção de que público e privado dialogam,<sup>248</sup> a ressaltar que essas esferas, em que pese sejam – sob certos ângulos – distinguíveis,

---

desse artigo, mencionava-se, antes da divisão por matérias, que “§ 1º. À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos atinentes ao Direito Público”, § 2º. À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos atinentes ao Direito Privado”. BRASIL. STJ. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. (Organizado pelo Gabinete do Diretor da Revista - Ministro Fernando Gonçalves). Brasília: STJ, 2008. p. 19-21. Grifou-se. Na forma do Regimento Interno do TJSP, art. 8º. “O Tribunal compõe-se de uma Seção Criminal e de duas Seções Cíveis, uma das quais é especializada em Direito Privado e, a outra, em Direito Público”. SÃO PAULO. TJSP. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo: TJSP, 30/09/1992. Consoante o Regimento Interno do TJRS, art. 9º: “A Seção Cível é constituída pelas Turmas, pelos Grupos e pelas Câmaras Cíveis Separadas. Parágrafo único. A Seção Cível, em razão da matéria, subdivide-se em Seção de Direito Público e Seção de Direito Privado”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **Regimento Interno do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: 18/09/2008. A redação do art. 9º foi dada pela emenda regimental n.º 06/2005. Não obstante, no TJPR a organização se estabelece pela divisão entre Seção Cível e Criminal, consoante seu regimento interno, arts. 84 e 85. PARANÁ. TJPR. **Regimento Interno do Tribunal do Estado do Paraná**. Curitiba: TJPR – Subsecretaria Centro de Documentação: 06/05/1986.

<sup>242</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 55. Grifou-se.

<sup>243</sup> Explicando a atuação estatal nos contratos, escreve Álvaro Villaça de AZEVEDO: “o Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando assim, atua, **intromete-se nos interesses particulares**, para impedir que o direito privado de uma das partes do contrato não se veja diminuído pela outra, evitando a colisão dos mesmos direitos”. AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria Geral dos Contratos Típicos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25. Grifou-se.

<sup>244</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. **O Direito - Introdução e Teoria Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 348. Com o que, não se propõe quer a eliminação, quer a substituição das categorias “público” e “privado”. Entretanto, promover discussões sobre seu redesenho (e com tal sentido sua substituição) não deve ser vista de modo reducionista (eliminação do Estado, supressão da liberdade, fim do contrato, extinção do capitalismo, vedação do lucro etc.)

<sup>245</sup> PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 418971-7. 10ª Câmara Cível. Rel.: Juiz substituto Vítor Roberto SILVA. Julgamento: 31/05/2007.

<sup>246</sup> Reproduzindo ambos os trechos (e compreensões), embora sem fazer a citação: PARANÁ. TJPR. Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 440901-2. 9ª Câmara Cível. Rel.: José Augusto Gomes ANICETO. Julgamento: 25/11/2007.

<sup>247</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. (Atual. Edvaldo de Britto e Reginalda Paranhos de Britto). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10. Em sintonia a posição esposada, ressalva, entretanto, que “a insegurança da doutrina não impede que se reconheça a diferenciação na prática”. Obra citada, p. 10.

<sup>248</sup> Com maior precisão, talvez seja mais adequado aludir ao “debate permanente entre espaços público e privado”. FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46. p. 43.

interpenetram-se. Consoante o pensamento de Gustavo TEPEDINO e Maria Celina Bodin de MORAES, a divisão entre público e privado, antes determinada por um critério qualitativo – vale realçar, em que público e privado são possibilidades mutuamente excludentes –, passa a pautar-se por uma baliza quantitativa. Destarte, em desprestígio à lógica binomial, adota-se uma compreensão pela qual há prevalência do caráter público ou privado, a denotar a comunicação entre esses espaços, a revelar sua convivência (sob graus variáveis), a consagrar a coexistência de interesses públicos e privados (nas normas e nas relações).<sup>249</sup>

Nessa toada, o TJRJ, ao embasar a negação à alteração unilateral em plano de saúde, delineou que:

Propriedade e contrato, cidadelas antes inexpugnáveis do Direito Privado, ganham dimensão social em atenção a uma leitura ética que busca seu fundamento numa consciência jurídica geral de direito justo, reimpregnado de uma eticidade exigida pela dignidade da pessoa humana, protagonista da história e destinatário dos bens da vida.<sup>250</sup>

Os novos sentidos de público e privado incorporam, dessa sorte, a convivência entre as esferas e sua interconexão. Nesse compasso, não se trata de apenas inverter a racionalidade de uma proteção absoluta da liberdade formal, para a supressão da liberdade, ainda que tomada sob o prisma econômico. Diversamente, a autonomia privada, permanece a ser tutelada<sup>251</sup> e seu valor é

<sup>249</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 19. No magistério de Maria Celina Bodin de MORAES “há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 26.

<sup>250</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível de n.º 2008.001.29567. Rel.: Mauricio Caldas Lopes. Julgamento: 18/06/2008. Com mesma data e mesmo relator: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível de n.º 2008.001.29585. Rel.: Mauricio Caldas Lopes. Julgamento: 18/06/2008.

<sup>251</sup> De acordo com Martinho GARCEZ Neto: “mas se a igualdade contratual é um mito na época atual, se não o foi sempre, mesmo quando outras eram as condições de vida, e outro era o meio econômico e social, entretanto não se pode concluir que o princípio da autonomia da vontade seja inteiramente falso, e que do regime da plena liberdade se deva passar ao intervencionismo rígido. Forçoso é reconhecer, com De Page, que a evolução atual não o liquida, nem prepara sua destruição próxima, pois para que se pudesse conceber essa ruína ou decadência, seria necessário um sistema inteiramente novo, em que os contratantes não disporiam de liberdade nenhuma para estabelecer a estrutura da econômica de suas próprias convenções”. GARCEZ Neto, Martinho. **Temas Atuais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 47. Coaduna o pensamento de Paulo LÔBO: “os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios individuais do contrato [...], mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: \_\_\_\_\_. LYRA Jr., Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do Contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23. p. 14. Em igual sentido: BITTAR, Carlos Alberto.

reconhecido, inclusive no seio constitucional.<sup>252</sup>

O desafio consiste justamente na conciliação e harmonização de interesses. Ora, nas entrelinhas da afirmação de que interação público e privado, está a compreensão de que, não obstante com novos significados, tais esferas ainda persistem. Não se dilui o interesse privado nos interesses coletivos, nem se remete a uma vontade geral. Aliás, inversamente, a vontade geral foi justamente informadora da soberania da lei.<sup>253</sup> O desafio, desta sorte, é mais amplo:

não significa que a tendência a ser seguida configura uma tendência autoritária ou totalitária, com o Estado representando um ser supremo, invencível, diante do indivíduo agora enfraquecido, despedido de seu mais rico atributo, a liberdade. O problema maior do Direito na atualidade tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais leis se inspirem, e os espaços, de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória pessoal.<sup>254</sup>

Enfim, não prevalece o Estado, mas a pessoa. Arejar o Direito contratual não consiste em sufocar a iniciativa privada.<sup>255</sup> A respeito, asseverou Orlando GOMES:

O dirigismo econômico e o Direito Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 526, p. 20-32, ago. 1979. p. 26. NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001. p. 226. A lição de Paulo LÔBO foi acolhida literalmente, ainda que sem remeter ao autor, em julgamento acerca de reajustes de planos de saúde por mudança de faixa etária: RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2005.004469-8. 3ª Câmara Cível. Rel.: João REBOUÇAS. Julgamento: 02/03/2006.

<sup>252</sup> Ao tratar sobre o regime patrimonial dos cônjuges, assevera TEPEDINO: “não se trata, evidentemente, de se relegar a um segundo plano as relações patrimoniais. Muito ao contrário, a autonomia privada, deduzida do conceito de livre iniciativa, tem proteção constitucional [...]. A atenção do intérprete deve se dirigir ao exame de legitimidade da atividade econômica, a partir de cuidadosa valoração axiológica”. TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas para o novo direito de família. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, 2005.

<sup>253</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999. (Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, v. 60). p. 37.

<sup>254</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Código Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 779, ano 89, p. 47-63, set. 2000. p. 56-57. Para Miguel REALE: “a ambivalência da *liberdade* e de seus *limites ético-jurídicos* está na base da Constituição e do Código Civil, em uma sintonia que constitui apanágio do ordenamento jurídico pátrio”. REALE, Miguel. **A Constituição e o Código Civil**. Disponível online em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Datado de 08/09/2003. Acesso em 12/03/2006.

<sup>255</sup> Assim, o Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil, estabeleceu em seu enunciado n.º 23: “Art. 421: a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJF, 2005. p. 489. Na perspectiva de Clóvis do COUTO e SILVA: “Não se conclua, porém, que a vontade foi relegada a segundo plano. Ela continua a ocupar lugar de relevo na ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdição de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e

“Todas as inovações representativas da moderna tendência do direito privado não tem significação na legislação socialista porque pressupõe uma ordem econômica escorada na liberdade de iniciativa econômica”.<sup>256</sup>

Exemplar é, por analogia, a lição de Eros GRAU, a que se fez referência em outro texto, segundo a qual “embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada”.<sup>257</sup> Logo, a função social pressupõe a propriedade e, portanto, não se choca com a propriedade privada.<sup>258</sup> Estendendo-se tal pensamento, tem-se que discutir parâmetros para o exercício da atividade privada no âmbito dos planos de saúde, não é defender o fim do contrato, mas assumir a complexa porém indispensável tarefa de discutir sobre suas balizas.

### 1.3 Uma *janela* para a *praça*: a leitura a partir da Constituição

A *constitucionalização* do Direito Civil consiste, em uma frase, no reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua incidência nas relações de Direito Privado.<sup>259</sup> A brevidade dessa explicação inicial não faz jus à extensão das

desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual”. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 27.

<sup>256</sup> GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982. p. 29.

<sup>257</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 211.

<sup>258</sup> Em sintonia: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 147. Desse modo, inadequada a simplificação que pretende confundir a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas com socialismo. No entanto, é possível se deparar com julgados nesse sentido, apontando que superação da intangibilidade do contrato está fulcrada no socialismo: MATO GROSSO DO SUL. TJMS. Apelação Cível n.º 2005.018186-2/0000-00. 2ª. Turma Cível. Rel.: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Julgamento: 07/03/2006. “Tudo por obra e graça não só da ordem constitucional voltada para o socialismo, mas também da evolução histórica normativa cuja tendência - de uma interpretação legal mais voltada para o bem da sociedade em detrimento do individualismo -, veio flexibilizar a imutabilidade característica das convenções particulares”. No TJPR, em pesquisa que retroagiu dez anos não se encontrou julgados nessa linha.

<sup>259</sup> “Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, 2001. p. 34.

potencialidades que envolvem essa leitura do Direito, a qual, ao mesmo tempo, constitui uma *visão* e uma *metodologia interpretativa*. Opondo-se à neutralidade da hermenêutica estritamente literal, despreocupada com a fundamentação das normas, sob o prisma da interpretação, demanda a tutela de *normas-valores* como a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial.

### 1.3.1 Força normativa da Constituição

Entendem alguns autores que a Constituição possui papel figurativo, secundário ou excepcional. Nessa linha, abraçando-se a possibilidade de certeza (verdade) na interpretação das normas jurídicas, Washington de Barros MONTEIRO procura sustentar que “a questão da inconstitucionalidade das leis é de extrema delicadeza, porque pode implicar invasão de poderes. **Assim sendo, ela só é pronunciada quando clara e evidente, transparecendo desde logo acima de qualquer dúvida razoável**”.<sup>260</sup>

Além disso, em que pese sublinhe a relevância da conformidade com a Constituição,<sup>261</sup> reputa MONTEIRO que “havendo a possibilidade de solução do litígio sem apreciação da constitucionalidade, não deve esta ser objeto de decisão pelo juiz”.<sup>262</sup> Tal pensamento reflete uma eficácia secundária dos preceitos constitucionais, incompatível com a constatação de seu *status* de norma jurídica, eficaz, e hierarquicamente superior.<sup>263</sup>

---

<sup>260</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 17. Grifou-se.

<sup>261</sup> Afirma: “No que concerne a sua conformidade com a lei básica, as leis são *constitucionais* ou *inconstitucionais*. A Constituição é a lei suprema, a competência das competências, no dizer dos tratadistas alemães. A ela devem aperfeiçoar-se todas as demais leis do país”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16.

<sup>262</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 17.

<sup>263</sup> “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 1.

Diversamente, confrontando o pensamento de Ferdinand LASSALE, para quem a Constituição seria mero “pedaço de papel”,<sup>264</sup> Konrad HESSE acentua a normatividade da Constituição a qual “não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser”.<sup>265</sup> Em obra homônima, assinala a “força normativa da Constituição”, de modo que nem sempre a Constituição sucumbe às forças sociais, como pretendia LASSALE. Assim, em que pese a Constituição não desconheça da realidade, “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização”.<sup>266</sup> Impende dessa maneira, aduz HESSE, buscar a concretização, transformando em “força ativa”<sup>267</sup> as tarefas que emanam da Constituição, materializando uma “vontade de constituição”<sup>268</sup> por meio da interpretação.<sup>269</sup> Dessa feita, rejeita a negativa à normatividade da Constituição, assim como, a compreensão de que seja ineficaz em face do desafio que impõe. Por conseguinte, é preciso adotar conduta ativa, postura fiel e esmerada em sua efetivação.

---

<sup>264</sup> HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 9, 10 e 25.

<sup>265</sup> HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 15. A Constituição assume posição central e instala novas fundações alterando as bases de sustentação do Direito Privado. É possível explicar a troca de *papéis* com a seguinte imagem: fenece o *sentido constitucional* conferido ao código (como anotou GIORGIANNI) de sorte que ao invés da Constituição como mero *pedaço de papel* (segundo propôs LASSALE), “o Código inevitavelmente permanece um pedaço de papel cada vez mais velho e cada vez mais alienado”. GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. (Trad. De Amo Dal Ri Júnior). 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 131.

<sup>266</sup> HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 15.

<sup>267</sup> HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 19-20.

<sup>268</sup> HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 19 e 32.

<sup>269</sup> Desta sorte, a expressão não comporta qualquer associação com uma interpretação segundo a vontade do constituinte, porque, em HESSE, a interpretação da norma constitucional assume sentido concreto e, logo, denso: “A *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada aos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 22-23.

Interessante exame sobre a força normativa da Constituição pode ser extraído, igualmente, do estudo de Joaquín Arce y FLÓREZ-VALDÉS sobre normas de Direito Civil dispostas no texto constitucional, ou, como as denominou, normas “*civiles constitucionales*”.<sup>270</sup> Segundo FLÓREZ-VALDÉS, quatro argumentos fundamentaram a negação da força normativa dos preceitos constitucionais, ou seja, intentaram sustentar seu caráter programático: *a)* elevado grau de abstração das normas constitucionais; *b)* conceito restrito de Constituição, *c)* limitação do destinatário das normas constitucionais; *d)* visualização da Constituição como “meta-norma”.<sup>271</sup> Sobre tais questões se passa a tratar.

Enfocando o conteúdo das normas constitucionais, a primeira idéia (*a*) enfatiza que o caráter abstrato das normas constitucionais tolhe sua aplicabilidade. Contra essa suposição, o próprio autor reforça que generalidade e abstração são pressupostos das normas constitucionais.<sup>272</sup>

Acrescente-se que nem todas as normas constitucionais possuem o mesmo grau de abstração, além do que, é no mínimo cambiante essa nota de abstratividade, de sorte que caberia exame caso a caso. Assimilar a generalidade como supressora de eficácia normativa demandaria considerar que todas as normas infraconstitucionais são dotadas de perfeita clareza. Dessa maneira, negar eficácia às normas que não prestabelecem condutas específicas e precisas, é regressar ao

---

<sup>270</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 87. Sobre o Direito Civil HESSE havia anotado: “O significado superior da constituição normativa manifesta-se finalmente, na quase ilimitada competência das cortes constitucionais, – princípio até então desconhecido – que estão autorizadas a proferir a últimas palavras sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida e do Estado. Até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegura-lhe, através da jurisdição dos Tribunais Federais, uma posição de relevo”. HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 28.

<sup>271</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 89-94.

<sup>272</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 90.

modelo de condutas tipificadas<sup>273</sup> que caracterizou a codificação moderna.<sup>274</sup> Tirante a isso, a eficácia normativa dos princípios infraconstitucionais, como a boa-fé, evidenciam a debilidade dessa primeira objeção.

Significativas as palavras expressas no julgamento do agravo regimental no recurso especial n.º 735.378, em que se considerou que, havendo sido deferida liminar para prestação de medicamento por parte do Estado, não é possível suprimir do juiz a definição da maneira de assegurar a tutela, admitindo-se, inclusive, o bloqueio de verbas:

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 a dignidade da pessoa humana.<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> “O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico que o sujeito privado viesse a ser titular”. TEPELINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 3. Com efeito, a sistemática da tipificação é invertida. Anota PERLINGIERI que “através de uma verdadeira e empenhada atividade hermenêutica, no *mare magnum* das fontes [...] é sempre mais marginal a hipótese de um fato que seja regulado por uma ‘precisa disposição’ ou *casus legis* e não por um miríade de disposição ou de seus fragmentos”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 73. Ilustrativamente, “a tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa”. PERLINGIERI, Pietro. Obra citada, p. 155.

<sup>274</sup> “Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 590.

<sup>275</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 735.378/RS. 1ª. Turma. Rel. para o acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 17/11/2005. DJ: 08/06/2006. Em seus esclarecimentos, expressou: “Quero deixar clara minha posição: ou vamos buscar suporte em poder cautelar genérico, ou vamos buscar suporte no princípio da dignidade, ou vamos buscá-lo no acesso à ordem jurídica justa. Temos que buscar suporte em algum lugar, posto legítima a pretensão”. Diversamente, entendeu o Min. Francisco FALCÃO, em voto-vencido: “De fato, não há previsão legal para que se proceda ao bloqueio de valores em contas públicas para custear tratamento médico ou fornecimento de medicamentos. Desse modo, impossível adotar-se tal medida, em respeito ao princípio da legalidade, que rege a Administração Pública, segundo o qual o administrador somente pode atuar de acordo com o que a lei determina”. Não se tece consideração sobre o caso, o que exigiria exame específico. Registre-se ainda que o posicionamento de FUX foi posteriormente reiterado em: BRASIL. STJ. Agravo Regimental no RESP n.º 888.325. 1ª. Turma. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 15/03/2007. DJ: 29/03/2007. BRASIL. STJ. RESP n.º 746.781/RS. 1ª. Turma. Rel. para acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 18/04/2006. DJ: 22/05/2006; BRASIL. STJ. Agravo Regimental no RESP n.º 836.883/RS. 1ª. Turma. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 21/06/2007. DJ: 03/09/2007.

Alinhado está o posicionamento do Min. José DELGADO, ao discordar do voto-vencido do Min. Francisco FALCÃO, que havia sustentado a impossibilidade do bloqueio de verbas por ausência de previsão legal:

As revoltas sociais vêm em face dessa interpretação legalista da norma. Não posso compreender, com a devida vênia, que um tribunal como o nosso, que possui a missão de interpretar a ação infraconstitucional, tem que fazê-lo da forma como V. Ex<sup>a</sup>. já tão bem explicitou. Primeiramente, pensando nos postulados da Carta Magna e dos incisos II e III da Constituição Federal. Não é um papel de celofane, uma vitrine para se olhar, sem nenhuma consequência para ser arcada.<sup>276</sup>

Acerca do segundo argumento examinado por FLÓREZ-VALDÉS – ou seja, a idéia de um conceito restrito de Constituição (b) –, é de se notar prontamente sua fragilidade. Cingir a Constituição à definição das funções estatais é postura incompatível com os novos traços do público e privado (e o novo perfil estatal como se verá adiante), os quais impossibilitam uma visão estanque marcada pela separação pura entre tais esferas<sup>277</sup> e pela tentativa de se lhes atribuir caráter antitético.<sup>278</sup>

Em dissonância, CANARIS identifica “uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do direito privado, por outro”.<sup>279</sup> Rechaça-se tal posicionamento à luz da unidade constitucional. Ademais, observa-se que a Constituição brasileira estabelece inúmeras regras que atingem relações “entre particulares”, o que, por si, dirime quaisquer dúvidas sobre a possibilidade ou não de incidência constitucional nas relações interprivadas.<sup>280</sup>

<sup>276</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 735.378/RS. 1ª. Turma. Rel. para o acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 17/11/2005. DJ: 08/06/2006.

<sup>277</sup> Clama Gustavo TEPEDINO: “Definido os objetivos maiores e os fundamentos da República, na técnica constitucional de enumeração introdutória de princípios fundamentais, a eles não se pode supor alheia toda a gama de relações de direito privado, cabendo aos operadores do direito cotejarem a atividade econômica privada com os parâmetros do texto maior”. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 23-54. p. 50. Nessa senda, tem-se que “Fenômenos como a *constitucionalização* de institutos base do direito civil, superando, ao menos em parte, a artificial dicotomia entre o universo público e o santuário privado clássico apontam para esse repensar presente da *repersonalização*, fundamento antropocêntrico do Direito Civil para eclipsar os dogmas do oitocentista civilístico”. FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 115-149. 1998. p. 116.

<sup>278</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 55.

<sup>279</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. (Trad. Peter Naumann) In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 225-245. p. 225.

<sup>280</sup> Reitera-se que tal circunstância não resume a constitucionalização. Simplesmente se

Nessa toada, observe-se, entre tantos outros, os seguintes dispositivos constitucionais: livre iniciativa (art. 1º, inc. IV e art. 170, *caput*), a propriedade privada e sua função social (art. 5º, *caput* e incs. XII e XIII e art. 170, inc. II e III), igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º), proteção da família (art. 226, § 5º), princípio da livre concorrência (art. 170, inc. IV), livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único). Acrescentem-se a essa lista, outros tantos, entre os quais, a tutela do direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI), indenização por “dano material, moral ou à imagem (art. 5º, inc. V), direito à herança (art. 5º, inc. XXX).

Além disso, tal qual sucede no Direito argentino – segundo explica Julio César RIVERA –,<sup>281</sup> na Constituição brasileira, há incorporação com nível hierárquico superior às leis, de tratados internacionais que regulam matérias de “direito privado”.<sup>282</sup>

Embora a *constitucionalização* não se resume a esse aspecto, como se detalhará adiante,<sup>283</sup> a tutela constitucional é deveras significativa ao sinalizar que a proteção de certos direitos e institutos mereceu uma proteção contra as alterações do legislador ordinário,<sup>284</sup> porque, sublinha Joaquim de Sousa RIBEIRO, “sobem um degrau na pirâmide normativa, passando a gozar também de assento e dignidades constitucionais”.<sup>285</sup>

A terceira tese refutada por FLÓREZ-VALDÉS – limitação do destinatário dos preceitos constitucionais (c) – procura sustentar que a eficácia desses preceitos é

---

chama a atenção para que, como assentara PERLINGIERI, “Alguns direitos civis não encontram tutela, reconhecimento ou disciplina no Código Civil, mas, por exemplo, no Texto Constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 55.

<sup>281</sup> RIVERA, Julio César. El Derecho Civil Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, ano 85, p. 11-28, mar. 2006. p. 16-17.

<sup>282</sup> Constituição Federal, art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; art. 5º, §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>283</sup> Ver *infra*, especialmente, a seção “Legalidade constitucional” (1.3.2).

<sup>284</sup> Segundo Joaquim de Sousa RIBEIRO: “No que concerne ao direito civil, o reconhecimento constitucional de certos direitos tidos por fundamentais, significa também a consagração de princípios ordenadores das situações pessoais e patrimoniais que formam o campo vivencial do sujeito das relações civis”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 7 e 13.

<sup>285</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 15.

restrita à atividade legislativa, ou, como usualmente se escreve, que as normas da Constituição vinculam apenas o legislador.<sup>286</sup> Na construção de TEPEDINO:

o civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses – patológicas e extremas – de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e visitar os institutos de direito privado.<sup>287</sup>

As idéias lançadas por TEPEDINO conduzem a brevemente apreciar a própria extensão do crivo constitucional. Dessa feita, ao robusto conjunto de contraposições às tentativas de negar a eficácia normativa da Constituição, acima exarados, à confrontação da alegação de que as normas constitucionais vinculam somente a atividade legislativa agreguem-se o exame do “controle de constitucionalidade” e a extensão que pode receber essa locução.<sup>288</sup>

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é amplo e eclético.<sup>289</sup> Abarca controle preventivo e repressivo, concentrado e difuso, concreto e abstrato. Com efeito, há análise *preventiva* da constitucionalidade, pelo Poder Legislativo, no curso da elaboração das leis,<sup>290</sup> assim como *controle repressivo*, pelo Poder Judiciário, uma vez que a lei ou ato normativo esteja em vigor.

---

<sup>286</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 90-91. Em tal pensamento: “ao magistrado não seria dado realizar um salto sobre o legislador na definição das regras de conduta”. TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil e a legalidade constitucional. **Revista Del Rey Jurídica**, Belo Horizonte, n. 13, ano 6, p. 22-23, 2004. p. 22.

<sup>287</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 18. Ao mesmo tempo, é certo que, assenta o Min. Eros GRAU em seu voto: “todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla”. BRASIL. STF. ADI n.º 2.797/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 15/09/2005. DJ: 19/12/2006. Voto do Min. Eros GRAU.

<sup>288</sup> HESSE já salientara, ao tratar sobre a Lei Fundamental de Bonn, que diante da “primazia da Constituição” supera-se a distinção entre direitos fundamentais “atualmente aplicáveis” e “programáticos”, de maneira que “*esta amplia primacía ya no depende de que los jueces asuman una facultad de control material; sobre esto repercute uno de los más importantes factores del nuevo desarrollo también en relación al Derecho Privado: la creación de la jurisdicción constitucional [...]*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 54-55. Em tradução livre: “esta ampla primazia já não depende que os juízes assumam uma faculdade de controle material; sobre isso repercute um dos fatores mais importantes do novo desenvolvimento também em relação ao Direito Privado: a criação da *jurisdição constitucional*”.

<sup>289</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 1.

<sup>290</sup> Parte da doutrina cita uma hipótese excepcional de controle preventivo, pelo Poder Judiciário, qual seja, no curso de deliberação sobre proposta de emenda à Constituição.

Ao Supremo Tribunal Federal compete o exercício do controle de *constitucionalidade concentrado* por meio das ações constitucionais<sup>291</sup> destinadas especificamente a examinar a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade),<sup>292</sup> com efeitos *erga omnes* – ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF),<sup>293</sup> ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIo).<sup>294</sup>

Entre suas atribuições inclui-se, ademais, julgar em última instância a ofensa da Constituição por lei ou ato normativo.<sup>295</sup> Outrossim, cumpre a todas as instâncias o controle de constitucionalidade incidental. Para dizê-lo de modo mais incisivo, todos os juízes brasileiros, em todas as instâncias, realizam o *controle de constitucionalidade difuso*,<sup>296</sup> exercendo a jurisdição constitucional diante de um caso concreto.<sup>297</sup> Nessa senda, na conformação atual da jurisdição constitucional, esse

---

<sup>291</sup> Remete-se, por brevidade, à legislação pertinente: ADPF: Lei n.º 9.882/99, demais ações constitucionais destinadas a apreciação em abstrato da constitucionalidade: Lei n.º 9.868/99.

<sup>292</sup> Em apresso a síntese, elucida-se a distinção a partir do seguinte trecho de voto proferido em ação direta de inconstitucionalidade: “Há de se distinguir a ação direta de inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. São irmãs, cujo alcance é chegar-se à conclusão quer sobre o vício, quer sobre a harmonia do texto em questão com a Carta da República. O que as difere é o pedido formulado. Na ação direta de inconstitucionalidade, requer-se o reconhecimento do conflito do ato atacado com a Constituição Federal, enquanto na declaratória de constitucionalidade, busca-se ver proclamada a harmonia. A nomenclatura de cada qual das ações evidencia tal diferença”. BRASIL. STF. ADI n.º 3.324. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16/12/2004. DJ: 05/08/2005.

<sup>293</sup> Lei n.º 9.882/99, art. 1º: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

<sup>294</sup> As siglas utilizadas, a fora ADIo, seguem o padrão adotado pelo STF, conforme resolução n.º 230/2002, em vigor, de acordo com a última edição de seu Regimento Interno, datada de março de 2008. BRASIL. STF. **Regimento Interno**. (Atual. Eugênia Vitória Ribas). Brasília: STF, 2007.

<sup>295</sup> Na forma da Constituição Federal, art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

<sup>296</sup> O STJ já reconheceu inclusive a possibilidade que, nas demandas em que tipicamente se produz efeitos *erga omnes* – ações civis públicas para tutela de direitos transindividuais e em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos – o exercício do controle de constitucionalidade difuso receba tal efeito. Assim: BRASIL. STJ. Agravo Regimental no RESP n.º 620.615/DF. 1ª. Turma. Rel. para acórdão: Min. Teori Albino ZAVASCKI. Julgamento: 01/06/2004. DJ: 02/08/2004.

<sup>297</sup> A fiscalização da constitucionalidade não precisa ser objeto de demanda própria para ser apreciada, vale realçar, não está limitada ao controle de constitucionalidade abstrato. Apesar de utilizar-se a expressão “exceção de inconstitucionalidade”, consoante destaca CLÈVE, na realidade não há uma defesa a ser examinada em apartado. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 97-98. A partir

exame não depende de provocação da parte, haja vista que: “O controle difuso de constitucionalidade, não só é possível, como obrigatório, porque o juiz ou Tribunal não pode aplicar a lei inconstitucional”.<sup>298</sup> Além disso, ao aplicar a lei deve fazê-lo com fulcro na Constituição, conforme a Constituição e com vistas à máxima efetividade da Constituição.

Dessa maneira, conforme decidiu o TJRJ, “inexiste óbice em se reconhecer incidentalmente, de ofício e em qualquer fase do processo de conhecimento a inconstitucionalidade de determinada lei, ainda que as partes dela não houvessem cogitado”.<sup>299</sup> Em voto relatado pelo Min. Sepúlveda PERTENCE, mesmo o prequestionamento da inconstitucionalidade restou afastado como requisito para o exame de constitucionalidade em sede de recurso especial e recurso extraordinário.<sup>300</sup>

Úteis ainda as discussões extraídas do agravo regimental em agravo de instrumento de n.º 145.589,<sup>301</sup> julgado pelo STF, o qual consistiu em demanda de investigação de paternidade em face de genitor casado, fulcrada na “nova ordem constitucional que abriga o princípio da igualdade entre os filhos”.<sup>302</sup> Sustentando que ao STJ é dado enfrentar a constitucionalidade de lei desde que não tenha sido

---

de Celso Ribeiro BASTOS, considera que o controle de constitucionalidade em concreto se faz como argumento de defesa, bem como “atacando desde logo o ato defensivo a direito seu praticado com fundamento em lei inconstitucional. [...] Nos dois casos inócorre ataque frontal à lei, nem se pretende a declaração da inconstitucionalidade da lei em tese. Almeja-se, apenas, a solução da questão constitucional na medida em que ela resolve, também, uma dada situação litigiosa submetida à apreciação judicial”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Obra citada, p. 96-97.

<sup>298</sup> BRASIL STJ. EDcl no RESP n.º 106993/MS. 2ª. Turma. Rel.: Min. Ari PARGENDLER. Julgamento: 28/04/1998. DJ: 18/05/1998. O teor da controvérsia não influiu diretamente em tal conclusão.

<sup>299</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2007.001.23375. 15ª. Câmara Cível. Rel.: Helda Lima Meireles. Julgamento: 14/12/2007. Em questão a constitucionalidade de tributos municipais em face da imunidade constitucional a que faria jus entidade religiosa. Com base na compreensão de que a constitucionalidade deve ser examinada independente de provocação, rejeitou-se a alegação de julgamento *extra petita* quanto ao exame da constitucionalidade.

<sup>300</sup> “Não importa que a inconstitucionalidade de lei local não haja sido questionada nas instâncias ordinárias. A incidência do art. 40, § 4º. da CF - objeto de toda controvérsia - pressupõe validade da lei instituidora da vantagem para o servidores em atividade, que, em razão da regra constitucional de paridade, se teria de aplicar por extensão aos inativos. Ora, em hipóteses tais, até ao STJ, na instância de recurso especial, seria dado declarar, incidentalmente, de ofício a inconstitucionalidade de lei ordinária que, se válida, teria que aplicar. Seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, 'guarda da Constituição', porque não prequestionada sua invalidade”. BRASIL. STF. RE n.º 264.289. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 03/10/2001. DJ: 14/12/2001.

<sup>301</sup> BRASIL. STF. AI-AgR n.º 145.589. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 02/09/1993. DJ: 24/06/1994.

<sup>302</sup> Nos termos da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento objeto do agravo regimental.

decidida em tribunais inferiores a questão – hipótese em que somente caberia o recurso extraordinário –, salientou, de outra banda, o relator Min. Sepúlveda PERTENCE que: “não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício”.<sup>303</sup>

Em harmonia com essas linhas, conclui-se que “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”, eis que a Constituição assume duplo papel de “parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”.<sup>304</sup>

A identificação da Constituição como “meta-norma” (d), último argumento retratado por FLÓREZ-VALDÉS<sup>305</sup> demonstra a tentativa de conferir às normas constitucionais, aspecto de organização do Estado e de produção de normas, tolhendo sua eficácia normativa.<sup>306</sup> Faz notar o autor que não é apropriado

<sup>303</sup> Em seu voto, sustentou o Min. Marco AURÉLIO que a ausência de interposição de recurso extraordinário concomitantemente ao recurso especial, não fez verificar preclusão haja vista que “a matéria constitucional, em si, não se faz preclusa, muito menos coberta pela coisa julgada”. Para o ministro era possível a parte “arriscar-se” e optar, ao invés da propositura concomitante, provocar exame da constitucionalidade (crivo difuso) pelo STJ, para somente então, propor o recurso extraordinário. Confira-se, em tal julgado, a profícua discussão travada entre os ministros Marco AURÉLIO e Sepúlveda PERTENCE, bem como a posição de Moreira ALVES, que considera, em seu voto, “infeliz a dicotomia” entre recurso especial e extraordinário trazida pela Constituição federal. Em sentido próximo, o Min. Carlos VELLOSO defendeu que melhor seria o sistema se o STJ decidisse ambas questões.

<sup>304</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 3. Na ótica de BARROSO, essa aplicação constitucional assume duas formas, de modo que incide: “a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. [...] Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material”. Obra citada, *idem*.

<sup>305</sup> “La Constitución – se ha sostenido – es una norma de segunda instancia, una ‘metanorma’ cuya función consiste en regular aquellos particulares actos humanos [sic] que son los actos productores de normas”. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 93. Em tradução livre: “A Constituição – sustentou-se – uma norma de segunda instância, uma ‘metanorma’ cuja função consiste em regular aqueles particulares atos humanos que são os atos produtores de normas”.

<sup>306</sup> Clèmerson Merlin CLÈVE identifica a existência de “um constitucionalismo defensor de um *status quo*” no qual “o que se tem é a busca da mudança da Constituição para mutilá-la ou instrumentalizá-la - a chamada ordinarização da Constituição. Insiste-se nas deficiências do texto constitucional ou, pura e simplesmente, sabota-se a Constituição, especialmente aqueles capítulos exigentes de uma atuação estatal voltada para a satisfação dos objetivos fundamentais da República

considerar que a Constituição está adstrita a esse escopo haja vista que “*tales normas no agotan el contenido constitucional y, como se ha indicado ya y habrá ocasión de reiterar, también extiende su radio de operatividad por otros ámbitos normativos*”.<sup>307</sup> Nessa esteira, aduz Roberto Enrique RODRÍGUEZ MELÉNDEZ:

*Ciertamente, las constituciones se ocupan de la estructura del Estado, pero también establecen los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales. Bajo esta óptica la Constitución representa la base normativa de las relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas dentro de un Estado. La unidad que impondrá la Constitución resultará de la superación o contraposición entre normas jurídicas contenidas en los códigos y demás leyes secundarias, frente a los principios políticos y normas de rango superior contenidas en la Constitución, no sin que ello implique, la entrada en crisis de la tradicionalmente entendida distinción entre Derecho privado y Derecho público. Justamente, en clave constitucional, alcanzará ‘tonos más suaves la tormentosa división publicum-privatum’, donde intereses privados e intereses públicos, asumen en la Constitución, una visible unificación y sistematización orgánica.*<sup>308</sup>

Em vista dessas idéias, é possível assinalar-se que a ótica segundo a qual a Constituição é norma reguladora exclusivamente da atividade estatal, portadora exclusivamente de *normas de estrutura*<sup>309</sup> – vale salientar, incapaz de disciplinar

---

Federativa do Brasil ou para a realização dos direitos fundamentais. Neste último caso, afeta-se mais os direitos sociais de natureza prestacional, exigentes de uma atuação positiva do poder público. Cumpre, portanto, tratar apenas da dogmática comprometida com a Constituição, demonstrando, ademais, o esgotamento de determinados tempo e proposta”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo *et al* (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35-48. p. 36.

<sup>307</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 93-94. Em tradução livre: “tais normas não esgotam o conteúdo constitucional e, como já se indicou e haverá oportunidade de reiterar, também estende seu raio de operatividade por outros âmbitos normativos”.

<sup>308</sup> RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. Derechos fundamentales entre particulares: Una introducción a su problemática protección constitucional e internacional. **Revista de Derecho Constitucional**, San Salvador (El Salvador), Corte Suprema de Justicia de El Salvador - Centro de Documentación Judicial, t. 1, n. 25, p. 1-14, octubre-diciembre, 1997. p. 5. Em tradução livre: “Certamente, as constituições se ocupam da estrutura do Estado, mas também estabelecem os limites do exercício do poder e o âmbito das liberdades e direitos fundamentais. Sob esta ótica, a Constituição representa a base normativa das relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas dentro de um Estado. A unidade que imporá a Constituição resultará da superação da contraposição entre normas jurídicas contidas nos códigos e demais leis secundárias, frente aos princípios políticos e normas de hierarquia superior contidas na Constituição, não sem que isso implique em entrar a crise da tradicionalmente entendida distinção entre Direito Privado e Direito Público. Justamente, na matriz constitucional, alcançará ‘tons mais suaves a tormentosa divisão *publicum-privatum*’, do que se tem que interesses privados e interesses públicos, assumem na Constituição, uma visível unificação e sistematização orgânica”.

<sup>309</sup> Utiliza-se aqui a tipologia de BOBBIO, pela qual as normas podem ser divididas entre *normas de conduta*, as quais estabelecem comportamentos proibidos, obrigatórios e permitidos, e *normas de estrutura*, as quais estabelecem as condições das quais emanam as normas válidas. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. (Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos

condutas –, espelha uma segregação entre os interesses públicos e privados, aponta para uma atuação estatal adstrita à proteção das liberdades e garantias individuais, incompatível com as transformações que redefinem o Direito contemporâneo.

Em consonância às idéias lançadas, é premissa do presente estudo que os preceitos constitucionais carregam em seu arcabouço normas juridicamente eficazes, hierarquicamente (e, talvez se possa dizer, substancialmente) superiores, possuindo a nota da imperatividade e o poder que emana da sua força normativa, cabendo assinalar tais atributos de molde a abarcar as normas de natureza “principiológica” e a abraçar os preceitos de índole axiológica.

### 1.3.2 Legalidade constitucional

A leitura conforme a Constituição imprime no Direito Privado uma *exigência de adequação*, confrontando-se sua imobilidade clássica diante da axiologia constitucional, remodelando<sup>310</sup> o Direito Privado. Não obstante, com sentido diverso do ora tratado, a expressão *constitucionalização* é freqüentemente<sup>311</sup> usada para

---

Santos). 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. p. 45.

<sup>310</sup> Na ótica de Claudia Lima MARQUES: “Vale frisar que foi a Constituição Federal de 1988, a que modificou e moldou profundamente o Direito Privado brasileiro ao estabelecer as bases para o tratamento privilegiado de uns atores econômicos, os consumidores (Art. 5, XXXII da CF/1988), impondo uma nova ordem constitucional do mercado (Art. 170 da CF/1988), e, por fim, mandou organizar um Código especial de proteção deste sujeito de direitos fundamentais (Art. 48 ADCT/CF/88), reconstruindo, assim, com uma divisão tríplice (de direito civil, comercial e de proteção do consumidor, art. 22, I c/c Art. 48 ADCT da CF/88), o Direito Privado brasileiro”. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004. p. 19.

<sup>311</sup> Assim: BRASIL. STJ. Mandado de Segurança n.º 3.318-2. 1ª. Seção. Rel.: Min. Antônio de PÁDUA RIBEIRO. Julgamento: 31/05/1994. DJ: 15/08/1994: “A autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição Federal, não pode ser interpretada como independência e, muito menos, como soberania. A sua **constitucionalização** não teve o condão de alterar o seu conceito ou ampliar o seu alcance, nem de afastar as universidades do poder normativo e de controle de órgãos federais competentes”. Grifou-se. Marçal JUSTEN Filho assentou: “É evidente que essa constitucionalização do sistema tributário no Brasil não retrata fenômeno casual ou anômalo. [...] As peculiaridades do sistema constitucional tributário brasileiro têm influenciado o desenvolvimento dos estudos doutrinários e do processo de interpretação aplicação das normas infra-constitucionais”. JUSTEN Filho, Marçal. Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 30, p. 215-233, 1998. p. 217. Publicado igualmente em: JUSTEN Filho, Marçal. Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. **Interesse Público**, São Paulo, n. 2, p. 77-92, 1999. No campo tributário, veja-se ainda, no TJRS, as apelações cíveis de n.º 70021576111, 70020914263, 70020245213, 70020289278 70017759127, 70017440843. Na compreensão da relatora Rejane Maria Dias de Castro BINS, ao apreciar Apelação Cível / Reexame Necessário em MS n.º 70021576111: “A superveniência de alteração, na Constituição, com conteúdo semelhante àquele tido por inconstitucional sob a égide de redação anterior, não tem o

designar tão-somente a localização ou a transposição<sup>312</sup> de determinado regime jurídico ao texto constitucional.<sup>313</sup>

A metamorfose é mais profunda, mais rica e mais interessante. Trata-se de uma mudança de enfoque a qual denota, nas palavras de FACHIN, uma “constitucionalização substancial do Direito Civil”, de modo que não se converte a Constituição em macrocódigo,<sup>314</sup> mas em “ordenação material e substancial”.<sup>315</sup> O

---

condão de constitucionalizá-lo”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 22ª. Câmara Cível. Rel.: Rejane Maria Dias de Castro BINS. Apelação Cível / Reexame Necessário em MS n.º 70021576111. Julgamento: 28/09/2007. Tal uso é visto ainda em: SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 480.713.4/0-00. 18ª Câmara Cível. Julgamento: 14/08/2008. Não está em questão crítica a utilização do “vocábulo constitucionalização” com tal sentido, mas a sinalizar que o termo toma outro significado.

<sup>312</sup> Nessa ordem de idéias, FLÓREZ-VALDÉS difere direito civil constitucionalizado, isto é, o Direito Civil que está apenas formalmente na Constituição. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 186-187. Confira-se: FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-62. p. 38.

<sup>313</sup> Escrevera Miguel REALE: “Se lembrarmos que, no Art. 5º da Carta Magna, são consagrados outros preceitos civis fundamentais, como, por exemplo, o da liberdade de associação, o da reparação do dano moral, o da inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, a função social da propriedade; e que o Art. 226 estabelece os princípios constitutivos da instituição da família, podemos afirmar que, no Brasil, atinge o mais alto grau a constitucionalização do Direito Civil”. **A Constituição e Código Civil**. Disponível online em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Datado de 08/09/2003. Acesso em 12/03/2006. Diversamente, acolhendo a premissa de fundamentação constitucional, o Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal em sua IV Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado n.º 274 o qual dispõe: “**Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana).** CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado (Org.). Brasília: CJP, 2007. p. 35. O que está em questão, portanto, não é mera querela topográfica: “Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tomando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 10-11.

<sup>314</sup> FACHIN, Luiz Edson. Projeto de Código Civil. Direito de família. **Revista da CEJ**, Brasília, Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, v. 3 n. 9, p. 16-20, set./dez. 1999. Para Carmem Lucia Silveira RAMOS: “é necessário reconhecer, no entanto, que as disposições inseridas na carta constitucional alteram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar no novo século”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 10. Joaquim de Sousa RIBEIRO faz

giro é dessa feita hermenêutico-axiológico, não topográfico.<sup>316</sup>

Essa emigração de institutos de Direito Privado para a Constituição já preocupava Clovis BEVILAQUA e Orlando GOMES. Em texto nominado “A Constituição e o Código Civil”, em 1935, BEVILAQUA faz observar a existência de “regras de direito civil consignadas na Constituição”, em decorrência das quais “o Código Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões lógicas”.<sup>317</sup> Além de consequências no regime jurídico, as idéias lançadas naquele texto permitem identificar alterações de grande profundidade. Por sua representatividade, transcreva-se o comentário de BEVILAQUA sobre os interesses a serem tutelados com o instituto da propriedade:

O conceito de propriedade se apresentava no Código Civil sob um cunho algum tanto rígido, apesar da tentativa de o adaptar às exigências da vida social, que propuzera o Projecto primitivo. Havia, assim, certa desconveniência entre a definição legal (Código Civil, art. 524) e as restrições desse mesmo corpo de leis e de outros diplomas legislativos. A Constituição, porém, fixou a verdadeira doutrina social da propriedade, estatuidor: ‘é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar. É uma fórmula feliz, porque atende na propriedade, ao elemento individual, de cujos estímulos depende a prosperidade do agrupamento humano; do elemento social, que é a razão de ser e a finalidade transcendente do direito; e, finalmente, às mudanças, que a evolução cultural impõe à ordem jurídica.’<sup>318</sup>

---

referência a uma “projeção do direito constitucional no direito civil”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 8. Reforçando a tese de que não se trata apenas de mudança topográfica, observa-se a utilização da designação constitucionalização para a abertura promovida pelas cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé. Tratava-se de examinar em contrato de arrendamento mercantil, pedido de restituição de valor pago, antecipadamente pago à título de VRG (valor residual geral). Ocorreu que o arrendante alienou o bem antes do fim do contrato e alegou que a cobrança antecipada de VRG descaracterizaria o contrato de *leasing*. Ao fundamentar o dever de devolução do valor delineou o TJPR: “Atente-se que o princípio da força obrigatória dos contratos, não foi retirado da sistemática contratual, no entanto, relativizado diante a função social do contrato, boa-fé objetiva e justiça contratual, nos termos dos artigos 112, 113, 421 e 422 do CC/2002 e naquilo que a doutrina convencionou chamar *constitucionalização* do direito privado”. PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 438757-3. Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho RUTHES. Julgamento: 30/01/2008. Grifou-se.

<sup>315</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 34.

<sup>316</sup> Com a expressão *giro* não se pretende alusão ao “giro hermenêutico” de Hans George GADAMER, ou ao “giro lingüístico” de Ludwig WITTGENSTEIN.

<sup>317</sup> BEVILAQUA, Clovis. A Constituição e o Código Civil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Presidência da República, v. 3, n. 31, dez. 2001. Originalmente o texto foi publicado em: Doutrina: a Constituição e o Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 97, n. 34, p. 31-38, set. 1935. Transcrição *ipsis literis*.

<sup>318</sup> BEVILAQUA, Clovis. A Constituição e o Código Civil. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, Presidência da República, v. 3, n. 31, dez. 2001.

A seu turno, Orlando GOMES assentava, em 1982, em texto nominado “A Constituição e seus reflexos no Direito das Obrigações”, a relevância da recepção constitucional de certos institutos, bem como referia à força normativa da Constituição.<sup>319</sup> Nesse compasso, salientou que a mudança do papel do Direito, com a “multiplicação das [suas] funções sociais” trazendo consigo o “reconhecimento superlegal de velhos e novos direitos e garantias”.<sup>320</sup> A incidência dos preceitos constitucionais é identificável com clareza quando anota que: “transferindo para a Constituição a tutela desses direitos, institucionaliza-se a garantia de sua inviolabilidade e se reserva à lei, nos limites constitucionais, a exclusividade da competência para qualquer modificação no regime derivado da diretriz constitucional”.<sup>321</sup>

O que se está a pontuar é que a repercussão da Constituição nas relações interprivadas, nos institutos de Direito Privado e no Código Civil não constituem propriamente novidades;<sup>322</sup> o que não se desnatura pela circunstância de se tratar de outro momento do desenvolvimento das discussões sobre esses temas, assim como, do país.<sup>323</sup> Confira-se a respeito, o enfoque proposto no estudo de Orlando GOMES: “admitindo-se que os preceitos constitucionais condicionam e orientam o direito contratual não basta, entretanto, definir a sua significação; importa conhecê-la a operatividade”.<sup>324</sup>

---

<sup>319</sup> GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982. p. 29. Em pese ressaltasse sobre os preceitos constitucionais que “numerosos deles conservam a marca programática enquanto outros não são auto-executáveis”. Obra citada, *idem*.

<sup>320</sup> GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982. p. 26.

<sup>321</sup> GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982. p. 26.

<sup>322</sup> Segundo Konrad HESSE: “[...] *el cambio de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado expresa un cambio de las tareas, la cualidad y las funciones de cada uno de los sectores jurídicos, cuyo momento decisivo está señalado por el final de la Primera Guerra Mundial. Este cambio, unido también a una función no modificada del Derecho Privado, ha conducido por necesidad interna desde la originaria yuxtaposición ampliamente incomunicada de ambos ámbitos a una relación de recíproca complementariedad y dependencia*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 69-70. Em tradução livre: “a mudança nas relações entre Direito Constitucional e o Direito Privado expressa uma alteração das tarefas, da qualidade e das funções de cada um dos setores jurídicos, cujo momento decisivo está sinalizado pelo final da Primeira Guerra Mundial. Esta modificação, somada a uma função não modificada do Direito Privado, conduziu por necessidade interna desde a originária justaposição incomunicada desses âmbitos até uma relação de recíproca complementariedade e dependência”.

<sup>323</sup> “No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 1.

<sup>324</sup> GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. **Revista de**

A considerar o teor de tais textos, tem-se por equivocadas as críticas que se assentam na sustentação de que houve somente o deslocamento de certos institutos para a regulamentação constitucional,<sup>325</sup> ou que por *constitucionalização* esteja-se a defender a desnecessidade de legislação infraconstitucional. O que está em questão, antes, trata-se dos limites e das possibilidades que emergem desse deslocamento – para a Constituição –, como parte de um movimento mais amplo que se refere à eficácia irradiante das normas constitucionais por todo o ordenamento.

Para dizê-lo em uma frase, não é necessária a regulação constitucional “por inteiro” de um instituto para que se proceda a sua leitura constitucional porque, por força da *constitucionalização*, os princípios e valores constitucionais passaram a ter livre trânsito pela legislação infraconstitucional.<sup>326</sup> Nessa toada, acentua BARROSO: “A constitucionalização do direito em geral – civil, penal, processual, administrativo – não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.<sup>327</sup> Por essa razão, impróprio, como alerta TEPEDINO, falar-se em *civilização do direito constitucional* porque tal expressão inverte e subverte a

---

**Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982. p. 26.

<sup>325</sup> Assim também: FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-62. p. 39.

<sup>326</sup> “A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175.

<sup>327</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 3. Em sentido similar, explicita Julio César RIVERA sobre a transferência de matéria a Constituição que: “[...] *el fenómeno de las relaciones entre el Derecho Privado e a Constitución no se acaba allí, pues esa majestosa indiferencia recíproca que han vivido ambas disciplinas por largo tiempo, ha escondido una cuestión fundamental que es que la Constitución informa todo el ordenamiento, inclusive el Derecho Privado*”. Mais adiante, consolida a partir de PERLINGIERI: “*Por ello, la doctrina más autorizada en la materia invita permanentemente a una relectura del Derecho Privado a la luz de la Constitución*”. RIVERA, Julio César. El Derecho Civil Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 728, ano 85, p. 11-28, mar. 2006. p. 28. Em tradução: “[...] o fenômeno das relações entre o Direito Privado e a Constituição não se acaba ali, pois essa majestosa indiferença recíproca que viveram ambas disciplinas por largo tempo, escondeu uma questão fundamental que é que a Constituição informa todo o ordenamento, inclusive o Direito Privado”; “Por isso, a doutrina mais autorizada na matéria convida permanentemente a uma releitura do Direito Privado à luz da Constituição”.

prioridade axiológica fixada pela Constituição.<sup>328</sup>

Cabe asseverar ademais que a *constitucionalização* não acena para o desprezo às normas infraconstitucionais, mas à necessidade de sua *filtragem constitucional*, ou seja, sua releitura à luz da Constituição.<sup>329</sup> Como assenta Paulo LÔBO: “Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos”.<sup>330</sup> Assim, mesmo MOREIRA ALVES concede que “em 1988 era promulgada a Constituição da República, que representou, principalmente em matéria de família, uma verdadeira revolução no Direito brasileiro”,<sup>331</sup> exigindo

---

<sup>328</sup> TEPEDINO, Gustavo. Perspectivas do Direito Civil Contemporâneo. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 27, 2006.

<sup>329</sup> Conforme SCHIER: “Deveras o fenômeno tomado como objeto de estudo refere-se a que, *diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional*. Tal processo de *filtragem constitucional*, decorrente da força normativa da Constituição, inaugura, certamente, no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do direito, mormente em sua dimensão tecnológica (visando a orientação e decidibilidade de problemas concretos). Isto porque, a partir da perspectiva da filtragem constitucional, surge a necessidade de buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos [...] fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito infraconstitucional*”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 25. Confira-se, ainda, a síntese do próprio autor sobre a filtragem constitucional: toma “como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo”. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 131-150, jan./dez. 2005. p. 132.

<sup>330</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 141, ano 36, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 100.

<sup>331</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do Novo Código Civil brasileiro. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005. p. 13-28. p. 15. Linhas abaixo reitera que “com a Constituição de 1988, a situação se complicou muito mais, dado que, em matéria de família, houve uma verdadeira revolução no nosso Direito”. Obra citada, p. 15. Nessa trilha, expressa que “Com relação aos filhos adotivos, quaisquer que fossem as espécies de adoção, ou seja, sem levar em consideração a distinção entre adoção estrita e adoção plena, que, no nosso Direito, começou a ser chamada de ‘legitimação adotiva’ e seguia a orientação do Direito francês, passávamos, de uma hora para outra, a uma igualdade dos filhos. Dessa forma, todas as adoções tornavam-se plenas, e com uma gravidade: na véspera da promulgação, o filho adotivo tinha direitos bastante restritos, e direitos de natureza principalmente patrimonial entre adotado e adotante, e, já no dia seguinte, era considerado filho para todos os efeitos. Foi essa, pelo menos, a orientação do Supremo Tribunal Federal, quando surgiu o problema de saber se a adoção só podia ser plena ou se continuava a poder bifurcar-se em plena e restrita. **Essas modificações que decorreram dos arts. 226 e 227 da Constituição** levaram o Senador Josafah Marinho, num trabalho hercúleo e praticamente solitário, a fazer adaptações, razão por que, quando foi aprovado no Senado – quase por aclamação –, o projeto foi remetido novamente à Câmara para a segunda passagem, apenas para que fossem examinadas as alterações sofridas no Senado Federal”. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do Novo Código Civil brasileiro. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**.

adaptações na lei ordinária.

Entre fundamentos dessa compreensão, destaca TEPEDINO, está a percepção de que, a tomar-se a especificação da norma como critério para atribuição da eficácia, prevalecerá justamente a norma hierarquicamente inferior, a qual tende a ser mais específica. Apreciar a eficácia normativa apenas pelo grau de clareza é subverter a hierarquia normativa.<sup>332</sup>

A *constitucionalização*, cabe repisar, muito longe está de se confundir com a transferência de certos regimes jurídicos ao texto constitucional. Ensina BARROSO:

À supremacia até então meramente formal, agregou-se urna valia material e axiológica a Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.<sup>333</sup>

Dessa feita, consoante se expôs, não se trata apenas de uma troca de fontes,<sup>334</sup> mas da construção de um sistema plural, complexo, pautado na

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJP, 2005. p. 13-28. p. 15-16.

<sup>332</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008. p. 29. Trata-se de transcrição de palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do em 15/09/2008.

<sup>333</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, 2001. p. 34.

<sup>334</sup> Segundo Pietro SANCHÍS: *“La Constitución no ha venido simplemente a ocupar el papel de la ley, sino a diseñar un modelo de producción normativa notablemente más complejo, donde todos los sujetos encuentran, no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación”*. SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999. (Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, v. 60). p. 36. Ressalve-se que não se pretende enfrentar o duro tema da ponderação. Ainda, em importante lição SANCHÍS sublinha que: *“Por lo que se refiere a la interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, al razonamiento jurídico, sería erróneo pensar que simplemente la Constitución ha sustituido la ley, de manera que el juez tan sólo haya debido cambiar su parámetro de enjuiciamiento; pues sucede que la estructura de la norma constitucional es distinta a la norma legal o, al menos así, parece ocurrir con los llamados principios constitucionales (...) lo que ahora interesa destacar es que algunas normas constitucionales, y tal vez las más importantes, no se prestan a la técnica de la subsunción a la que el viejo Estado de Derecho había reducido la función del juez, sin que tampoco puedan concebirse como un simple llamamiento al ejercicio de la discrecionalidad”*. Obra citada, p. 19-20. Em tradução livre, respectivamente: *“A Constituição não veio simplesmente a ocupar o papel da lei, porém a desenhar um modelo de produção normativa notavelmente mais complexo, no qual todos os sujeitos encontram, não uma ordem hierárquica unívoca, mas orientações de sentido conflitivo que exigem ponderação”*; *“No tocante à interpretação e aplicação do Direito e, por tanto, ao raciocínio jurídico, seria errôneo pensar que simplesmente a Constituição substituiu a lei, de maneira que o juiz tão-somente tenha trocado seu parâmetro de julgamento; pois sucede que a estrutura da norma constitucional é distinta à da norma legal ou, ao menos assim, parece ocorrer com os chamados princípios constitucionais (...) o que agora interessa destacar é que algumas normas constitucionais, e tal vez as mais importantes, não se prestam à técnica da subsunção a que o velho Estado de*

concretude, eis que centrado na pessoa.<sup>335</sup> A *constitucionalização* marca, pois, não uma alteração perfunctória, mas de fundo.<sup>336</sup> Sob o prisma interpretativo “A interpretação axiológica representa a superação histórica e cultural da interpretação literal”.<sup>337</sup> Sob o prisma metodológico – ao qual, é certo, o anterior não está despegado – a interpretação sofre uma *virada*<sup>338</sup> significativa, alterando seu ponto de referência,<sup>339</sup> de modo que “a mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”.<sup>340</sup>

Tecidas tais considerações, cabe frisar a eficácia do amparo de certos temas no texto constitucional, por reforçar a perspectiva da leitura à luz da Constituição.<sup>341</sup>

---

Direito havia reduzido à função do juiz, sem que tampouco se possa conceber como um simples conclamação ao exercício da discricionariedade”.

<sup>335</sup> Ao examinar a validade de cláusulas contratuais em contrato de financiamento de veículo, o TJRJ assentou a “relativização da blindagem contratual”, impondo a restituição de valores cobrados sobre a rubrica “outros” e “acréscimos”, com fulcro no dever de boa-fé, na caracterização de relação de consumo e na configuração de contrato de adesão. Consignou-se na fundamentação: “a nova ordem civilista logrou efetuar migração do epicentro axiológico do patrimônio para o constitucional, ou seja, com prevalência dos direitos e deveres que tenham por escopo a realização plena da dignidade da pessoa humana e da função social dos contratos e da propriedade”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2006.001.51360 (ou n.º 51360/06). 3.ª Câmara Cível. Rel.: Des. Luiz Fernando Ribeiro de CARVALHO. Julgamento: 24/07/2007. No corpo da decisão consta também outra data: 24/09/2007

<sup>336</sup> Aduz PERLINGIERI: “A harmonização entre fontes exige por parte do jurista um esforço constante, contínuo, em grande parte ainda a ser concretizado. A hierarquia das fontes não responde apenas uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas de diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade da filosofia da vida presente no modelo constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 9-10.

<sup>337</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 73.

<sup>338</sup> A referência à *Virada* se fez em apreço à obra: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. e ao Núcleo de Pesquisa de Direito Civil da UFPR – Projeto “Virada de Copérnico”. Sobre a “virada” confira-se, entre outros artigos: FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”; um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 317-324.

<sup>339</sup> Consoante TEPEDINO: “[...] é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 13.

<sup>340</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, n. 141, ano 36, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 100.

<sup>341</sup> Nesse compasso, no âmbito de Direito de Família, sublinhe-se o magistério de José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ: “**Consideradas as fontes do direito como modos de formação ou de revelação do direito, – portanto em sentido técnico-jurídico formal –, diremos que os princípios fundamentais do Direito de Família estão enunciados ou são deduzidos das normas Constitucionais. Assim, por exemplo, as**

Exemplar o julgamento do recurso especial n.º 834.678. Tratava-se de avaliar a possibilidade de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, para condenar ao pagamento de pensão provisória, medida que poderia encontrar óbice na Lei n.º 8.952/94 e pelo Código de Processo Civil.<sup>342</sup> Sucede, todavia, que os valores destinavam-se a custear o tratamento médico de criança de poucos meses acometida de patologias graves posteriormente à aplicação de vacina pela Administração Pública.

Fazendo prevalecer a pessoa, assentou-se que: “As regras infraconstitucionais, na sua exegese, devem partir da premissa metodológica da novel constitucionalização do Direito, inaugurada pela Carta pós-positivista de 1988”.<sup>343</sup> Com fulcro em tal compreensão, constatou a inaplicabilidade do regime de precatório em face da urgência – inclusive porque o baixo valor significava a posterior aplicação do regime de requisitório de pequeno valor (o qual não se submete à ordem dos precatórios).

Nessa linha, sublinhou o julgador: “Sob outro enfoque, sobreleva notar, a regra geral é a de que a liminar não esgote o objeto da ação, obstáculo que se supera na valoração dos interesses em jogo devendo preponderarem os direitos fundamentais da pessoa humana e o intransponível direito de acesso à justiça”.<sup>344</sup>

Em Maria Celina Bodin de MORAES e Gustavo TEPEDINO é possível identificar importantes aspectos da legalidade constitucional, entre os quais: a) atributo de imperatividade; b) espraçamento dos valores constitucionais pelo ordenamento; c) aplicação nas relações de Direito Privado; d) conformidade com a Constituição; e) a normativa fundamental passa a ser a justificação de cada norma.

A imperatividade, primeiro componente (a), contrasta com o caráter programático, a reverberar no reconhecimento da eficácia normativa das normas constitucionais e de sua supremacia.<sup>345</sup> Invoca a doutrina, subsidiando tal postura, o art. 5º da Constituição para recordar que “as normas definidoras dos direitos e

---

**imposições constitucionais de igualdade entre homens e mulheres (art. 226, § 5º) ou entre filhos nascidos dentro e fora do casamento (art. 227, § 4º). Ao legislador ordinário cabe a tarefa de concretizar esses princípios fundamentais”.** OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 19-20. Grifou-se.

<sup>342</sup> Citam-se no julgado os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

<sup>343</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 834.678/ PR. 1ª. Turma. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 26/06/2007. DJ: 23/08/2007.

<sup>344</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 834.678/ PR. 1ª. Turma. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 26/06/2007. DJ: 23/08/2007.

<sup>345</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 27.

garantias fundamentais têm aplicação imediata”.<sup>346</sup>

A incidência constitucional por todo ordenamento, aspecto (b), está em consonância com a unificação axiológica do ordenamento,<sup>347</sup> de onde se conclui que as normas constitucionais irradiam sua eficácia pelos vários ramos do ordenamento<sup>348</sup> e “em todos seus recantos”.<sup>349</sup> Esse espraiamento, não encontra exceção no Direito Privado – aspecto (c), – seara na qual, consoante se expôs, perde seu aspecto de “bolha” em que os preceitos constitucionais não poderiam penetrar, eis que se abandonou a visão desse espaço como um “escudo” sustentado pelo Estado protetor de liberdades individuais.

---

<sup>346</sup> Em parecer acerca da ADPF n.º 54, assinalou BARROSO: “Investidas do atributo próprio das normas jurídicas – a imperatividade –, as normas constitucionais passam a tutelar, direta e imediatamente, as situações que contemplam, podendo ser invocadas tanto pelos cidadãos quanto pelos Poderes Públicos. O constituinte houve por bem explicitar este entendimento, na dicção expressa do art. 5º, § 1º”. BARROSO, Luís Roberto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54: Demonstração de seu Cabimento Memorial da Autora Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (Cnts). **Revista da Presidência**, Brasília, Presidência da República, v. 3, n. 31, dez. 2001. BARROSO, Luís Roberto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54: Demonstração de seu Cabimento Memorial da Autora Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (Cnts). **Revista da Presidência**, Brasília, Presidência da República, v. 3, n. 31, dez. 2001.

<sup>347</sup> Na reflexão de FLÓREZ-VALDÉS: “*porque las normas constitucionales en materia civil no pueden verse como algo separado ni concebirse a modo de parte del Derecho civil, sino como infra-estructura del mismo, que esto vendrá a ser el Derecho civil constitucional en relación a aquél*”. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 19. Em tradução livre: “porque as normas constitucionais em matéria civil não podem ser vistas como algo separado nem serem concebidas de modo apartado do Direito Civil, mas como sua infra-estrutura, que isto virá a ser o Direito Civil constitucional em relação àquele”.

<sup>348</sup> “Sublinhe-se a técnica legislativa – não por acaso – empregada pelo constituinte, fixando, no Título I [da Constituição], princípios fundamentais que, ali situados, impõe específica função aos demais direitos constitucionais, permeando todo o ordenamento jurídico com os valores ali indicados, expressos nos fundamentos objetivos da República”. A tutela da personalidade no ordenamento brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 23-54. p. 48.

<sup>349</sup> O embasamento para tanto se extrai mesmo entre os críticos dessa postura. Para MOREIRA ALVES: “Hoje tendemos a seguir (e considero perigosíssimo) o que, na Itália, é extremamente valorizado por Perlingieri – a constitucionalização do Direito Civil. Não considero que o Direito Civil esteja constitucionalizado. O Direito Constitucional não constitucionaliza, senão ele constitucionalizou tudo, porque Processo, Direito Tributário, Direito Comercial, está tudo ali inserido. “O que entendo é isto: ele disciplina valores, que se aplicam a diferentes ramos do Direito, e se aplicam hierarquicamente, porque há muita coisa na Constituição brasileira que não é matéria de Constituição, como a impossibilidade de acionar a Justiça Comum sem antes esgotar a jurisdição desportiva”. MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do Novo Código Civil brasileiro. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005. p. 13-28. p. 28. Nessa senda, “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando em consequência inaceitável a rígida contraposição entre público e privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir um ‘*mondo in frammenti*’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65. ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 26.

A *constitucionalização* exorta, nessa senda, uma *filtragem constitucional*,<sup>350</sup> da qual se extrai um dever de coerência de acordo com o qual a atividade interpretativa deve-se fazer conforme a Constituição. Dessa feita, “permanece o dever inarredável de compatibilizar o texto do Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional”.<sup>351</sup> Deve-se atentar que a leitura à luz da Constituição não atribui aos preceitos constitucionais o papel de colmatar lacunas, mas o protagonismo na construção-interpretação das normas – aspecto (d). Sinaliza ainda que se convertem os preceitos constitucionais em fundamento das disposições infraconstitucionais.<sup>352</sup> Sob o lume dessa face da *constitucionalização* a eficácia das leis e atos normativos passa a ter a sua eficácia<sup>353</sup> dependente de sua consonância com a axiologia

---

<sup>350</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. “O contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, a ordem econômica, os direitos civis individuais, todos eles passam agora pelo crivo constitucional”. FACHIN, Luiz Edson. **O futuro do Direito e o direito ao futuro**. Texto inédito. Desde que não se conceba a separação na atividade de interpretação-aplicação, interessante ainda mencionar a sugestão de que o filtro é duplo, ou que se apresenta ao longo de todo percurso: “Qualquer estudo jurídico, portanto, sendo indiferente o ramo do saber, haverá de começar levando em conta a Constituição do ponto de vista formal e material, especialmente para cotejar a disposição que reclama aplicação com o Texto Constitucional e daí retirar a demonstração de sua legitimidade. Mas o trabalho final do operador jurídico, consistente na solução deste ou daquele caso, não se completa, não se perfaz, se também não for testado mais uma vez à luz da Constituição. *A Constituição tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico*”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35-48. p. 42.

<sup>351</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 1. “Subsiste, no entanto, com inquietante frequência, uma postura cultural bizarra, consistente na adaptação dos princípios constitucionais às regras codificadas - e não o contrário -; o que acaba por negar, malgrado o reconhecimento retórico, o papel normativo da Constituição”. TEPEDINO, Gustavo. Os 15 anos da Constituição e Direito Civil. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 14, ano 4, abr./jun. 2003. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 379-382.

<sup>352</sup> Leciona Gustavo TEPEDINO: “Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de ‘despatrimonialização’ do direito privado”. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 267-291. p. 276.

<sup>353</sup> Não se adentrará na discussão acerca dos efeitos da inconstitucionalidade, vale dizer, nulidade, anulabilidade, ineficácia, invalidade. Segundo BARROSO, “As potencialidades da interpretação constitucional, sob o influxo das idéias aqui expostas, fazem surgir novas indagações. Uma delas consiste precisamente, na possibilidade de conflito entre uma específica incidência da norma e um valor constitucionalmente protegido, abrigado em um princípio. Hipóteses podem ocorrer em que uma regra, cujo relato em tese seja perfeitamente compatível com a constituição, produza em

constitucional.<sup>354</sup> A Constituição torna-se, portanto, referência para compreensão, mas igualmente fundamento das normas – aspecto (e).

Para resumir o que se afirmou, o crivo, portanto, é substancial,<sup>355</sup> a permitir um caminhar progressivo na efetivação das normas constitucionais. “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”.<sup>356</sup>

O exposto permite assinalar que não é de *constitucionalização* que se trata se, simplesmente, afirmar que as normas infraconstitucionais, por serem hierarquicamente inferiores, estão concretizando a Constituição. Em primeiro, estão quando muito especificando, porque concretizar a Constituição é em última instância dar-lhe efetividade,<sup>357</sup> não apenas eficácia hipotética. Em segundo, porque o simples fato de haver uma norma inferior não garante sua validade, é preciso depurá-la no filtro constitucional. Em terceiro, porque a proposta hermenêutica que acompanha a

---

relação a uma dada situação concreta um efeito inconstitucional. Nesse caso, deve-se paralisar a eficácia da regra, em nome do valor ou princípio constitucional vulnerado. Assim, se um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito antisonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado. A constatação da inconstitucionalidade não interfere a validade geral da norma”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 337. Para Clèmerson Merlin CLÉVE: “A declaração incidental de inconstitucionalidade implica a subtração da questão normativa concreta, sujeita à apreciação, à incidência da lei ou ato normativo”. CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 112.

<sup>354</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 24. Igualmente: SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999. (Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, v. 60). p. 17.

<sup>355</sup> Para SANCHÍS, enquanto no positivismo associa-se legalidade e justiça: “*El constitucionalismo, por el contrario, representa tal fórmula política históricamente menos complaciente con quienes ejercen el poder, sometiendo su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales; de manera que ninguna norma o decisión es válida ni, mucho menos, justa por el simple hecho de proceder de una autoridad legítima, si no resulta además congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales*”. SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999. (Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, v. 60). p. 25. Em tradução livre: “O constitucionalismo, ao contrário, representa tal fórmula política historicamente menos complacente com aqueles que exercem o poder, submetendo sua atuação a múltiplas condições formais e substanciais; de maneira que nenhuma norma ou decisão é válida nem, muito menos, justa pelo simples fato de proceder de uma autoridade legítima, se não se revela congruente com o conjunto de princípios e regras constitucionais”.

<sup>356</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 3.

<sup>357</sup> “A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de falsa supremacia, que não se traduzia em proveito da cidadania”. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 296.

leitura à luz da Constituição aglutina interpretação-aplicação, solicitando o exame em concreto.

Portanto, a *constitucionalização* abarca todo o processo de materializar os preceitos constitucionais, do reconhecimento de sua força normativa, até sua aplicação, ou, se assim se preferir, de sua eficácia à sua efetividade. Diante da postura ativa, o próprio texto constitucional assume feição dinâmica, não para assinalar que seus institutos possam ser removidos no momento da aplicação, mas, ao contrário, para admitir e exigir a ampliação progressiva da tutela, havendo-se dessa maneira uma perspectiva prospectiva.<sup>358</sup>

A colocação da Constituição no centro do ordenamento faz-se acompanhar de uma refundação pela qual as normas infraconstitucionais buscam sua fundamentação nos preceitos constitucionais. Concomitantemente, a *constitucionalização* assume, por assim dizer, sentido formal e material.<sup>359</sup> Abarca a recepção de institutos de Direito Privado, mas, além disso, extrai dessa transposição um significado maior, concernente à prevalência da axiologia constitucional.

Persiste a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, no entanto, sua natureza é *iuris tantum*, passível de apreciação em concreto. Condiciona-se a eficácia das leis infraconstitucionais à conformidade com a

---

<sup>358</sup> Entre os dez desafios do Direito Civil brasileiro contemporâneo, inclui FACHIN a necessidade de se “apreender que a o ‘constitucionalização’, que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade, não se resume ao texto formal de 05 de outubro de 1988, mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito”. FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. **Revista Jurídica Crítica**, Curitiba, v. 22, p. 16-19, 2004. p. 19.

<sup>359</sup> Sobre o tema, confira-se a ação direta de inconstitucionalidade de n.º 2797, a qual restou assim ementada: “Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quanto, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir que pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”. BRASIL. STF. ADI n.º 2.797/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 15/09/2005. DJ: 19/12/2006. A controvérsia versava sobre a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º acrescentados ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 10.628/2002. O Tribunal, por maioria, julgou procedente nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade.

Constituição, bem como procede-se sua leitura de modo a dar máxima efetividade aos preceitos constitucionais.

Há em curso, nota-se, uma série de fenômenos que transformam e renovam o Direito Privado, tais como *despatrimonialização*, *repersonalização*, *constitucionalização*, *publicização*, os quais, ainda que guardem importante inter-relação, não devem ser confundidos, sob pena de temerário reducionismo. É certo que a prevalência do *ser* sobre o *ter* e a primazia da pessoa encontram guarida e robusta fundamentação na Constituição Federal.<sup>360</sup> Igualmente, há notório nexo entre o progressivo redesenhar do público e do privado e a alteração do papel constitucional.<sup>361</sup>

O liame entre *constitucionalização* do Direito Privado no Direito brasileiro é bastante visível.<sup>362</sup> Não obstante, embora haja opiniões contrárias,<sup>363</sup> *constitucionalização* e *publicização* não se confundem. A privatização do Direito Público<sup>364</sup> e a publicização do Direito Privado assinalam diálogos entre essas

---

<sup>360</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana, Constituição Federal, art. 1º, inc. III, salienta BARROSO que: “o princípio promove uma *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 4

<sup>361</sup> Para FACHIN a dicotomia público-privado “recai no terreno do que é dispositivo e o que é vinculado, ou seja, naquilo que o Estado intervém e naquilo que não intervém. As intervenções nos setores fundamentais se apresentam na *constitucionalização* e na publicização do Direito de Família”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p. 277.

<sup>362</sup> “No Estado Democrático de Direito, tenta-se um novo arranjo entre público e privado. No Direito brasileiro, a compreensão do fenômeno não pode ser deslocada da constitucionalização do Direito Público e do Direito Privado”. BACELLAR Filho, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da Doutrina, Possibilidades de Diferenciação e Estabelecimento de Pontos de Contato. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, Conselho Editorial da OAB, n. 1, mar./abr. 2008. p. 8.

<sup>363</sup> Segundo Inocêncio Mártires COELHO: “a chamada *constitucionalização do direito civil*, por muitos havida e tratada como novidade, a rigor não passa de um epifenômeno da velha, fecunda e, ao que parece, interminável *publicização do direito privado*, um movimento que, insista-se, começou pela jurisprudência, a seguir conquistou a legislação ordinária e só mais tarde logrou ingressar no texto das constituições”. COELHO, Inocêncio Mártires. **A constitucionalização do direito civil**. Comunicação apresentada no Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, sobre o tema Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?. Brasília: 26 a 28/08/04. Disponível online em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/156/182>>. Acesso em 10/05/2008. p. 2.

<sup>364</sup> A expressão, por óbvio, não se confunde, nessa acepção, com a idéia de transferência de determinados bens ou “empresas” para a iniciativa privada e nem tece, sobre ela, qualquer juízo. Procura-se sim chamar atenção a que a ligação das esferas pública e privada é via de mão dupla. Ressalta nessa linha GIORGIANNI que “a submissão da atividade da administração pública ao Direito Privado assume múltiplas expressões”, identificando tal situação em temas como a responsabilidade civil, regime jurídico das empresas públicas, o aproveitamento da teoria contratual. GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998. p. 51.

esferas.<sup>365</sup> Por sua vez, a *constitucionalização* envolve a alteração da matriz interpretativa e de fundamentação das normas infraconstitucionais.<sup>366</sup>

A distinção se revela importante, dessa maneira, para assinalar uma maior amplitude da *constitucionalização*, com o que não se quer dizer que a publicização esteja nela inserida, mas apenas que não se apresentam como termos sinônimos.<sup>367</sup> Com efeito, parece adequado assentar que a *constitucionalização* reforça o esmaecimento das fronteiras entre público e privado,<sup>368</sup> demonstrando que não apenas há uma unidade no ordenamento, mas um sentido de coerência nas

---

<sup>365</sup> Ilustrativamente, Eugênio FACCHINI Neto afirma: “percebe-se claramente que o público e privado tendem a convergir, - frisa que - tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de instrumentos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos”. FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-62. p. 26. Ensina BARROSO: “Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 4.

<sup>366</sup> Na ótica de Paulo LÔBO: “Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 141, ano 36, p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 101.

<sup>367</sup> Nesse sentido, conforme Maria Celina Bodin de MORAES: “Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores. Todavia parece questionável que tamanha mutação tenha advindo, exclusivamente, da chamada ‘publicização’ do direito privado, como comumente se atribui. Diversamente, talvez haja decorrido de uma mudança interna, na própria estrutura do direito civil, tomando alteradas, desse modo, suas relações com o direito público. Em primeiro lugar, como se sabe, os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo. Além disso, a concepção de proteção da vida individual – construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto – deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se, por força da industrialização, à figura do indivíduo isolado aquela da associação. A evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 22-23.

<sup>368</sup> “[...] o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do direito civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito público e direito privado. A interpenetração entre direito público e direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma profunda alteração nas relações entre cidadão e Estado”. TEPEDINO, Gustavo.

metamorfoses que sedimentam e constroem o caminho<sup>369</sup> que percorre(rá) a renovação do Direito Privado.

O passo seguinte, no âmbito deste estudo, ocupa-se de estabelecer elos entre contrato, atividade estatal e proteção da pessoa. São tratados brevemente a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, do modelo contratual clássico ao contemporâneo e o percurso dos direitos fundamentais em análise a qual procura evidenciar na conexão de tais assuntos a possibilidade de (re)leitura da contratualidade à luz das perspectivas do Direito Civil brasileiro contemporâneo.

## 1.4 Pessoa e contratualidade: a *substantialização* do contrato

### 1.4.1 Contratualidade, Estado Liberal e Estado Social

As inter-relações entre Direito e Economia permitem estabelecer uma aproximação entre a atuação estatal e o perfil da autonomia privada.<sup>370</sup> Nesse sentido, associa-se ao Estado Liberal o predomínio de uma liberdade formal, consentânea à igualdade puramente formal, que delineou a contratualidade clássica.<sup>371</sup>

---

Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22. p. 19.

<sup>369</sup> Recorde-se Antonio MACHADO:

*“Caminante, son tus huellas // el camino, y nada más; // caminante, no hay camino, se hace camino al andar. // Al andar se hace camino, // y al volver la vista atrás // se ve la senda que nunca // se ha de volver a pisar. // Caminante, no hay camino, // sino estelas en la mar”.*

MACHADO, Antonio. Proverbios y cantares. In: \_\_\_\_\_. **Poesía Completas**. 15. ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1978. p. 200. Citado por: ABDALA Júnior, Benjamin. **Literatura, história e política: literaturas de língua portuguesa no século XX**. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2007. p. 18.

<sup>370</sup> Clóvis do COUTO e SILVA salienta que há “mútua relação entre tipo de Estado e autonomia da vontade”. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 17. Aliás tal relação, ainda está conectada a outra, a saber, o liame entre contrato e seu contexto. Na formulação de ROPPO, essa ligação se exprime pela relatividade do contrato de modo que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 24. Para Hugh COLLINS: “The law of contract states the fundamental legal rules governing marketing transactions”. Em tradução livre: “O Direito Contratual estabelece o regramento fundamental do governo jurídico das operações econômicas”. COLLINS, Hugh. **The Law of Contract**. 4. ed. United Kingdom (Reino Unido): LexisNexis, 2003. p. 1.

<sup>371</sup> Na lição de ANTUNES VARELA: “Na sua formação teórica tradicional, o contrato é normalmente precedido de uma **livre discussão** entre os pactuantes sobre o teor de cada cláusula.

Admitindo-se que a disciplina jurídica, ao menos em parte, “corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas”,<sup>372</sup> a pretensa neutralidade da idéia contrato, vale realçar, seu distanciamento da realidade, propiciou sua intangibilidade.<sup>373</sup>

Em outras palavras, a compreensão de contrato como acordo de vontades realizado entre sujeitos livre e iguais, que marcou as codificações do século XIX,<sup>374</sup> permitiu e serviu à justificação de um regime jurídico dos contratos alicerçado na vontade.<sup>375</sup>

---

Pressuposto do debate prévio é a *igualdade jurídica* das partes, uma das premissas em que o liberalismo individualista assentava a força soberana do contrato”. ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em geral**. v. I. 9. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1996. p. 265. Nesse sentido também: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**. Lesão e Cláusula de Hardship. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

<sup>372</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 24. Em sentido próximo: NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 110.

<sup>373</sup> Nesse passo, aduz Rodrigo Xavier LEONARDO que os Códigos Civis liberais careceram de funcionalização, de modo que “cada legislador, a seu modo, acabou centralizando suas preocupações na determinação do que seriam as ‘regras do jogo’ do trânsito de riquezas, consubstanciadas em critérios de averiguação da existência, validade e eficácia que pouco, ou quase nada, referiam-se à concretude da operação econômica engendrada pelos contratos”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte Jurídica**. Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade de Londrina. v. II. Curitiba: Juruá, 2005. p. 143-158. p. 145.

<sup>374</sup> “A concepção de contrato que convencionalmente sintetizámos como ‘ideologia da liberdade contratual’, documentando sua adequação aos interesses e exigências da sociedade burguesa, alimenta o pensamento jurídico novecentista, e informa as grandes codificações daquele século: em primeiro lugar a francesa (o *code civil* de 1804), sobre cujo modelo será, em larguíssima medida, decalcado o código civil italiano post-unitário (1865); e depois a alemã, que ocorreu em 1896, com o *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, entrando em vigor no 1º. de janeiro de 1900 e ainda vigente (assim como ainda vigora em França o código napoleónico)”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 40. Transcrição literal.

<sup>375</sup> Para vários autores, o papel de legitimação, exercido pela vontade é ainda mais amplo. Assim, segundo Paulo Luiz Netto LÔBO “o liberalismo implantou o ideário burguês como universal e intemporal. E, no plano político, buscou a fundamentação da legitimidade no consentimento, na vontade geral, daí a idéia de contrato social”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 11. Mais do que isso, a “autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos do Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações Gerais do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003. p. 104. “O contrato torna-se assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento de sua legitimação”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 28. Em sentido próximo pondera Rosalice Fidalgo PINHEIRO que: “o contratualismo desenha o Estado e a sociedade como esferas autônomas, que sob a fratura entre público e privado, separa política da economia. O poder político não pode interferir na esfera privada, senão, para delimitar as fronteiras das relações nela travadas, sob o conceito de ordem pública”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direitos Fundamentais e Autonomia Contratual**. O “mínimo existencial” no contrato. Curitiba, 2007. Obra inédita gentilmente cedida pela autora. p. 9. Na mesma senda: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime

Nessa toada, leciona Paulo LÔBO:

A noção de contrato, como expressão da liberdade individual ou da autonomia da vontade, foi desenvolvida em um contexto histórico preciso: o Estado Moderno. E, mais precisamente, na fase do Estado liberal. Seu ápice coincidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico.<sup>376</sup>

Em face do predomínio da liberdade (formal), não havia espaço para ingerência estatal no espaço privado, em isolamento congruente com separação entre o público e o privado. Dessa feita, esclarece Clóvis do COUTO E SILVA, “no Estado liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada”.<sup>377</sup>

Identificam-se no estudo do contrato, ao menos para fins expositivos,<sup>378</sup> duas distintas concepções desse instituto.

Em sua acepção tradicional ou clássica,<sup>379</sup> a qual “herdamos do século XIX, que foi o período das grandes codificações”,<sup>380</sup> assenta-se na máxima *pacta sunt*

---

das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 207. GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1976. p. 11.

<sup>376</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 13. De modo similar: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Contratual e Constituição. **Revista de Direito Consumidor**, São Paulo, RT, v. 36, p. 241-245, 2000. p. 242. De acordo com Claudia Lima MARQUES: “No século XIX, auge do Liberalismo, do chamado Estado Moderno, coube à teoria do direito da forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente o dogma máximo da autonomia da vontade”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 47.

<sup>377</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 18.

<sup>378</sup> A tomar-se em conta a idéia de *travessia*, o Direito contemporâneo não é caracterizado por uma uniformidade no tocante à sua racionalidade. Ao contrário, parece muito mais preciso apontar para uma tensão dialética entre as concepções clássica e contemporânea. Com tal ilação não se está a refutar a idéia de “contratualidade contemporânea”, mas justamente explicitar sua adequação na medida em que apta a assinalar tal problematização.

<sup>379</sup> Paulo NALIN entende por clássico “o contrato descrito pelo Código Civil francês (1804)”. NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001. p. 105. Sobre o tema também: NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-68. Não se descuida que o nexa entre contratualidade clássica e o Estado Liberal reforça a ligação entre atuação estatal e autonomia privada (o que suscitaria indevida dúvida sobre o que é precedente). O que se procurou destacar é que há um conjunto de matizes no que diz respeito à idéia de Estado Liberal e que é de um de seus aspectos que se está a chamar a atenção.

<sup>380</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**

*servanda* – cumpra-se o pactuado (!). Com efeito, o contrato clássico, em conformidade ao quadro jurídico moderno, assenta-se na autonomia da vontade e seus corolários: intangibilidade dos pactos e relatividade dos efeitos das avenças.

A segunda acepção de contrato, “social ou moderna”, no dizer de NORONHA,<sup>381</sup> está atrelada à contratualidade contemporânea. Em contraposição, do ideário precedente,<sup>382</sup> reprime a centralidade da autonomia da vontade e passa a atribuir grande relevo aos desníveis de poder entre os contratantes, ao conteúdo das entabulações e à sua finalidade.<sup>383</sup> Há dessa maneira “uma abertura ao social, fortalecendo a idéia justiça material”.<sup>384</sup>

---

(autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43. Assim também: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 722, ano 84, p. 40-45, dez. 1995.

<sup>381</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 41. Ilustrativo o enunciado n.º 167 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma **nova teoria geral dos contratos**”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJP, 2005. p. 58-59. Grifou-se.

<sup>382</sup> Assevera ROPPO: “[...] pense-se no produtor de serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constrangidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato: ‘pegar ou largar’. A disparidade de condições económico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisso que se manifesta sua função ideológica”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 38.

<sup>383</sup> “O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada. Dimanam as restrições, mais enérgica e ostensivamente, da direção estatal da economia, que se tornou corrente até nos países mais apegados ao liberalismo. Em consequência, da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou de um de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes a liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita autorização da autoridade administrativa e assim por diante. Surgiram em consequência, novas figuras jurídicas que excedem o modelo clássico de contrato, lhe alteram a configuração e impõe a necessidade de rever seu próprio conceito”. GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1976. p. 7. Na ótica de Francisco AMARAL: “O jurista deve considerar a autonomia privada inserida em uma nova concepção do Direito, na qual as estruturas jurídicas relacionam-se intimamente com a sua função social. O Direito, na atualidade, tem como eixo fundamental a realização dos interesses da pessoa humana e, por isso, tende a limitar a autonomia privada com a ordem pública e os bons costumes, embora a retração do Estado Providência venha provocando uma reversão nessa tendência e revalorizando esse princípio”. AMARAL, Francisco. Autonomia privada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, p. 25-31, 1999.

<sup>384</sup> AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **A nova Crise**

Estabelecendo relação dialética, chocam-se as racionalidades do contrato clássico e contemporâneo, sem que haja, propriamente, uma ruptura. Haja vista a convivência – muitas vezes conflituosa – decorrente da permanência dos princípios contratuais clássicos,<sup>385</sup> juntamente com a emergência de “nova” principiologia (boa-fé, função social dos contratos, justiça contratual), desenhando-se um quadro de tensões valorativas.

Representativo dessa ordem de idéias, o recurso especial n.º 466.667/SP. Com efeito, no entendimento expresso por Aldir PASSARINHO Junior, é possível extrair a pluralidade de racionalidades a influir na disciplina dos contratos, verificando-se a presença de elementos do passado no presente, como denota a recepção do sentido clássico da contratualidade evidenciada no descompasso entre a valorização da “livre formalização do contrato” e a concreta autodeterminação do contratante:

Entendo que a cláusula que fixa a carência para certos tratamentos, em si, não é abusiva, porquanto não se afigura desarrazoada a exigência de um período mínimo de contribuição e permanência no plano de saúde para que o contratante possa fruir de determinados benefícios. **As condições são voluntariamente aceitas, os planos são inúmeros e oferecem variados serviços e níveis de assistência médica, tudo compatível com a contraprestação financeira acordada e de conhecimento da pessoa que neles ingressam por livre escolha**, salvo algum lapso ou vício existente no contrato, aqui não detectado pela instância de origem, soberana em seu exame.<sup>386</sup>

Com tal argumentação, admitiu como válida cláusula que previa carência de três anos em contrato de plano de saúde. Em que pese esse posicionamento, ao considerar o quadro clínico – “compatível com tumor neurológico” –, em acentuada contradição em relação ao excerto anterior, asseverou que era de se desconsiderar a cláusula que previa carência porque:

---

**do Contrato.** Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007. p. 6. Assim também Claudia Lima MARQUES ao referir que “no direito privado brasileiro, aponta-se assim para uma nova teoria mais social dos contratos (que está sendo chamada até mesmo de solidarismo contratual)”. MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova Crise do Contrato.** Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007. p. 17-86. p. 28.

<sup>385</sup> Ver supra, nota de rodapé 251.

<sup>386</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 466.667/SP. Rel.: Min. Aldir Passarinho JUNIOR. 4ª. Turma. Julgamento: 27/11/2007. DJ: 17/12/2007. Grifou-se.

nessas condições particulares, torna-se inaplicável a cláusula, não propriamente por ser em si abusiva, mas pela sua aplicação de forma abusiva, em contraposição ao fim maior do contrato de assistência médica, que é o de amparar a vida e a saúde, tornando verdadeiramente inócuo, na espécie.<sup>387</sup>

Considerando as linhas traçadas sobre o contrato tradicional e o contemporâneo, assinala-se, com base nos ensinamentos de LÔBO, RIBEIRO e NORONHA, a vinculação entre a contratualidade clássica e o Estado Liberal (sem desconhecer seus matizes).<sup>388</sup> Trata-se de co-relação a qual se manifesta com clareza nas atribuições desempenhadas pelo Estado no âmbito privado – e, com maior ênfase, em sua ausência. Assim, reitera-se, esmerava-se a atuação estatal na proteção da liberdade nas esferas da propriedade<sup>389</sup> e do contrato,<sup>390</sup> o que se

<sup>387</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 466.667/SP. Rel.: Min. Aldir Passarinho Junior. 4ª. Turma. Julgamento: 27/11/2007. DJ: 17/12/2007.

<sup>388</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63. Aduz inclusive que “existem duas concepções a respeito do Direito dos Contratos: uma, a que se poderia chamar de *clássica* ou *liberal*, e outra, a que se poderia denominar *moderna*, ou *social*”. Obra citada, p. 41. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. Especialmente os estudos “Constitucionalização do Direito Civil” e “O Contrato, hoje: funções e valores”, “Direito dos contratos e regulação do mercado” (citados nesse trabalho em outras passagens e com indicação de outras publicações). LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 722, ano 84, p. 40-45, dez. 1995.

<sup>389</sup> “No Estado Liberal”, preconiza Paulo Luiz Netto LÔBO, “o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações Gerais do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003. p. 104. Nesse sentido também: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 15. “Intimamente conexonada à propriedade, a liberdade que visa proteger é fundamentalmente de actuação económica, a liberdade mercantil e negocial traduzida na possibilidade de mobilização da riqueza, livre aquisição e disposição de bens patrimoniais”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 8. Redação como no original. Salienta ROPPO, examinando o liame entre liberdade e propriedade que “em toda uma tradição oitocentistas, destinada a perpetuar sua influência pelo século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binómio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e a suas funções; sem propriedade, em suma não há liberdade, mas inversamente, não há liberdade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar). Esta conexão entre contrato e propriedade, característica da sistemática e da ideologia do código napoleônico, estava já presente nas obras de Domat e de Pothier”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 42-43. Redação como no original. Em sentido similar, na mesma obra, p. 63-66.

<sup>390</sup> “Dentro da exclusiva consideração da relação sujeito-ordenamento, a liberdade contratual é vista como automaticamente garantida com a delimitação de uma esfera de não intervenção estatal,

traduziu, na prevalência da tríade de princípios, acima referidos, informadores do assim denominado contrato tradicional: autonomia da vontade, vinculatividade e relatividade dos efeitos dos contratos.<sup>391</sup> Na oportuna síntese de Fernando NORONHA:

A teoria jurídica construída pela ideologia liberal assentava em alguns dogmas, que hoje estão em crise: a irredutível oposição entre indivíduo e sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades era necessário restringir ao mínimo); o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção das obrigações, etc.); o princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e, finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se curar de saber se a todos eles seriam proporcionadas as condições concretas para exercitarem tais liberdades).<sup>392</sup>

Prevaleceram, desse modo, o consentimento, o formalismo<sup>393</sup> e a premissa de

---

com a ausência de proibições ou imposições legais. E, nisso, todos são necessariamente tratados por igual, na medida em que a todos é reconhecida idêntica competência para a produção de efeitos jurídicos-negociais, não podendo conceber-se situações de inferioridade que acarretariam a admissão de uma desigual força jurisdicional”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 155.

<sup>391</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 750, ano 87, p. 113-120, abr. 1998. p. 116. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI Netto, Domingos *et al.* **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: Ler, 2003. p. 5. Segundo NALIN “o dogma da vontade, núcleo absoluto do sistema contratual da modernidade, além do princípio da liberdade contratual, é fonte de instituição dos princípios da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*) (*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* – art. 1.134) e da relatividade dos efeitos dos contratos (*les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes* – art. 1165), ambos assentados no *Code*”. Em tradução livre, por NALIN: “as convenções legalmente formadas têm força de lei entre os que as fizeram”; “as convenções não produzem efeitos que não entre os contratantes”. NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001. p. 110.

<sup>392</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64.

<sup>393</sup> Na expressão de Joaquim de Sousa RIBEIRO: o formalismo conduziu ao “isolamento do contrato ‘do mundo da vida’” ao que prestou grande contribuição “a integração da pandectística do contrato na figura mais geral do negócio jurídico, como categoria lógico-jurídica” a qual “não só acentuou essa tendência como contribui para apagar toda nota de sociabilidade do fenómeno contratual”. Ao enclausurar-se no negócio jurídico se “identifica apenas, de forma neutralmente classificatória, uma espécie dentro de um género, não suscitando valorações próprias diferenciadas” recaindo em “construção abstractizante e individualizadora”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 152. Em sentido similar: NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65.

que a atuação estatal deveria cingir-se à proteção da liberdade de *ter* e de fazer circular a riqueza. Nesse sentido, o Estado Liberal, tomado como *tipo-ideal*, é marcado por uma baixa (ou mínima) intervenção estatal na economia.<sup>394</sup> Em síntese, “o Estado *gendarme* se prestava a servir de garantidor de uma liberdade econômica privada”.<sup>395</sup> Contrapõe-se a esse modelo de Estado “guardião das liberdades individuais”,<sup>396</sup> o Estado Social, historicamente identificado com a Constituição alemã de Weimar de 1919 e a Constituição mexicana de 1917.<sup>397</sup>

É certo, no entanto, que, na *travessia* ao Estado Social, os novos sentidos de liberdade admitem uma pluralidade de leituras.<sup>398</sup> Adverte-se que este estudo não

---

<sup>394</sup> Na leitura de ULHOA COELHO o “Liberalismo pré-1929, correspondente ao modelo teórico de absoluta não-intervenção na economia. Modelo mais teórico que real, porque **a História sempre registra um certo grau – mesmo por pequeno que seja – de ações estatais na organização de atividades econômicas**. As grandes navegações e os empreendimentos bélicos comerciais da Idade Moderna são exemplos claros desse paradoxo entre o Liberalismo como concepção e prática efetiva dos Estados”. ULHOA COELHO, Fábio. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 190-199. p. 190. Se havia presença do Estado, vem a lume a dúvida a respeito de qual o nível de intervenção dentro do qual ainda é admissível falar em Estado Liberal. Sobre o tema, nos valem da síntese de WAMBIER segundo a qual “a função do Estado, à época era a menor possível”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “Cláusulas Gerais do Código Civil de 2002” – A função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 831, ano 94, p. 59-79, jan. 2005. p. 62. Trechos referidos em outro estudo.

<sup>395</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2004. p. 49. “Estado *gendarme*” é designação dada ao modelo do Estado em que prevalece a mínima atuação razão pela qual é chamado de Estado guarda-noturno. No dizer de TAMBUSSI “*buscarán limitar y reducir al mero papel de administrador (estado gendarme)*”. TAMBUSSI Carlos E. Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos In: GORDILLO, Agustín. **Derechos Humanos**. 5. ed. Buenos Aires (Argentina): Fundación de Derecho Administrativo, cap. IX. 2005. p. IX-6. Em tradução livre: “buscaram limitar e reduzir ao mero papel de administrador (*Estado gendarme*)”.

<sup>396</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 5. Em que pese a obra tenha sido publicada originalmente de 1958, sua atualidade foi apontada pelo próprio autor. BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 06 nov. 2008, Caderno Opinião, Coluna Tendências/ Debates, p. A3.

<sup>397</sup> Segundo Paulo Luiz Netto LÔBO, “A temática tem sede constitucional desde o advento do assim chamado Estado social, cujos marcos costuma-se apontar nas Constituições do México de 1917 e Alemanha de 1919. Para o direito, o Estado Social revela-se pelo disciplinamento macrojurídico da ordem econômica e social, inserido nas Constituições. Segundo muitos é o que tipifica o Estado intervencionista do século XX”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67. Em igual sentido: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18. Pontua RIBEIRO o caráter interventivo dessas duas constituições contrastava, todavia, com a constante remissão ao legislador infraconstitucional. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 10.

<sup>398</sup> Para citar uma outra linha de abordagem, alguns autores vislumbram sua fundamentação sob o prisma da democracia: “o Código Civil [italiano] de 1942 queria um sistema eficiente, produtivo,

privilegia o aspecto cronológico, nem se toma Estado Liberal e Estado Social como tipos absolutos.<sup>399</sup> Entende-se por associar o Estado Social à “demanda por direitos”<sup>400</sup> e ao incremento da atuação estatal na esfera privada (economia).<sup>401</sup> É significativa, nesse sentido, a incorporação pioneira, pela Constituição de Weimar, da idéia de função social como princípio jurídico.<sup>402</sup> Refira-se ao destaque, pela doutrina, ao art. 153 dessa constituição que enunciava que “a propriedade obriga, seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade”.<sup>403</sup> Tal

---

sem se preocupar com os direitos fundamentais do homem. A hodierna problematidade do mercado de trabalho está na conjugação das razões da eficiência com as garantias dos direitos da pessoa. Eficiência sem democracia representa o primado da técnica com prejuízo das escolhas políticas para a defesa dos mais fracos; a legalidade não é neutra, isto é, sem adjetivos: não basta que uma lei tenha seguido o procedimento de formação previsto; os conteúdos da norma não são indiferentes. Os estudos mais recentes dos constitucionalistas e dos filósofos se concentraram sobre a validade, vigência, legalidade e legitimidade das leis. O controle não é somente sobre o procedimento, mas sobre os conteúdos. O juízo de legitimidade é um controle de legitimidade constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47-48. Em síntese, o desafio consiste, a seu ver, em “conjugar eficiência econômica e direitos humanos, mercado e democracia”. Obra citada, p. 539. “Da liberdade do homem perante o Estado, a saber, a idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal. Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 5. “Assiste-se ao avanço do ‘fato democrático’ e coloca-se em causa o papel do contrato: sob decisiva influência do contexto econômico, político e social, este instituto muda sua disciplina e funções delineando sua relatividade. É nesta mudança de papéis que se pretende visualizar o contrato, o ‘ponto de encontro dos direitos fundamentais’”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direitos Fundamentais e Autonomia Contratual**. O “mínimo existencial” no contrato. Curitiba, 2007. Texto inédito. p. 32.

<sup>399</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956), **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 6, ano 2, p. 67-96, abr./jun. 2004. p. 69.

<sup>400</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a Teoria do Estado**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004. p. 65-78. p. 71.

<sup>401</sup> Segundo SARLET: “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, 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”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56. Ressalta COTRIM Neto que, o Estado, ao retomar sua atividade interventiva no período após a I Guerra Mundial, o faz segundo novos fundamentos: “princípios mais generosos e mais consentâneos ao espírito de nossa época quais sejam aqueles que subordinam o exercício de quaisquer direitos, mesmo os direitos subjetivos, ao interesse da coletividade”. COTRIM Neto, Alberto. A intervenção do Estado na Economia: seu processo e ocorrência históricos. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, ano III, n. 5, p. 13-29, jul. 1985. p. 17.

<sup>402</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, RT, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986. p. 75. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 17.

<sup>403</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial,**

dispositivo vincula à propriedade a certo objetivo,<sup>404</sup> revendo seu fundamento.

Nessa senda, a função social faz enfocar, segundo aponta Calixto SALOMÃO Filho, os “efeitos sociais” mediante a identificação de “interesses de terceiros dignos de tutela”,<sup>405</sup> defendendo a necessidade de que seu exercício esteja ligado à “atividade socialmente valiosa”.<sup>406</sup>

Na esfera contratual, explicita NORONHA:

convém deixar bem evidenciada a necessidade de encontrar novos princípios que expliquem o contrato na sua realidade atual, examinar agora as questões da *função social* do contrato e do *fundamento da sua vinculatividade*. Foram questões que a evolução do Estado, de liberal para social, recolocou em discussão, e que são de interesse essencial quando se procura saber quais os valores fundamentais visados pelo ordenamento quanto tutela os contratos.<sup>407</sup>

Desse modo, a função social (a qual não será objeto de aprofundamento)

---

**Econômico e Financeiro**, São Paulo, RT, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986. p. 75. Tradução por COMPARATO. No idioma original, transcrito no texto: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*”.

<sup>404</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, RT, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986. p. 75. Na sequência, critica de modo veemente os óbices impostos para a eficácia desse dispositivo, especialmente baseados na “falta de expressa autorização da lei”. Em sua leitura, “Se a propriedade está inscrita entre os direitos fundamentais, ela deve submeter-se ao regime jurídico que lhes é comum. A menos que se queira sustentar o absurdo de que os direitos fundamentais inscritos na Constituição são imediatamente eficazes para os órgãos do Estado, mas não para os particulares”. Obra citada, p. 76.

<sup>405</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, ano XLII (Nova série), n. 132, p. 7-24, out./dez. 2003. p. 10. Demonstrando como estão conectados os vários temas abordados, frisa Calixto SALOMÃO Filho: “Não é mais possível admitir que existam apenas, de um lado, regras de proteção a direitos individuais econômicos e, de outro, apenas normas-objetivo, fins e objetivos do processo econômico. As primeiras, como, por exemplo, o direito de propriedade, são típicas do Estado liberal, são insuficientes para atender as necessidades de natureza coletiva, típicas da sociedade atual. As últimas, dependendo fortemente de compatibilização e mediação de interesses às vezes até ideologicamente opostos (como ocorre, por exemplo, com os princípios da livre iniciativa e da justiça social) carecem freqüentemente de efetividade, sobretudo quando se trata de aplicá-los a agentes privados (visto que sua utilidade no direito público é indiscutível”. Obra citada, p. 11.

<sup>406</sup> MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Ordem Social (na constituição de 1933). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra (Portugal), Coimbra Editora, v. XLVI, n. 1, p. 271- 310, 2005. p. 308. Não subtraí importância à sua explicação o fato de se tratar de republicação de texto, datado de 1973. Assim, em sentido próximo, Eros GRAU aduz que “a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180, item 87.

<sup>407</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 81.

bem ilustra a mudança do perfil dos institutos jurídicos,<sup>408</sup> do papel do Estado e do traçado de novas coordenadas às relações entre sociedade - indivíduo - Estado.<sup>409</sup>

Outro marco importante consiste no período entre as guerras mundiais, em que se aprofunda a metamorfose na atuação estatal. Impulsionado pelo severo declínio da atividade econômica, cabe ao Estado reaquecê-la, assumindo, em tal cenário, ares de protagonista. Em sintonia, aduz COMPARATO que “o direito econômico nasce com a primeira guerra mundial que representa o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção clássica de guerra e da economia”.<sup>410</sup> No magistério de FACHIN:

Além das funções de organização do Estado, delimitando o Poder Político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que identificará: *a de reguladora da ordem econômica e social*. A regulação da atividade econômica afeta diretamente o contrato que, por sua vez, se delimita pela função social.<sup>411</sup>

---

<sup>408</sup> “[...] *el par Constitución-Código Civil visto en figura de dos líneas paralelas (esto es, sin ningún punto en común) ha cesado de servir de descripción exacta de la estructura fundamental del ordenamiento porque la idea subyacente, la separación estricta entre Estado e Sociedad, ha dejado de existir*”. TORRES, Jesús García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid (Espanha): Civitas, 1986. p. 12. Em tradução livre: “o par Constituição-Código Civil visto na imagem de duas linhas paralelas (isto é, sem nenhum ponto em comum) não mais serve de descrição exata da estrutura fundamental do ordenamento porque a idéia subjacente, da separação estrita entre Estado e Sociedade, deixou de existir”.

<sup>409</sup> Aqui há um interessante cruzamento de temas e, ao fazer certas referências não se pretende ignorar a complexidade, mas diversamente, aproveitar certos aportes. Nessa trilha, ainda que seja posição que não será aprofundada, cabe assinalar que para Calixto SALOMÃO Filho: “é interessante notar que, especialmente na teoria constitucional, a função social, uma vez admitida sua extensão para a empresa, passa a justificar a própria atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas”. SALOMÃO Filho, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, ano XLII (Nova série), n. 132, p. 7-24, out./dez. 2003. p. 8. Em sintonia, exprime COMPARATO que “a propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais”. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal**, São Paulo, CEJ, v. 1, n. 3, set./dez. 1997. Para Maria Celina Bodin de MORAES a função social da propriedade é ilustrativa da “aplicação direta da Constituição nas relações interprivadas”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, ano 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 29.

<sup>410</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 353, ano. 54, p. 14-26, mar. 1965. p. 15. Aponta SARLET que os direitos de segunda geração são consagrados no decorrer do século XIX. “É contudo no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

<sup>411</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 171.

Nessa trilha, o Estado Liberal é contraposto à nova tônica, na qual “a intervenção do Estado alcança diretamente a própria economia do contrato”,<sup>412</sup> não apenas para garanti-lo, mas estabelecendo novas balizas para seu reconhecimento jurídico.<sup>413</sup> “Do momento do voluntarismo”, afirma Eros GRAU, “passamos ao dirigismo contratual”,<sup>414</sup> influenciando o Estado na economia.<sup>415</sup> Destaca-se igualmente a força normativa da Constituição a absorver “a ideia de supremacia normativa e eficácia direta dos preceitos constitucionais tuteladores de posições subjectivas. Já não direitos na medida das leis, mas leis na medida dos direitos constitucionalmente garantidos”,<sup>416</sup> na expressão de Joaquim de Sousa RIBEIRO. Sob o prisma axiológico, sobressai, pois a proteção da pessoa; não mais apenas na esfera de sua liberdade negocial.<sup>417</sup>

---

<sup>412</sup> GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1976. p. 26.

<sup>413</sup> É preciso ter em vista, dessa maneira que, o Estado Liberal não é associado à simples não-intervenção do Estado no âmbito privado, todavia, a uma atuação estritamente vocacionada a proteção das liberdades e garantias individuais. Essa consciência decorre da percepção de que a função do Estado Liberal “é, em última instância, servir como garantidor da propriedade individual contra ingerências indevidas de outros particulares”, conforme expôs Carlos Eduardo PIANOVSKI. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 65-78. p. 72. Nessa trilha, consoante destaca Antônio José AVELÃS NUNES, é forte atuação do Estado na Economia, em vários momentos, como garantidor de seu funcionamento e de seus institutos, inclusive através do direito. AVELÃS NUNES, Antônio José. **Os Sistemas Económicos**. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 1994. p. 196-204. Assim também: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28, item 11. Segundo Egon BOCKMANN MOREIRA: “Fato é que o Estado deixou de ser estranho à economia para nela se entranhar e exercer atividades outrora exclusivas dos particulares. Essa inserção do Estado no plano econômico produziu efeito centrípeto, fazendo com que muitas vezes a economia passasse a dele depender, acentuando uma relação interna entre político e o econômico. Ocorreu uma espécie de uniformização desses planos outrora díspares: onde está escrito ‘político’, leia-se ‘econômico’; onde está escrito ‘econômico’, leia-se ‘jurídico’”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2004. p. 59.

<sup>414</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84, item 34. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

<sup>415</sup> Destacando elos importantes, leciona Paulo Luiz Netto LÔBO que a intervenção estatal na proteção da parte contratualmente mais frágil insere-se em contexto de “predomínio do interesse social sobre o interesse individual, oriundo do processo de evolução do Estado, consagrando-se o princípio da função social do contrato”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 68. Em sua visão, a intervenção sempre esteve presente, no entanto “com a constitucionalização da ordem econômica do século XX, é que se converteu em princípio geral e constante”. Obra citada, p. 70.

#### 1.4.2 Da liberdade contratual à liberdade do contratante

O alargamento das funções estatais está conectado, igualmente, ao percurso dos direitos fundamentais.<sup>418</sup> Em consonância com a atuação estatal, no Estado Liberal os direitos fundamentais se configuram como liberdades individuais,<sup>419</sup> destinadas à proteção da propriedade e da liberdade contratual,<sup>420</sup> apresentando-se como salvaguarda<sup>421</sup> em relação ao Estado, razão pela qual são igualmente denominados “direitos de defesa”.<sup>422</sup>

---

<sup>416</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 10. Redação como no original. Essa idéia da supremacia constitucional se apresentou, conforme RIBEIRO, somente após a segunda guerra, como na Lei Fundamental de Bonn (1949), identificada, igualmente, no disposto no art. 5º, § 1º da Constituição brasileira.

<sup>417</sup> No modelo contratual clássico prevaleceu “uma visão omnicomprensiva e unidimensional do contrato, não se reconhecendo no seu campo, qualquer valor contrastante com a liberdade”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 155

<sup>418</sup> “Assim, é possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade em duas grandes fases, que correspondem, reciprocamente ao Estado Liberal e ao Estado Social. Cada um destes modelos apresenta características básicas que têm enorme relevo para a definição da incidência ou não dos direitos humanos nas relações privadas”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5.

<sup>419</sup> “Os direitos fundamentais nascem com as constituições liberais”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 8.

<sup>420</sup> “A louvação à propriedade e autonomia privadas e à livre disponibilidade dos interesses e direitos dos particulares converteu o contrato numa categoria primaz das relações sócio-econômicas, afastando o Estado de qualquer intervenção nesse campo. Os homens livres tomavam as suas decisões e as instrumentalizavam com autonomia através dos contratos (que deixaram de se prestar unicamente à circulação de riquezas, mas sim à sua legitimação, geração e gestão”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2004. p. 29. “O Estado Moderno de feição liberal se constrói a partir dessa dicotomia, como espaço limitado pelas liberdades do indivíduo, centradas, sobretudo, na noção de propriedade”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 65-78. p. 65. PIANOVSKI, em detido estudo a partir do “Segundo Tratado sobre o Governo”, de John LOCKE, identifica a matriz do Estado Moderno na proteção de um “espaço de liberdade do indivíduo para além do Estado”. Desse modo, constitui elemento chave na compreensão dessa proposta, a proteção das liberdades individuais. Sobre LOCKE anotou-se que “o Estado por ele preconizado, é precisamente o ente que visa assegurar essas mesmas liberdades individuais” e mais do que isso, esse é seu escopo principal. Obra citada, p. 66 e 68.

<sup>421</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 8.

<sup>422</sup> “Se as ideias contratuais de Hobbes acabaram na legitimação do poder absoluto, em

Dessa maneira, em linha com a dicotomia entre o público e o privado, cumpre ao Estado a proteção dos direitos fundamentais, os quais, por conseguinte, são tomados como esferas de proteção contra as ingerências do próprio Estado.<sup>423</sup> Sob essa ótica, o contrato é concebido como espaço de liberdade entre iguais.<sup>424</sup> Assim, sua inviolabilidade em face da atuação estatal é indispensável, razão pela qual é erigida à condição de direito fundamental.<sup>425</sup> Sob tal enfoque, a liberdade contratual é envernizada pela intangibilidade do contrato impedindo a análise de seu conteúdo:

---

Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da *autonomia privada*, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Essa concepção do **individualismo possessivo** influenciará, em parte, decisivamente, a *teoria liberal* dos direitos fundamentais que os considerará sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 384. Para SARLET: “Os direitos fundamentais de primeira geração encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Roseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado, consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como, nas revoluções políticas do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas no mundo ocidental”. Dessa maneira, “os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56. Enfatizando o embasamento na visão de LOCKE, expressa SARMENTO que “durante muito tempo, estes direitos não eram nada mais do que deveres de abstenção do Estado que deveria manter-se inerte para não violá-los”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8. Em sentido similar: GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998. p. 51. Na concepção de Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo PIANOVSKI RUZYK: “os direitos fundamentais de primeira geração se projetavam como liberdades públicas, no sentido de que eram sempre exercidas frente ao Estado. Constituíam sobretudo, liberdades negativas, que implicam deveres de omissão por parte do Estado. Em outras palavras, as liberdades negativas são aí espaços de não intervenção”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 91.

<sup>423</sup> “Numa época em que o indivíduo isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria, por uma lógica de interesses própria, obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como do indivíduo contra o Estado”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 247. Assim também: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

<sup>424</sup> “A tutela da liberdade privada converte-se, praticamente, na da igualdade formal, garantia de igual sujeição de todos à lei geral e abstracta”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 9. Ilustrativa dessa concepção, o seguinte entendimento do TJSP a respeito de contrato de plano de saúde: “Pouco importa se o contrato é de adesão ou se os mutuários não foram esclarecidos no momento da celebração do ajuste, pois de vício de vontade não cogitou a petição inicial. Se os autores participaram livremente da formalização do contrato, não podem pretender a

cabe ao Estado proteger o contratado. De modo inverso, a afronta à força obrigatória dos acordos é vista como “invasão” da esfera de privada, e portanto, uma violação das liberdades individuais. “Portanto, se o Estado intervier no espaço reservado ao indivíduo, estará contrariando sua própria razão de existência”.<sup>426</sup>

Diversamente, no Estado Social,<sup>427</sup> aos direitos de defesa, destinados à proteção da liberdade individual, acrescentam-se novos direitos fundamentais e ampliam-se as funções estatais.<sup>428</sup> Nesse compasso, “os direitos fundamentais,

---

transformação das cláusulas de reajuste, de modo a ter disciplina diversa da estabelecida e mais conforme aos seus interesses”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1.275.702-5. Voto n.º 13933. Rel.: Álvaro Torres Júnior. Julgamento: 18/11/2007.

<sup>425</sup> Conforme escreve Carlos Roberto Siqueira CASTRO: “para a concepção liberal os direitos fundamentais teriam a sua razão de ser no antagonismo histórico indivíduo-Estado e não incluiriam, máxime em nível da *supralegalidade* constitucional, regras de comportamento para os particulares. Estas adviriam do direito privado, sedimentado na autonomia privada, e principalmente da *autoregulação* espontânea dos comportamentos das pessoas, consideradas iguais perante a lei para a assunção de direitos e obrigações na órbita civil. Em tal sistema de igualdade idealizado pelo liberalismo vige a supremacia do contrato privado (*pacta sunt servanda*), que expressa a liberdade de estipulação obrigacional, que não deve sofrer cerceamento no pressuposto de que é justo o que é desejado pelas partes contratantes”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos Direitos e Deveres Fundamentais às Relações Privadas. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, Conselho Editorial da OAB, n. 1, mar./abr. 2008. p. 9.

<sup>426</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 65-78. p. 69. Segundo COMPARATO: “A propriedade privada foi concebida, desde a fundação do constitucionalismo moderno, como um direito humano, cuja função consiste em garantir a subsistência e a liberdade individual contra as intrusões do Poder Público”. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal**, São Paulo, CEJ, v. 1, n. 3, set./dez. 1997.

<sup>427</sup> Não se ignora o momento histórico do surgimento do Estado Social, especialmente no tocante à Alemanha. Por essa razão, importa salientar que na concepção defendida, diversamente, o Estado Social não absorve a antítese entre indivíduo e sociedade. É assertiva a ser tomada com atenção e compreendida como uma via de mão-dupla. Com efeito, não há absorção dos interesses individuais pelos coletivos, nem os interesses coletivos são tomados como a soma de interesses individuais. Não desaparece a liberdade individual ou a autonomia privada, no entanto, perdem contornos absolutos. Não desaparecem o público e o privado mas a dicotomia cede aos diálogos entre essas esferas. O desafio é, pois, mais complexo e envolve a harmonização de interesses, de direitos e de racionalidades conflitantes. “É necessário encontrar soluções que tomem as preocupações sociais compatíveis com a eficiência econômica”, e vice-versa. AVELÃS NUNES, António José. Notas sobre o chamado *Modelo Econômico-Social Europeu*. In: \_\_\_\_\_; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-14. p. 1.

<sup>428</sup> No que tange ao modelo do Estado, observa-se o crescente intervencionismo estatal. Rompe-se o modelo do Estado Liberal. Na esfera dos direitos fundamentais, a doutrina costuma igualmente salientar alterações profundas, as quais associa a gerações ou dimensões. Nesse sentido, esclarece Ingo Wolfgang SARLET que a primeira geração dos direitos fundamentais é associada aos direitos de defesa, sendo constituída pelos direitos “à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”. Os direitos de segunda geração envolvem os direitos prestacionais (assistência social, saúde, educação, trabalho) e liberdades sociais (direito de greve, direitos trabalhistas). A terceira geração, engloba direitos cuja titularidade não é individual, como “direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à qualidade de vida, bem como o direito à

mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado convertendo-se em norte de sua atuação”,<sup>429</sup> obrigando a uma releitura da disciplina contratual.<sup>430</sup> Em consonância ao *sujeito situado*,<sup>431</sup> o *contrato situado*.

Dessa forma, ensina Joaquim de Sousa RIBEIRO: “o acto contratual deixar de ser visionado isoladamente, para passar a ser visto como integrando uma dada actividade, cujos dados estruturais são tidos em conta”.<sup>432</sup> Há uma dilatação da *liberdade* de modo a permitir que haja espaço para acolher a igualdade material,<sup>433</sup>

---

conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56-58. Em síntese, a primeira fase envolve “a liberdade do e perante o Estado”, a segunda a liberdade “por intermédio do Estado” e a terceira fase, “direitos de titularidade coletiva”. SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 57-58. Apesar de cogitar direitos fundamentais de quarta geração, Paulo BONAVIDES salienta ser possível apontar para três gerações de direitos fundamentais, as quais correspondem a direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562. “Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado” a proteger “o homem das liberdades abstratas”. BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 563-564. Os direitos de segunda geração são “os direitos sociais, culturais, econômicos, bem como coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo nas distintas formas de Estado social por que germinaram por obra da ideologia e reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade”. Obra citada, p. 564. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano”. A partir de VASK cita o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação”. Obra citada, p. 569.

<sup>429</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de Direitos Humanos**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 63-102. p. 65.

<sup>430</sup> Como alerta Egon BOCKMANN MOREIRA: “os princípios da Ordem Econômica constitucional não podem – e não devem – ser compreendidos à luz de uma estratificação fático-normativa típica dos séculos XVII e XIX, em que reinavam os assim chamados ‘direitos de primeira geração’ e uma lógica da exclusão recíproca entre público e privado. Na medida em que não persiste no tempo o Estado liberal *gendarme*, não se pode cogitar da interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais segundo esse mesmo modelo”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Editora Fórum, v. 16, p. 27-42, 2006. p. 31.

<sup>431</sup> Ver supra, a seção “Substancialidade e Repersonalização” (1.1.2).

<sup>432</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 42, p. 5-34, 2005. p. 8-9.

<sup>433</sup> “Destarte, não há liberdade contratual com ofensa à igualdade”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 33. CANOTILHO chega a falar em *liberdade igual* a qual “significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade do domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 480. “Afim, estamos perante um conflito entre duas dimensões da liberdade, ou da liberdade com a igualdade. A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compressões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal):

primando-se pela *liberdade real*.<sup>434</sup> Diante de uma noção alargada de liberdade, igualmente, alteram-se o sentido e o alcance dos direitos fundamentais aos quais – como se mostrou – sempre esteve fortemente apegada.<sup>435</sup> Há uma “transição das liberdades formais abstratas, para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa”.<sup>436</sup> O elastecimento da liberdade, portanto, não diz respeito à liberdade de não-intervenção do Estado Liberal, mas à rejeição, ao revés, de seu caráter absoluto. Preserva-se a liberdade negocial, mas

---

Almedina, 2006. p. 247. “*Entra en crisis el modelo individualista, al oponérsele enfoques con sentido social, demandando la intervención del estado para equilibrar la ecuación del ‘contrato’ como en la promoción del desarrollo político y social de las naciones. El valor fundamental es el de la igualdad, como idea rectora del llamado constitucionalismo social*”. TAMBUSSI, Carlos E. Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos In: GORDILLO, Agustín. **Derechos Humanos**. 5. ed. Buenos Aires (Argentina): Fundación de Derecho Administrativo, 2005. Cap. IX. p. IX-7. Em tradução livre: “Entra em crise o modelo individualista, a opõem-se enfoques com o sentido social, demandando a intervenção do Estado para equilibrar a equação do ‘contrato’ como na promoção do desenvolvimento político e social das nações. O valor fundamental é o da igualdade, como idéia reitora do chamado constitucionalismo social”. Não invalidada tal raciocínio – ao contrário, o substancia – constatar que no modelo liberal “*la libertad se presenta entonces como un precipitado de la igualdad (formal o jurídica)*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 302. Em tradução livre: “a liberdade se apresenta então como uma decorrência da igualdade (formal ou jurídica)”.

<sup>434</sup> Essa liberdade está acompanhada pela dignidade da pessoa humana e igualdade substancial, como “referenciais materiais legitimadores da concretização da Constituição”. FACHIN, Luiz Edson. **A defesa da Constituição nas Cortes Supremas**. Aula Magna Inaugural do ano letivo de 2006, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, 06/03/2006. A idéia de ampliação da liberdade faz oposição ao conceito de liberdade restrita presente no contrato clássico, o qual “caracteriza-se por um radical monismo axiológico, alimentado por uma racionalidade estritamente auto-referencial, fechada sobre si própria. Sendo a liberdade individual reconhecida, no campo do contrato, como valor único e absoluto, era ela perspectivada em termos puramente formais e jurídicos, com quase total irrelevância das condições materiais e das consequências normativas”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 151. Segundo Rodolfo ARANGO: “*el cambio más significativo del tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho lo constituye la superación de una concepción formal por una concepción material de la igualdad. La realización de la igualdad ya no queda librada así únicamente a las fuerzas del mercado, sino que depende de la continua y deliberada intervención de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos*”, no marco do Estado social se “*busca que la concepción de Estado propicie el ejercicio de libertad y la igualdad real y no meramente formal (...)*”. ARANGO, Rodolfo. La jurisdicción social de la tutela. In: BETANCUR, Carlos Mario Molina. **Corte Constitucional: 10 años Balance y perspectivas**. Bogotá (Colômbia): Centro Editorial Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia, 2003. (Colección Textos de Jurisprudencia). p. 107-128. p. 108-109. Grifou-se. Em tradução livre, respectivamente: “a mudança mais significativa da travessia do Estado de direito ao Estado social de direito se constitui na superação de uma concepção formal por uma concepção material da igualdade. A realização da igualdade já não resta confiada unicamente às forças do mercado, porém, depende da contínua e deliberada intervenção das autoridades públicas para promover pessoas, grupos e sectores desfavorecidos”; “busca-se que a concepção de Estado propicie o exercício de liberdade e igualdade real e não meramente formal”.

<sup>435</sup> Para NORONHA: “Manifestamente, o culto pela liberdade estava levando a consequências inadmissíveis. A liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais quanto ela própria”. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios**

se reconhecem novas liberdades com as quais deverá dialogar, privilegiando a liberdade substancial, isto é, apta a proteger direitos essenciais mesmo diante da disparidade de forças dos agentes econômicos.

Para tomar de empréstimo as palavras de Joaquim de Sousa RIBEIRO, ocorrerá, nesse contexto, um “conflito da liberdade consigo própria, e sem que se possa esquecer a posição inversa da parte contrária e os direitos de que ela também é titular” de modo o panorama que se apresenta é “atravessado por antinomias valorativas”.<sup>437</sup> Assim, preconiza RIBEIRO ser possível certa decisão particular afetar direito constitucionalmente protegido, sendo admissível sua renúncia – desde que ressalvado um *núcleo essencial*.<sup>438</sup> Todavia, entende que tal raciocínio não é aplicável nas situações em que há disparidade de poder contratual. Nesses casos, reputa imperiosa a atuação estatal.

Em interessante linha argumentativa, a propõe RIBEIRO que “a liberdade contratual não é contraposta a qualquer específico direito de liberdade com ela

---

**fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

<sup>436</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57. Na ótica de Daniel SARMENTO, a história revelou a inaptidão do liberalismo econômico, bem como do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), de modo que “revaloriza-se, nesse quadro, a idéia de solidariedade ou fraternidade, componente menos prestigiado do célebre trinômio em que se assentou a Revolução Francesa (*liberté, égalité, fraternité*). De fato, se na experiência capitalista prevaleceu a proteção da liberdade, sobretudo na sua dimensão econômica, alimentando a desigualdade social, e no modelo socialista, prestigiou-se mais a igualdade material, com asfixia das liberdades individuais e políticas, até agora, no universo jurídico político, não se deu a devida importância a solidariedade”. E prossegue: “[...] a solidariedade não conflitua com a liberdade ou com a igualdade, mas rearticula esses valores fundamentais sobre bases mais humanas”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. XXV. Examinando sobre as lentes dos direitos humanos, o magistério de PÉREZ LUÑO: “*los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la 'primera fase o generación' de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista de los derechos humanos sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales de siglo XIX, que evidenciará la necesidad de completar el catálogo de libertades*”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta). **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante (Espanha), Universidad de Alicante, v. 4, p. 47-66, 1987. p. 55. Grifou-se. Em tradução livre: “Os direitos humanos nascem, como é notório, com marcada índole individualista, como liberdades individuais que configuram a 'primeira fase ou geração' dos direitos humanos. Dita matriz ideológica individualista dos direitos humanos sofrerá um amplo processo de erosão e impugnação nas lutas sociais do século XIX, que evidenciará a necessidade de completar o catálogo de liberdades”.

<sup>437</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 24

<sup>438</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 25.

colidente, mas ao princípio da autodeterminação, que a fundamenta”.<sup>439</sup> Assim, a liberdade não desaparece da órbita jurídica, contudo, é repensada.

Incorporando diversas idéias ora expostas, a jurisprudência do TJRJ considerou que não se pode admitir a operação pela qual, unilateralmente, restringiu-se significativamente o âmbito de cobertura de plano de saúde, mediante desligamento da Gestão Saúde do sistema Amil. Considerou-se ainda se tratar de “autor portador de doença grave, com necessidade de assistência médica constante e em nível nacional”. Embasou a compreensão, a catividade do contrato, a essencialidade do bem, a função social dos contratos, a probidade e a boa-fé, bem como, em linha com o que se aduz, o contexto de aplicação dos direitos fundamentais:

O Estado liberal de antes, preocupado apenas em proteger o indivíduo isoladamente considerado e sua propriedade, cede espaço ao estado social interventor e provedor de tudo e de todos, e este, por sua vez, a um modelo intermédio, de um estado regulador, que intervém nas relações privadas quando necessário a assegurar a satisfação das necessidades básicas - mínimo existencial - em ordem a implementar uma sociedade mais livre, justa e solidária. A intervenção nos contratos é gradual e proporcional ao relevo das necessidades humanas postas em jogo e são alcançados em cheio por políticas intervencionistas aqueles contratos que põem em jogo as condições mínimas de bem-estar dos contratantes. Ao contrário, contratos que não interfiram sobre essas condições mínimas, são regidas por uma disciplina menos intervencionista, sendo aí ampliada a liberdade de contratar. Assim, os contratos que envolvam a aquisição de bens ou serviços considerados essenciais, se sujeitam a um regime tutelar próprio que vai buscar sua justificativa na necessidade de proteção da parte mais vulnerável, em atenção ao princípio da igualdade material.<sup>440</sup>

As relações entre Estado e indivíduo (e também cidadão), contemporaneamente, tornam-se complexas e não se explicam mais como uma relação de antítese, em que o Estado é tido como “inimigo público”<sup>441</sup>, notadamente, diante do redesenho das relações entre indivíduo e sociedade. Abandona-se o

---

<sup>439</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 28. Nesse sentido, Joaquim de Sousa RIBEIRO cita decisão do Tribunal Constitucional Alemão que entendeu que violaria a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade fazer prevalecer fiança prestada por filha de 21 anos, de garantia de 100.000 marcos alemães contraída por seu pai junto a instituição bancária, haja vista que “a fiadora não possuía patrimônio próprio de relevo, nem qualquer grau acadêmico ou preparação profissional, auferindo, como operária o salário mensal de 1500 marcos alemães”. Admitir a fiança implicaria sua “asfixia econômica para toda a vida”. Obra citada, p. 28. Esse último aspecto está presente na fundamentação de Ruy Rosado de AGUIAR Jr. na análise do HC n.º 12.547, mencionado supra, p. 45.

<sup>440</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.29567. Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 18/06/2008.

abstenseísmo estatal na ordem social e econômica<sup>442</sup> incorporando-se à agenda as “falhas de mercado”,<sup>443</sup> a atenção ao desnível de informação, aos monopólios e às *externalidades negativas*,<sup>444</sup> tutelando-se as situações de desigualdade de poder.

Nesse sentido, ao examinar cláusula que expressamente excluía despesas com hemodiálise dos pacientes portadores de insuficiência renal crônica, o Des. Enio Santarelli ZULIANI, do TJSP, considerou que, nos contratos de adesão, a manifestação de vontade assemelha-se a “consentimento obrigatório” desestabilizando o argumento de que a desconSIDERAÇÃO de cláusulas limitativas,

---

<sup>441</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 248. Analogamente, segundo CANOTILHO: “Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a **vilão exclusivo** do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora, procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjetiva, se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações mais ou menos sutis da esfera de proteção dos seus direitos fundamentais. Em termos mais chãos mas possivelmente menos carregados de ruídos comunicativos: se e em que medida os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídico privada?”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 85-96. p. 85. Grifou-se. No dizer de UBILLOS, prevalecia no Estado Liberal “*la dialéctica libertad/autoridad se circunscribe al área de tensión individuo/autoridades públicas. Carecen de relevancia, dentro de estas coordenadas, otras posibles dimensiones del conflicto libertad y poder*”. Em suma, o Estado era visto como “*un mal necesario*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 302. Em tradução livre, respectivamente: “a dialética liberdade/autoridade se circunscribe à área de tensão indivíduo/autoridades públicas”; “carecem de relevância, dentro dessa coordenadas, outras possíveis dimensões do conflito liberdade e poder”; “um mal necessário”. Escreve HESSE: “*esa libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio sin intromisiones del Estado*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 39. Em tradução livre: “essa liberdade burguesa era uma liberdade não política, uma liberdade dos particulares para dispor de um espaço sem intromissões do Estado”. Para SARMENTO: “na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13. Em tal contexto o “Estado, concebido como entidade agressora dos direitos dos particulares, deve reduzir sua ação ao mínimo, a fim de que a sociedade possa se desenvolver de forma harmoniosa”. SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 82, ano XX, p. 41-52, abr./jun. 1987. p. 43. Na lição de TEPEDINO, “a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirada pelas idéias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado”. TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71. p. 56.

<sup>442</sup> “As constituições liberais não necessitavam”, exprime Eros GRAU, “dispor, explicitamente de normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se uma poucas outras disposições veiculadas em nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*”. GRAU,

seria intangível em face da manutenção de pretensão equilíbrio contratual. Trouxe também o argumento inusual, porém forte, da expectativa de tutela pelo Poder Judiciário:

É perfeitamente possível compreender que o aderente, ao assinar o contrato de adesão em abril de 1991, não pudesse livremente questionar o motivo dos tratamentos excluídos de cobertura, como as sessões de diálise e hemodiálise para pacientes portadores de insuficiência renal crônica, como é o seu caso. Isto porque, **a vontade do aderente nos contratos de adesão é manifestada de maneira extraordinária, como se fosse um consentimento obrigatório. Assim, na impossibilidade de alterar o que está redigido, o cliente assina e confia que o Judiciário possa protegê-lo em caso de conflitos na execução.**<sup>445</sup>

Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62, item 23.

<sup>443</sup> Aduz Egon BOCKMANN MOREIRA: “na medida em que a ‘mão invisível’ nem sempre opera de forma socialmente adequada, o Estado deve organizar o mercado em prol da dignidade da pessoa humana sempre que necessário, nos termos da concreta evolução histórica da sociedade. Exigência que se torna mais imprescindível quando constatadas falhas de mercado ou quando imprescindível ao desenvolvimento nacional”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba (UFPR), 2004. p. 254.

<sup>444</sup> “As imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15, item 3. Em harmonia, preconiza Joaquim de Sousa RIBEIRO que “uma liberdade contratual incondicionada, em todos os domínios, não se mostrou capaz de organizar eficientemente as relações de troca e de cooperação do mercado. A consciencialização das distorções e ‘falhas’ que este apresenta impulsionaram medidas interventivas, de complemento, mas também, em certos casos, de correção, ou mesmo, substituição dos mecanismos do mercado, que se traduziram, com muita frequência, em inovações da disciplina contratual”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 156. “Simplesmente há situações em que o mercado falha. E quando o mercado falha, é necessário que haja, através dos instrumentos, dos institutos, dos veículos e formas adequados, a correção dessas deficiências de mercado”. LEITE, A. Nogueira. Lição Inaugural do I Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública. In: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra (Portugal): Faculdade de Direito de Coimbra / Coimbra Editora, 2004. p. 493-515. p. 494. Na sequência, menciona entre outras falhas, os monopólios, os bens públicos (ex.: defesa nacional), as externalidades negativas, falta de concorrência. Nesse sentido: NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1995. p. 22-23. SUNSTEIN, Cass. R. As funções das Normas Reguladoras. (Trad: Vera Scarpinella) **Revista de Direito Público e Economia**, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, p. 33-65, jan./mar. 2003. p. 40. Segundo Vital MOREIRA e Maria Manuel Leitão MARQUES, a regulação visa garantir a concorrência, superar as externalidades negativas (custos sociais como danos ambientais, riscos à saúde, riscos à segurança), proteger os consumidores, garantir certas condições na prestação de serviços após sua privatização (obrigações de serviço público). LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital. **Mão Visível**. Economia de Mercado e Regulação. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 12.

<sup>445</sup> SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 396.952-4/3 (ou n.º 3969524300). 4ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Enio Santarelli ZULIANI. Julgamento: 30/08/2007. Grifou-se. Em sentido contrário, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que: “Os julgadores devem considerar, também, que os associados aos seguros e planos de saúde, pela própria condição financeira que lhes permite o acesso à saúde complementar, não se enquadram exatamente ao figurino da hipossuficiência (até mesmo técnica ou científica, posto que, nos dias atuais, a Internet põe à disposição do consultante milhões de páginas sobre temas específicos, aí incluída, com

Mitiga-se, por conseguinte, a idéia de auto-suficiência da regulação<sup>446</sup> pelos agentes econômicos, a reverberar de modo veemente na esfera contratual.<sup>447</sup> Com efeito, “a liberdade contratual passou a ser vista não apenas como manifestação da autodeterminação dos contratantes, mas também como princípio de ordenação da economia do mercado”.<sup>448</sup> Essa perspectiva se expressa no estabelecimento de novos critérios às relações contratuais, incorporando aspectos de índole material

---

destaque, a Medicina). Assim, a compreensão das cláusulas do contrato - e principalmente a relação entre eventuais restrições e o custo mensal do plano - não se torna tão complexa”. PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0331497-2. Decisão Monocrática. 8ª Câmara Cível. Rel.: Miguel KFOURI Neto. Julgamento: 18/02/2006. DJ: 06/03/2006. Entende-se que, a se ter em conta tal posição – superficial – estaria instituído na relação um dever de se informar (pelo consumidor), ao passo que preconiza a melhor doutrina justamente o dever de informação, de esclarecimento, transparência, calcados na boa-fé. Com isso, não se nega que haja um dever mínimo de se informar nas relações de consumo e mais robusto fora desse âmbito. Na doutrina de Claudia Lima MARQUES: “aquele que se encontrava na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação ([CDC,] art. 6, III), enquanto aquele que encontrava-se na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 596-597. Nessa linha: NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 162-163. Segundo leciona MENEZES CORDEIRO: “os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução do contrato possa advir. O campo mais produtivo do domínio do dever de esclarecimento é dos contratos de prestação de serviços médicos, utilizáveis como exemplares”. MENEZES CORDEIRO. Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 1997. (Coleção Teses). p. 605. Ressalve-se que o autor fazia alusão à relação médico paciente, tema cuja vinculação ao objeto deste estudo é óbvia. Congruente anota Jorge Cesa Ferreira SILVA: “atualmente, os deveres de informação são, muitas vezes, normatizados de sorte a se objetivarem, independentizando-se da necessidade de existência de prévio conhecimento daquilo que deve ser informado. É o que se observa nas disposições protetivas do consumidor. Neste campo, após sedimentar uma *presunção de conhecimento*, pelo fornecedor, das características do produto vendido, passou-se a impor, a este mesmo fornecedor, o *dever de conhecimento*, com o que a ele se imputou o respectivo dever de informação”. SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (Biblioteca de Teses). p. 115.

<sup>446</sup> Aqui o termo é usado em sentido lato e não designa, portanto, a idéia de positivação de normas para disciplinar a atividade econômica dos agentes particulares.

<sup>447</sup> “Onde se constata, em certas zonas do tráfego ou em relação a certos mecanismos e circunstâncias da contratação, que os processos de auto-regulação, deixados a si próprios, não desempenham satisfatoriamente a tarefa de ordenação que lhes cabe, por não darem voz a todos os interesses relevantes, à liberdade contratual é retirada a sua genérica competência reguladora, ficando legitimado um directo controlo da razoabilidade e do equilíbrio dos termos contratuais”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 42, p. 5-34, 2005. p. 9. Em outro texto, assevera: “Mais uma vez está patente a conjunção de dois planos – o do contrato e do mercado – agora para explicar a necessidade de um controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos contratos e regulação do mercado. **Revista brasileira de direito comparado**, Rio de Janeiro, Instituto Luso Brasileiro de Direito Comparado, n. 22, p. 203-223, jan./jun. 2002. p. 211.

e(ou) axiológica.<sup>449</sup> Em apertada síntese, cuida-se, na esfera contratual, da migração do “*laissez-faire*” ao “*is it fair?*”.<sup>450</sup>

A leitura proposta não ignora o contrato como operação econômica,<sup>451</sup> mas traz a lume a questão em torno dos limites do exercício da liberdade contratual diante de outros valores também tutelados pelo ordenamento, inclusive na esfera privada, à luz da legalidade constitucional.

O repensar da contratualidade tem como um de seus vetores essenciais a crise de legitimação, tanto jurídica como social, do modelo clássico. Com efeito, a contratação por adesão,<sup>452</sup> o crivo da boa-fé e da função social dos contratos, assim

---

<sup>448</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos contratos e regulação do mercado. **Revista brasileira de direito comparado**, Rio de Janeiro, Instituto Luso Brasileiro de Direito Comparado, n. 22, p. 203-223, jan./jun. 2002. p. 204.

<sup>449</sup> Há “determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 25.

<sup>450</sup> Explica-se o jogo de palavras. “*Laissez-faire*” corresponde a essência da consagrada expressão: “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*”. Em tradução livre: “Deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si só”. A expressão, assenta NORONHA, representa o lema fisiocrata, incorporado ao liberalismo econômico, defensor da mínima atuação do Estado da economia. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64. A seu turno, a locução “*is it fair*” designa, em língua inglesa, questão central: “é justo?”. Nesse diapasão PERLINGIERI ressalta um juízo de *meritovalenza* dos atos particulares de sorte que “o ato de autonomia privada não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e quando responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 249. § 172. Na dicção de SARMENTO: “No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo limites à atuação estatal, com o fito da proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. Tal perspectiva, relacionava-se no poder da ‘mão-invisível’ do mercado para equacionar os problemas sociais. O estado ausentava-se da esfera econômica que permanecia à mercê das forças do mercado, limitando-se ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa e da propriedade dos seus cidadãos”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

<sup>451</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988. p. 10-11.

<sup>452</sup> “Os que exigem a contemporaneidade do ato de criação e da formulação de seu conteúdo contestam a natureza contratual das relação jurídicas, nas quais o conteúdo é predeterminado por uma das partes em regulamento com os caracteres de generalidade, uniformidade e abstratividade. Aceitam, quando muito, a existência, nesses casos, de um concurso de fontes, sustentando que o reconhecimento do poder privado de por em execução esse regulamento retira tais relações da área do contrato. Encarado sob outro aspecto, a controvérsia gira em torno da dúvida quanto à exigência dogmática de só se admitir o contrato quando a liberdade de determinação do seu conteúdo, por ambas as partes, se acumula à liberdade de contratar propriamente dita. Qualquer que seja o modo de colocar a questão, é incontestável que ao suscitá-la, a figura jurídica do chamado *contrato de adesão* interfere no traçado das linhas clássicas do instituto do contrato, provocando um reexame revelador da crise que atravessa a sua noção”. GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. Condições

como da essencialidade, fincam novas balizas para leitura do regime contratual, enfraquecendo a intangibilidade que notoriza o contrato tradicional. Por essas razões, “a liberdade de dar conteúdo ao negócio jurídico tem sido gradativamente alterada”.<sup>453</sup> Vislumbrando-se, na seara contratual, importante campo de eficácia das normas constitucionais,<sup>454</sup> a informar “*materialização dos contratos*”.<sup>455</sup>

---

Gerais do Contrato. São Paulo: RT, 1972. p. 36-37.

<sup>453</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 22. No TJRN delineou-se: “O contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade, existindo um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”. RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2005.004469-8. 3ª Câmara Cível. Rel.: João REBOUÇAS. Julgamento: 02/03/2006. Estava em questão o reajuste de contratos anteriores a Lei dos Planos de Saúde. Apesar da argumentação transcrita, foi tímida a tutela aos contratantes, tendo-se admitido reajustes de 100% e 200%, para alterações de faixa etária de 60 e 70 anos, respectivamente, mas, condicionado-se tal aumento a gradativa (?) elevação em três etapas, com intervalos iguais de três meses. Em sede de recurso especial, apreciando idêntica, inclusive com os mesmos percentuais (variando apenas o número de origem no TJRN), tal reajuste foi considerado abusivo haja vista a intenção de exclusão – “a inserção e continuidade dos usuários do plano de saúde na condição de juridicamente idosos é utilizada pela recorrida como único fato motivador de majoração do valor da mensalidade”, entendendo haver discriminação contra os idosos em ofensa ao Estatuto do Idoso, cujos dispositivos constituem normas de ordem pública que por conseguinte incidem, a partir de sua entrada em vigor, mesmo nesse contrato celebrado antes de sua vigência. BRASIL. STJ. RESP n.º 989.380/RN. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 06/11/2008. DJ: 20/11/2008.

<sup>454</sup> “O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 24.

<sup>455</sup> Na lição de Joaquim de Sousa RIBEIRO: “A denominada materialização do contrato, representa, precisamente, a problematização de certas zonas, das condições de exercício e de efetividade da liberdade contratual, com o abandono da clássica pressuposição da igualdade, assente na irrelevância dos factos materiais de diferenciação. Com a contextualização, na esfera do real, da simples ‘potencialidade normativa’ que a liberdade contratual constitui, a capacidade efectiva de a utilizar na firmação e defesa dos interesses próprios passa a ser ponderada na definição do seu campo e regime de atuação”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 157-158.

## 1.5 Direitos fundamentais e relações interprivadas

### 1.5.1 Eficácia interprivada sob o enfoque das metamorfoses do Direito Contemporâneo

Três situações publicadas pela imprensa curitibana ilustram as novas linhas da relação entre público e privado e evidenciam perspectivas da *constitucionalização* do Direito Privado. Nesse sentido, em 25/05/2008, o caderno “Vida e Cidadania” do jornal Gazeta do Povo divulgou que um grupo de quase duas centenas de adolescentes protestou em frente a um *shopping center* por conta da proibição de sua entrada no local.<sup>456</sup> Quatro meses depois, lê-se no mesmo caderno estar em discussão a possibilidade de um clube particular negar a condição de dependente, em seu quadro social, ao companheiro em relação homoafetiva.<sup>457</sup> Em terceiro, o debate em torno da instituição de cadastro de devedores pelos estabelecimentos de ensino particulares entre dois extremos (tal como retratado pela mídia): a tutela do credor e a tese de que “Escola não é comércio”, como se intitulou reportagem a respeito.<sup>458</sup>

Em que pese outros mecanismos e análises possam colaborar ao deslinde jurídico das situações, são exemplos bastante ilustrativos da possibilidade de incidência de direitos fundamentais nas relações interprivadas. Sem cuidar da ordem cronológica das notícias, assinale-se a inconstitucionalidade do tratamento

---

<sup>456</sup> MILAN, Pollianna. Jovens são barrados e protestam em frente a shopping de Curitiba. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 25 maio 2008, Caderno Vida e Cidadania. Shopping é investigado por discriminação. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 06 jun. 2008, Caderno Economia. De modo similar, em Portugal, VIEIRA DE ANDRADE questiona “se os donos de hotéis, táxis ou restaurantes, bem como escolas ou de clube privados podem recusar a permanência, o transporte, o serviço ou a frequência de pessoas de certa categoria (estrangeiros, pessoas de raça diferente ou de certo sexo)”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 250.

<sup>457</sup> BERTOTTI, João Natal. Sócios do Curitibano vão decidir sobre casal gay. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 20 set. 2008, Caderno Vida e Cidadania; Clube Curitibano discute inclusão de homossexual. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 18 set. 2008. Analogamente, TEPEDINO menciona o recurso especial n.º 93634 em que o STJ considerou inconstitucional a previsão estatutária de um clube a qual inviabilizava a inscrição, como dependente de sócio titular, do “menor que estivesse sob sua guarda, mas que não era seu filho”. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008. p. 26.

<sup>458</sup> MILAN, Pollianna *et al.* Escola não é comércio. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 30 out. 2008. WESTIN, Ricardo. Procon diz que lista com nome de aluno devedor é ilegal. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 31 out. 2008, Caderno Cotidiano.

diferenciado por força de opção afetiva e(ou) sexual, haja vista a leitura axiológica das relações do “espaço privado”, à luz do texto constitucional. Por sua vez, a restrição de entrada ao *shopping center* e determinada a certos grupos de jovens permite com facilidade a analogia com a metáfora de Nelson SALDANHA em seu ensaio “O jardim e a praça”.<sup>459</sup> Indaga-se, pois, se o tal espaço é – exclusivamente – privado, e, em tal caso, qual sentido atinge essa locução, quais seus limites e, em termos mais práticos, se dessa expressão se pode extrair a liberdade para tal restrição sem que sejam atingidos direitos mais robustos dos jovens. De certo não se trata de proteger um direito a consumir, porém discutir o alcance de preceitos constitucionais, como o direito à igualdade e a liberdade de ir e vir, diante de interesses privados.<sup>460</sup>

Nessa senda, com variados graus e ênfases, doutrina, jurisprudência e a atividade legislativa,<sup>461</sup> gradativamente acolhem situações em que os direitos fundamentais vinculam os particulares e mesmo estipulam deveres.

---

<sup>459</sup> SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

<sup>460</sup> Marcelo CONRADO e Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA entenderam pela impossibilidade da restrição, com fulcro em variados dispositivos constitucionais – função social da propriedade, direito à igualdade, vedação do tratamento discriminatório – bem como, fizeram expressa menção à solução com base na eficácia interprivada dos direitos fundamentais. CONRADO, Marcelo; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Os jovens e o shopping. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 03 jul. 2008, Caderno Opinião, p. 2.

<sup>461</sup> A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 24/2008 pretende acrescentar como destinatário do dever de educação, além da família e da sociedade, os “meios de comunicação”. Dispõe sua ementa: “Dá nova redação ao art. 205 da Constituição Federal, para deixar expresse que a educação é dever também dos meios de comunicação social”. É interessante a própria ambigüidade da redação. Pretende-se deixar mais claro, algo implícito, ou instituir a vinculação – para assim dizê-lo com eficácia *“ex nunc”*. (Em analogia à eficácia das sentenças, indaga-se, a emenda tem finalidade constitutiva ou declaratória?). Duas questões imediatamente emergem. Em primeiro, é possível vincular particulares a direitos fundamentais? Em segundo, se existe tal possibilidade, essa emenda – embora se conceda seja apta a enfatizar tal dever – é requisito para a eficácia do direito fundamental à educação no âmbito dos meios de comunicação? BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n.º 24/2008. **Diário do Senado Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 18/06/2008, p. 21307. Analogamente, escreve KUMM que *“a constitutional amendment explicitly establishing that constitutional rights have direct horizontal effect in Germany would neither impede the liberty of economic actors, nor would it provide additional protection for weaker economic parties. As a matter of substantive law and institutional division of labor, it would simply leave things as they are. With the comprehensive scope of constitutionally protected interests in Germany, private law in Germany is already applied constitutional Law”*. KUMM, Mattias. Who’s Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law – Part I/II. **German Law Journal** (GLJ), v. 7, n. 4 – 1, April 2006. Em tradução livre: “Uma emenda constitucional, na Alemanha, explicitando que os direitos constitucionais vinculam diretamente particulares – têm eficácia horizontal –, nem impediria a liberdade dos atores privados, nem traria proteção adicional às partes economicamente mais fracas. Sob a ótica substancial e da divisão institucional do trabalho, deixaria apenas as coisas como estão. À luz dos interesses constitucionalmente protegidos na Alemanha, o Direito Privado alemão já é aplicado como lei constitucional”.

Na fundamentação ou identificação dos pressupostos para a eficácia interprivada dos direitos fundamentais, apresentam-se de maneira simultânea várias metamorfoses do Direito contemporâneo, entre as quais, destacam-se a *constitucionalização* do Direito Privado, o repensar do público e do privado e a *repersonalização*.<sup>462</sup> Abarcando tais elementos, aduz Gustavo TEPEDINO que:

Em conclusão, pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica, e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a “despersonalizar” o indivíduo, aniquilando as conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica.<sup>463</sup>

A construção aplica-se similarmente aos direitos fundamentais. Nessa esteira, explicita TEPEDINO que “os exemplos de deficiências acima expostas são inúmeros, todos eles confrontando a atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais”.<sup>464</sup> Claramente, prevalece em tal exame, por conseguinte, a *fundamentalidade material*.<sup>465</sup>

No que tange à força normativa dos preceitos constitucionais, observa-se a circunstância de que os direitos fundamentais estão presentes no tecido axiológico-normativo que recobre a legalidade constitucional, conforme acolhe parte da doutrina. Assim, no prefácio de suas “Instituições de Direito Civil”, salienta Caio Mário da SILVA PEREIRA: “diante da primazia da Constituição, os ‘direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações

---

<sup>462</sup> Cuida-se que, consoante se tratou em momentos precedentes, tais fenômenos estão interligados de modo que não se fundamenta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas isoladamente, porém, ao contrário, em conjunto. Traçando a conexão entre a *repersonalização*, a constitucionalização e a dignidade da pessoa humana, a reflexão de FACHIN: “É certo que essa ‘repersonalização’ do Direito Civil, somente encontrou guarida explícita na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também porque a matéria civil foi diretamente constitucionalizada”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

<sup>463</sup> TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71. p. 70. Em seu magistério: “a proteção dos direitos humanos não pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer uma conspícua violação da dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais”. Obra citada, p. 66.

<sup>464</sup> TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71. p. 58.

<sup>465</sup> Confira-se infra o capítulo: “Saúde, Direitos humanos e Relações interprivadas” (2.5).

públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos”.<sup>466</sup> Em sentido diverso, entendendo pela não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com fulcro na separação entre o Direito Público e o Direito Privado, mencione-se a visão de Marçal JUSTEN Filho:

os atos particulares (ou das entidades estatais que atuem subordinados ao mesmo regime), na perseguição de seus interesses, estão subordinados ao direito privado, uma disciplina caracterizada pela autonomia da vontade, pela disponibilidade das escolhas e pela **ausência de vínculo com a realização dos direitos fundamentais**. A estruturação de entes e sujeitos, a vinculação de bens e o desenvolvimento de atividades para a satisfação dos direitos fundamentais exige um regime jurídico diferenciado. Esse regime se caracteriza pelo afastamento de algumas características próprias da satisfação de interesses privados egoísticos.<sup>467</sup>

Essa posição, não obstante diversa da defendida neste estudo, faz restar claro o liame entre a visão acerca da dicotomia entre o público e o privado e a eficácia interprivada dos direitos fundamentais.<sup>468</sup> Rejeitado o pressuposto desse

---

<sup>466</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Contratos, Declaração Unilateral de Vontade. Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. XI. Nessa trilha, CANARIS em obra sobre “Direito Privado e Direitos Fundamentais”, também acolhe a hierarquia constitucional como fundamento da eficácia interprivada. Além do exame do texto normativo de alguns preceitos da Lei Fundamental Alemã (em análise de “cunho positivista” como ironicamente denominou) ressalta a vinculatividade do legislador de Direito Privado, diante da “estrutura hierárquica da ordem jurídica” a qual o coloca “num plano sob a Constituição”, a qual figura como “lex superior”. CANARIS, Claus-Wilhelm **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. (Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 27-28.

<sup>467</sup> JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48. Grifou-se. Manteve-se a posição inalterada em edição mais recente: JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-44. Observe-se que a segunda metade do excerto dá conta do regime de Direito Público, foco do capítulo do qual se transcreveu. Uma página adiante (em ambas edições), demonstrando certa incongruência, constata, todavia, que com a mudança do papel estatal no século XX “houve, acima de tudo, uma alteração radical no plano do direito. Afirmou-se, de modo intransigente, a dignidade e a intangibilidade da pessoa humana. Todas as concepções extremistas (sejam as que privilegiavam o indivíduo, sejam as que o subjugavam ao grupo) foram abandonadas. Houve a relativização dos ‘direitos absolutos’, seja do indivíduo, seja da sociedade civil, seja da estrutural estatal. A figura do ‘direito subjetivo’ somente se configura como [sic] intocável prestígio quando versa sobre direitos fundamentais. Assim, o direito (público e privado) se desenvolve como instrumento de realização de fins eleitos pela Nação e Consagrado na Constituição. Nenhum direito e nenhum poder é atribuído a um sujeito como forma de satisfação de seus exclusivos interesses. Ou seja, respeitar a dignidade e a integridade da pessoa humana significa assegurar tais valores relativamente a todos os integrantes da comunidade. Reconhece-se, enfim, a vinculação dos ‘direitos’ e ‘deveres’ individuais e coletivos relativamente à consecução de certos fins, que transcendem a situação transitória dos titulares. Faculdades e deveres são limitados por um vínculo inerente, intrínseco e insuprimível com a satisfação daqueles fins. **Todo o poder jurídico, disciplinado pelo direito Público ou pelo direito Privado, tem natureza instrumental. É instrumento não de locupletamento individual do titular, mas da realização de direitos fundamentais**”. Grifou-se, novamente.

<sup>468</sup> Segundo Carlos Eduardo PIANOVSKI RUZYK e Luiz Edson FACHIN: “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras

entendimento, isto é, a separação pura entre público e privado e uma suposta incomunicabilidade entre as esferas, vale realçar, assumindo-se que “a proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica”,<sup>469</sup> torna-se bastante difícil argumentar contrariamente a uma eficácia dos direitos fundamentais na seara privada.<sup>470</sup>

Não desaparece a distinção entre público e privado, mas ao mesmo tempo soa antiquado – ou consentâneo à Modernidade – se defender um reduto particular, como propõe alguns autores.<sup>471</sup> Mais adequado é a afirmação de que a liberdade

---

entre público e privado”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 100. Para TEPEDINO é possível identificar três fases na jurisprudência das cortes brasileiras sobre a aplicação das normas constitucionais nas relações interprivadas. Há primeiramente a negação “em virtude do radical afastamento entre o Código Civil e a Constituição”. Em uma segunda fase “deflagra-se a discussão quanto à força normativa dos princípios constitucionais”. A coadunar com o liame acima exposto, localiza o estágio atual na terceira fase: “em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas”. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008. p. 21-23.

<sup>469</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, n. 361, ano 54, p. 11-26, mar. 2006. p. 25. Destaca Gilmar Ferreira MENDES que “um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. [...] O próprio Direito civil está prenhe de conflitos com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 211-229. p. 219. A tensão entre liberdade e igualdade (acima já referida) também se apresenta em Gilmar Ferreira MENDES, como denota a ressalva na página seguinte: “O estado, que, com direitos fundamentais, assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade”. Obra citada, p. 220. Há decerto uma relação “dialética entre a função defensiva (contra os poderes públicos) e função tuteladora dos direitos fundamentais”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 33.

<sup>470</sup> Iluminando o tema, ensina TEPEDINO: “a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo, tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como, o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as normas jurídicas”. TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71. p. 67. Imperativo recordar ainda a premissa exposta por PERLINGIERI segunda a qual o ordenamento é, concomitantemente, unitário e complexo. Sobre o tema, veja-se nesta Parte I, o parágrafo: “Ao invés do fim, o recomeço” (1.1.1.1.1). Para Maria Celina Bodin de MORAES: “mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 28.

<sup>471</sup> Para Juan María Bilbao UBILLOS boa parte dos autores que mantêm a posição de que os

também é um valor juridicamente protegido e que embala as relações privadas de modo que entre as poucas considerações possíveis de antemão, está tão-somente a se assinalar que liberdade não é extinta porém perde seu caráter absoluto.

Revela-se uma tensão entre liberdade e igualdade em consonância à insuficiência de lógicas restritas a uma única racionalidade. Assim, destacam-se as convergências e divergências entre mercado e direitos fundamentais; Direito e Economia, direitos fundamentais de primeira geração e direitos fundamentais de segunda geração; liberdade e igualdade; princípios contratuais clássicos e principiologia contratual contemporânea. É sobre tais tensões que se desenham os desafios interpretativos contemporâneos, calcados na dialética dos valores em conflito, no paradoxo das contradições que fundamentam, na importância e na insuficiência de posições sedimentadas, na relevância do passado, nas perplexidades do presente, nas intenções para o futuro; nos conflitos de valores que são também jurídicos, nos conflitos jurídicos que são também conflitos de valores.

### 1.5.2 “Poderes privados” e direito fundamentais

A contratualidade contemporânea rompe com a neutralidade do Direito moderno, do primado da igualdade e liberdade formais que ensejaram verdadeira

---

direitos fundamentais não atingem os particulares não tem esclarecido adequadamente as razões para sua posição. Sienta UBILLOS, em apertada síntese, que as correntes contrárias à vinculatividade dos particulares aos direitos fundamentais, embasam-se na idéia do Direito Privado como espaço de liberdade, reduto intangível da autonomia privada. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 311. Na contramão, CANOTILHO faz referência a um “núcleo irreduzível da ‘autonomia pessoal’”, ilustrando com a possibilidade de um pai dispor diversamente da parte disponível para dois filhos. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1293-1294. Em outro texto, escreve ser necessário assegurar “a *unidade da ordem jurídica* no campo sensível dos direitos, liberdades e garantias” sem desprezar a distinção entre o espaço privado: “regação dos amores e desamores, vinha das nossas iras, refúgio das nossas emoções, **o espaço da nossa autonomia**”. Porém, atenta que “estariamos verdadeiramente cegos se não víssemos que o novo *estilo civil* pode ocultar nos interstícios do privado alguns gestos cruéis e arbitrariamente desumanos”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 85-96. p. 95. Grifou-se.

“desfocagem valorativa”.<sup>472</sup> Sob essas bases, resta verificada na lei,<sup>473</sup> doutrina e jurisprudência a preocupação em torno da tutela das relações de disparidade de poder.

A insuficiência da auto-regulação do mercado impulsiona o incremento da atividade estatal.<sup>474</sup> O desequilíbrio de poder, todavia, é captado não apenas no âmbito contratual, mas, como justificativa para uma nova compreensão dos direitos fundamentais. Sob a denominação “poderes privados”, a doutrina designa a existência de desníveis de poder nas relações interprivadas, “equiparados”<sup>475</sup> à supremacia do Estado, a justificar a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, aduz Vasco Manuel Dias Pereira da SILVA: “na verdade, tendo sido os direitos fundamentais concebidos para a defesa do cidadão em face do Estado, não faria mais sentido, não alargar a proteção dos cidadãos através dos direitos fundamentais em todas as situações de poder”.<sup>476</sup>

---

<sup>472</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 153.

<sup>473</sup> Os exemplos mais eloqüentes aplicáveis no âmbito da saúde são o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) e a própria Lei dos Planos de Saúde (Lei n.º 9.656/1998).

<sup>474</sup> “As mudanças sociais decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem-estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea, caracterizando o chamado Estado Social”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12. “A existência de liberdade no mercado não afasta a possibilidade de atuação estatal no sentido de assegurar e conferir proteção jurídica a direitos. Enfim, parece possível – e muitas vezes necessário – cogitar a apreciação da constitucionalidade da *lei da oferta e da procura*, a ser apurada no caso concreto”. FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno *et al.* (Org.). **Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois**. v. IV. Estado e Economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 347-377. p. 364.

<sup>475</sup> Alguns autores defendem uma equiparação. Parece mais apropriado ter-se em conta uma aproximação diante da natureza diversa das relações. Assim: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 36, ano 9, p. 54-104, out./dez. 2000. p. 84.

<sup>476</sup> SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 82, ano XX, p. 41-52, abr./jun. 1987. p. 43. Para Vasco Manuel Dias Pereira da SILVA esse embasamento é coerente com um “Estado Pós-Social”. Entende-se não ser necessário adentrar no tema da crise do Estado Social ou mesmo da emergência de um Estado Regulador haja vista que, também no Estado Regulador e talvez com maior ênfase, certas atividades estatais são transferidas a particulares, exigindo atenção especial em sua prestação. De outra banda, a aproximação entre Estado Social e a perspectiva contemporânea dos contratos, defendida neste estudo não é indispensável para concluir pela incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ainda assim, afinado com tal proposta,

Virgílio Afonso da SILVA critica a aproximação entre “poderes privados” e desequilíbrio contratual a afirmar que nem toda situação de desequilíbrio de poder gera a necessidade de intervenção.<sup>477</sup> Sua premissa é interessante, porém, a conclui-se em sentido diverso, ou seja, ressalta-se não ser necessário que uma entidade privada seja comparada ao Estado para que se possa cogitar a eficácia interprivada dos direitos fundamentais. Com efeito, com maior precisão assinala CANOTILHO que “muitas das cláusulas contratuais proibidas sugerem a existência de *poderes privados* com possibilidade de agressão de direitos, liberdades e garantias semelhantes aos poderes públicos”,<sup>478</sup> caracterizando a violação quanto há “instrumentos de coacção acrescidos e rotundamente iguais entre parceiros contratuais”.<sup>479</sup>

Sem descuidar de que “o fenómeno do poder é demasiado diversificado, quanto às suas causas e modos de manifestação”,<sup>480</sup> está presente, também no pensamento de Joaquim de Sousa RIBEIRO, a aproximação entre “poderes

---

Vasco Manuel Dias Pereira da SILVA explica que a vinculação está adstrita às “entidades dotadas de poder”. Obra citada, p. 48. Sintetizando tais idéias, Paulo LÔBO pondera que “a substituição do Estado regulador pelo empreendedor não altera, substancialmente, a natureza jurídica, que se diferencia do Estado liberal, da etapa anterior, justamente por intervir nas relações privadas. Ou seja, enquanto houver ordem econômica constitucional, independente do grau de intervenção legislativa, judiciária e administrativa nele fundado, haverá Estado social”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 37, ano 10, p. 59-76, jan./mar. 2001. p. 60.

<sup>477</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1. p. 173-180, maio 2005. p. 176. O exemplo que menciona, os *reality shows*, é interessante, porém, excepcional.

<sup>478</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 85-96. p. 94.

<sup>479</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 85-96. p. 94. Conclui CANOTILHO: “Qualquer ‘distância’ do direito privado em relação à constituição não significa a existência de um terreno livre de direitos fundamentais nos órgãos jurídico-civis. Acresce que a afronta a posicionalidade dos direitos, liberdades e garantias contra o Estado, está longe de significar a desnecessidade de esta ‘frontalidade’ ser alargada contras os novos ‘senhores dos poderes privados’”. Obra citada, p. 95. Portanto, fica claro a partir das linhas de CANOTILHO, que “as categorias ‘poder privado’ ou ‘poder social’ não são juridicamente assimiláveis a ‘poderes públicos’”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1293.

<sup>480</sup> O espaço não permite que o tema seja objeto de aprofundamento. Todavia, interessante, ao menos, registrar a posição de VIEIRA DE ANDRADE que, ao captar tal diversidade, assenta que “a medida de aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente que variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 264. Em harmonia Joaquim de Sousa RIBEIRO externa que “a idea rectora será, neste capítulo, a admissão de um sistema de mecanismos altamente diferenciados de tutela, correspondendo à variedade dos contextos situacionais em que se faz sentir a sua necessidade”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 27.

privados” e desequilíbrio contratual.<sup>481</sup> A própria análise do que seja “*situación de poder*” torna-se problemática, o que, contudo, não deixa de representar uma profunda alteração em relação ao modelo de igualdade formal que pautou a contratualidade clássica.<sup>482</sup>

Os escritos de Konrad HESSE são importantes por discorrer não somente acerca das relações, porém sobre as *tensões* entre Direito Privado e Constituição. Versa sobre as transformações do Direito Privado perante as quais “*resulta parcialmente desplazado o conformado pelas nuevas formaciones de Derecho Público y social*”,<sup>483</sup> mas ao mesmo tempo defende que tais mudanças “*no deberían obstruir, sin embargo, la visión de lo que permanece y debe ser conservado del Derecho Civil tradicional, aquello que constituye el Derecho Privado como sector jurídico propio e irrenunciable*”.<sup>484</sup>

Sustenta que deve ser preservada a proteção da personalidade do ser humano, para permitir sua autodeterminação, bem como o “*principio fundamental del Derecho Privado, la autonomía privada, en particular en la forma de libertad*”

---

<sup>481</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**. As cláusulas contratuais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. (Coleção Teses). p. 138-141.

<sup>482</sup> Assim também UBILLOS: “*Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad*”. Nesse contexto, depara-se com “*la progresiva multiplicación de centros de poder privados*” de vez que “*el poder ya no está concentrado en el aparato social, está disperso, diseminado en la sociedad*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 303. Em tradução livre, respectivamente: “Hoje como ontem a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos entabulados entre sujeitos privados. Também o Direito Privado conhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões de outros, de influir eficazmente no comportamento de outros, de impor a própria vontade”; “a progressiva multiplicação de centros de poder privados”; “o poder já não está concentrado no aparato social, está disperso, disseminado na sociedade”. Na mesma linha, VIEIRA DE ANDRADE expressa a “transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, para as relações entre particulares, quando se trata de situações em que pessoas colectivas (ou, excepcionalmente indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado sobre outros indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 263.

<sup>483</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 72-73. Em tradução livre: “resulta parcialmente deslocado ou conformado pelas novas formações de Direito Público e social”.

<sup>484</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 72-73. Em tradução livre: “não deveriam obstruir, sem embargo, a visão do que permanece e deve ser conservado do Direito Civil tradicional, o que constitui o Direito Privado como setor jurídico próprio e irrenunciável”. Nesse ponto, caberia discordar de HESSE quanto afirma que o recurso imediato aos direitos fundamentais colocam em risco a identidade do Direito Privado. Obra citada, p. 60-61.

contractual”,<sup>485</sup> todavia, igualmente, descreve a passagem de um Direito Privado tomado como setor autônomo<sup>486</sup> às relações entre Direito Privado e a Constituição sublinhando a influência dos direitos fundamentais no Direito Civil de maneira que os direitos fundamentais “*son decisivos tanto para la actividad del legislador como para de las instancias aplicadoras del Derecho*”.<sup>487</sup> Destacando a emergência dos “poderes privados” na seara contratual, reflete Konrad HESSE:

*por más que nos venga impuesto abrir márgenes a la configuración autónoma de los particulares, nunca el mero laissez faire laissez aller hará justicia a todas las actuales tareas. Esto ha de valer particularmente en las condiciones actuales, bajo las cuales surgen de la acción privada peligros más frecuentes y mayores que antes, y en cuyo marco el **ejercicio del poder privado económico y social – frecuentemente mediante el instituto del contrato** – desempeña un papel creciente. La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público e Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél [sic] ofrecía una libertad sólo formal, porque partía de una igualdad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna que sea.*<sup>488</sup>

<sup>485</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 74-75.

<sup>486</sup> Assim, HESSE refere que “*mientras no hubo constituciones, al Derecho Privado no le cabía sino seguir su propio camino*” e que “*al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos, se le sobrepone otro orden jurídico*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 35, 59. Em tradução livre, respectivamente: “enquanto não houve constituições, ao Direito Privado não cabia senão seguir seu próprio caminho”; “ao Direito Privado, o qual até agora determinava solitário a configuração das relações jurídicas e a decisão dos conflitos se sobrepõe outra ordem jurídica”.

<sup>487</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 57-58.

<sup>488</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 78-79. Em tradução livre: “por mais que nos seja imposto abrir margens à configuração autônoma dos particulares, nunca o mero laissez faire laissez aller fará justiça a todas as tarefas atuais. Isso vale particularmente nas condições atuais, sob as quais surgem da ação privada perigos mais freqüentes e maiores que antes, e em cujo marco o exercício do poder privado econômico e social – freqüentemente por meio do instituto do contrato – desempenha um papel crescente. A autonomia privada e sua manifestação mais importante, a liberdade contratual, encontram seu fundamento e seus limites na idéia da configuração sob a própria responsabilidade da vida e da personalidade. Pressupõem uma situação jurídica e fáctica aproximadamente igual dos interessados. Quando ausente tal pressuposto e a autonomia privada de um conduz a falta de liberdade do outro, desaparece todo fundamento e se transpassa todo limite; o

O trecho exprime relevantes aspectos da compreensão de HESSE, especialmente, por traduzir o receio em relação a supressão da autonomia privada e na perda de definição das fronteiras do Direito Privado.<sup>489</sup> Essas idéias se chocam com sua defesa da supremacia da Constituição<sup>490</sup> e de sua condição de propulsor para mudanças da legislação e jurisprudência no Direito Privado.<sup>491</sup> Nessa quadra, o choque entre Direito Privado e Direito Constitucional parece conduzir em HESSE ao caráter conflituoso que assume a própria tutela da liberdade.

Em outras palavras, ao versar sobre os “poderes privados” nas entrelinhas propõe a questão que se apresenta com a atribuição de novo significado da autonomia privada. A compreensão do significante “liberdade” – antes limitada a superfície da igualdade formal – assume grande densidade, de maneira que estabelecer o sentido da liberdade torna-se tarefa árdua e essencial.

Ao sublinhar os desníveis de poder,<sup>492</sup> Juan María Bilbao UBILLOS, a

---

indispensável equilíbrio deve então ser encontrado por outra via, a da regulação estatal, cuja eficácia freqüentemente requer uma conexão de preceitos de Direito Público e Privado. Aqui radica a diferença essencial entre o significado atual da autonomia privada e do século XIX: esse oferecia uma liberdade estritamente formal, porque partia de uma igualdade somente formal, que somente parcialmente se correspondia com a realidade social; como consequência, podia conduzir a falta de liberdade efetiva. Uma liberdade real general nunca pode ser produzida tão-somente pela autonomia privada. Dado o pressuposto de uma situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados, esta é, no entanto, elemento essencial da liberdade real, e como tal não pode ser substituída por nenhuma planificação ou regulação estatal”.

<sup>489</sup> Em frase conhecida pontua: “*cabe evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de una inflación de los derecho fundamental, con la cual el Derecho Privado tendría poco a ganar y los derechos fundamentales mucho que perder*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 67. Em tradução livre: “cabe evitar que o benefício de uma proteção geral e eficaz dos direitos fundamentais se converta na praga de uma inflação dos direitos fundamentais, com a qual o Direito Privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais muito que perder”.

<sup>490</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 54.

<sup>491</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 85.

<sup>492</sup> Deve-se ter em conta ainda as situações em que se supõe a paridade entre os celebrantes, porém não entre as “partes” que efetivamente tomam parte do contrato. Explica-se: na teoria contemporânea, o ato de contratar é complexo e aqueles que de um contrato fazem parte nem sempre participam de seu início. Na expressão de FACHIN: “Sabe-se que quem contrata não apenas contrata com quem contata, e que quem pactua não avença tão-somente o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos”. FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. **Revista Jurídica Crítica**, Curitiba, v. 22, p. 16-19, 2004. p. 17. De maneira similar em: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Nota de atualização (sem numeração). Nessa senda, a simples circunstância de que as declarações de vontade que dão início ao contrato sejam prestadas por pessoas jurídicas não afasta a incidência de direitos fundamentais. São exemplos disso as discussões sobre a incidência do direito

compartilhar alguns componentes do pensamento de HESSE, esclarece que, na esfera contratual, a desigualdade “*se convierte en falta de libertad*”,<sup>493</sup> a demandar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Assim, sublinha a impropriedade da expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, usualmente empregada, por conduzir a falsa impressão de que há paridade. Com efeito, assevera que “*se produce en suma, una aproximación sustancial entre las relaciones públicas e y privadas de dominación*”.<sup>494</sup>

Tal compreensão, ao reconhecer no desnível de poder contratual a presença dos “poderes privados”, está em sintonia com a posição assumida pelo STF no paradigmático recurso extraordinário n.º 201.819/RJ. Nesse caso, estabeleceu-se ser indispensável o devido processo para expulsão de membro da União Brasileira de Compositores, entidade de natureza privada; ou talvez para adequar-se ao teor da decisão, de cunho “precipuamente privado”.<sup>495</sup>

---

fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde coletivos, em que os termos do contrato são entabulados entre duas pessoas jurídicas (e. g. empregadora e operadora de plano de saúde), no entanto, contribuem para o contrato ou ao mesmo serão os responsáveis por exigir certas prestações os trabalhadores que posteriormente aderem ao plano. Ademais, é preciso ter em conta que a violação de direitos fundamentais pode ocorrer em situações entre iguais, o que também merece atenção. É lícito o contrato entre duas produtoras de cinema destinada à gravação de um filme que visa à incitação do ódio racial? Analogamente, escreve-se que: “o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 278.

<sup>493</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 303.

<sup>494</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 304. Em tradução livre: “se produz em suma, uma aproximação substancial entre as relações públicas e privadas de dominação”.

<sup>495</sup> BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006. Note-se que a expressão “precipuamente privado” não consta na decisão. As divergências expressas no julgamento são igualmente interessantes. Em seu voto – confirmado e posteriormente reiterado – a Min.ª Ellen GRACIE considerou não ser possível invocar o princípio da ampla defesa, haja visto ter sido respeitado a previsão estatutária, a liberdade de associação e a necessidade de incentivar as associações. Divergindo, o Min. Celso de MELLO, entre outros aspectos, tomou por base a impossibilidade de “transgredir ou as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõe aos particulares no âmbito de suas relações privadas em tema de liberdades fundamentais”. Sobre o tema, tratou-se também em: SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 345-381.

Em sua fundamentação, Gilmar Ferreira MENDES destacou a “posição privilegiada” da entidade, sua atuação “que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não estatal” e o exercício de “atividade essencial” de maneira que o “caráter público e geral parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais”.<sup>496</sup>

Na ementa, sublinhou-se a vinculação de todo o ordenamento aos preceitos constitucionais,<sup>497</sup> destacando-se a força normativa e vinculatividade dos princípios e direitos fundamentais na esfera privada, limitando a autonomia privada.<sup>498</sup> Além de expressamente acolher a teoria dos “poderes privados”, esclareceu sua lógica:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

---

<sup>496</sup> BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006.

<sup>497</sup> “A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.”. BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006.

<sup>498</sup> “O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”. BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006.

Em sintonia com o trajeto que se percorreu neste trabalho, assevera Ingo Wolfgang SARLET:

Ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal do Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger os indivíduos de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e, no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e Sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade participa ativamente no exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico já que é esta esfera que as liberdades encontram parcialmente ameaçadas.<sup>499</sup>

Haja vista assumir-se correta tal posição, impende destacar alguns aspectos relevantes. Em primeiro, frisa-se a conexão entre a redefinição do papel estatal e dos direitos fundamentais em face da travessia do Estado Liberal ao Estado Social.<sup>500</sup> Em segundo, traça-se a ligação entre os direitos fundamentais e as concepções acerca da dicotomia entre público e privado, de maneira que, o repensar dessas esferas, reverbera na compreensão sobre os direitos fundamentais, fazendo-os alcançar os particulares. Sob outra ótica, em terceiro, observa-se o embasamento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais com fulcro nos poderes privados, isto é, em contraposição ao desequilíbrio de “poder social e econômico”.<sup>501</sup>

<sup>499</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 402-403.

<sup>500</sup> Nessa senda, preconiza UBILLOS “*conviene insistir en la radical historicidad de los derechos fundamentales: éstos han experimentado y siguen experimentando profundas transformaciones porque la realidad socio-política en la que se insertan cambia*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 302. Em tradução livre: “convém insistir na radical historicidade dos direitos fundamentais: esses experimentaram e seguem experimentando profundas transformações porque a realidade sócio-política em que se inserem é cambiante”.

<sup>501</sup> Esta idéia é interessante no plano contratual em que a preocupação com as “*situações de poder*” é objeto de acurado desenvolvimento. Nessa linha, Paulo Luiz Netto LÔBO ao explicar acerca das relações contratuais de consumo: “O questionamento que se fez quanto à natureza dos direitos fundamentais reside no fato de sua realização envolver a proteção ou defesa de um particular (o consumidor) contra outro particular (o fornecedor) dado que, historicamente, os direitos fundamentais são atribuíveis a todos, e não a um contra outros. Esse entendimento não se sustenta, salvo na ambiência exclusiva dos direitos de primeira geração, na exata medida em que a regulação da ordem econômica, na Constituição, vai além da limitação do poder político, como sujeito passivo do dever decorrente. Em suma, o fornecedor, detentor do poder econômico, assume idêntica situação passiva

Em sentido próximo, colacionem-se as idéias lançadas no voto-vista proferido pelo Min. Joaquim BARBOSA, ao apreciar o supracitado recurso extraordinário n.º 201.819/RJ sobre a exigibilidade do devido processo na esfera da expulsão de membro da União Brasileira de Compositores:

O fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós. O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até o final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional - a chamada 'constitucionalização do direito privado', mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional. De fato, uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-la reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado.<sup>502</sup>

---

ante o direito fundamental, antes apenas reservada aos titulares do poder político". LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 37, ano 10, p. 59-76, jan./mar. 2001. p. 64. Para CASTRO: "potencial de influência e de direção da sociedade já não é mais monopólio do Estado, antes começa a se concentrar em outros focos de comando social, cujas decisões interferem decisivamente no mercado dos bens e serviços indispensáveis à vida humana e, assim, na própria existência individual e coletiva [...] abriu-se um novo tempo para a efetivação das normas e princípios constitucionais: o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas". CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos Direitos e Deveres Fundamentais às Relações Privadas. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, Conselho Editorial da OAB, n. 1, mar./abr. 2008. p. 9. A expressão *situações de poder*, mencionada no início da nota, tomou-se de empréstimo de LORENZETTI. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998. p. 547-548.

<sup>502</sup> BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006. Em sentido similar, ao fundamentar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, STEINMETZ "não elege *um* fundamento constitucional, mas um *feixe* ou uma *constelação* de fundamentos". STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. (Teoria & Direito Público). p. 102. Entende como embasamentos mais poderosos a supremacia constitucional, a unidade do ordenamento, na consagração constitucional da tutela da dignidade da pessoa humana e na dimensão objetiva dos direitos fundamentais (a qual recepciona os direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos mas como ordem de valores com eficácia irradiante), complementada com base no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, inc. I) e a aplicação imediata dos direitos fundamentais prevista na CF, art. 5º, § 1º. STEINMETZ, Wilson. Obra citada, p. 103-123.

Dessa sorte, o voto acolhe a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, em síntese, com base: a) na superação da dicotomia público-privado; b) na *constitucionalização* do Direito Civil e – nas entrelinhas de sua argumentação – c) na unidade no ordenamento. Na seqüência, com fulcro na doutrina brasileira, o Min. Joaquim BARBOSA faz referência à mutação dos direitos fundamentais na travessia do Estado Liberal ao Social e sublinha expressamente a eficácia dos direitos sociais:

Em algumas áreas, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre de imposição explícita da própria Constituição federal. É o que ocorre, por exemplo, no campo dos direitos sociais, em que a Constituição impõe às pessoas que travam relações de natureza privada, como a trabalhista, a observância de um catálogo de direitos concebidos com vistas à proteção do trabalhador.

Travou-se, quanto a esse último ponto, interessante discussão sobre como se coloca o tema. Pela inaplicabilidade, a Min.<sup>a</sup> Ellen GRACIE afirma justamente que a diferença está em que nas relações de trabalho há subordinação. Ocorre que a subordinação pode estar presente também em outras relações entre particulares, de maneira que não parece consistente o argumento. Por seu turno, assevera o Min. Joaquim BARBOSA que “o tema, aqui, é o da eficácia horizontal”. De fato, a eficácia dos direitos fundamentais traz uma perspectiva nova, a implicar a releitura das situações sob novos prismas.<sup>503</sup>

Recorde-se nesse ponto a advertência de UBILLOS, segundo a qual é preciso cautela para não converter todas as questões jurídicas em conflitos entre direitos fundamentais.<sup>504</sup> Esse cuidado, no entanto, não pode servir como escusa a ineficácia

---

<sup>503</sup> Nessa trilha, aponta VIEIRA DE ANDRADE que muitas questões que se colocam não são novas quanto ao seu objeto (limites à liberdade de expressão, restrições no âmbito dos contratos de trabalho etc.), porém “o que está em causa é saber se a solução jurídica destes problemas não deverá testar-se à luz da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 250, nota 6. Para Gilmar Ferreira MENDES: “Da afirmação sobre a relevância ou não dos direitos fundamentais para uma dada relação privada dependerá também a verificação sobre o perfil de determinada controvérsia, o que pode ter sérias consequências para a própria definição dos órgãos judiciais competentes”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 211-229. p. 213.

<sup>504</sup> Nesse diapasão, questiona: “¿No estaremos pidiendo demasiado a la Constitución?”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**.

dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Com efeito, congruente com as posições apresentadas, Juan María Bilbao UBILLOS destaca como razões para a “reconsideração da doutrina tradicional”, o caráter “difuso” da fronteira entre público e privado o fenômeno do poder privado, a *constitucionalização* do Direito Privado e a unidade do ordenamento e a natureza expansiva dos direitos fundamentais,<sup>505</sup> vale realçar, sua *eficácia irradiante*.<sup>506</sup>

Resulta claro que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas está em sintonia com as metamorfoses do Direito Civil de modo que seu embasamento encontra múltiplos fundamentos. Não é preciso, todavia, adotá-los todos para admitir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Diversa é a questão em torno do modo como incidem os direitos fundamentais. Assim, no TJRJ consignou-se, para obrigar operadora a manter contratante na UTI, sem limitação de tempo, independente do parâmetro fixado pelo CONSU<sup>507</sup> ou de limitação temporal (de 12h) expressamente prevista no contrato:

---

2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. Em tradução livre: “Não estaremos pedindo em demasia à Constituição?”.

<sup>505</sup> Assinala, nessa senda, que “*este enfoque unitario, que tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran transcendencia en la medida en que impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes*”. Dessa maneira - sem tomar a constituição como “el huevo cósmico jurídico” como havia criticado Fortshoff – “*la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas de Derecho privado deben reinterpretar-se a la luz de la Constitución*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 306. Em tradução livre, respectivamente: “este enfoque unitário, que tende a superar o tradicional ‘isolamento’ (ilhamento) da Constituição do resto do ordenamento, possui grande transcendência na medida em que impede que o Direito Constitucional e o Direito Privado possam conceber-se como compartimentos estanques, como mundos separados que se desenvolvem em paralelo e estão governados por lógicas radicalmente diferentes”; “o ovo cósmico jurídico”; “a reconstrução do ordenamento na matriz constitucional implica que todas as normas de Direito Privado devem reinterpretar-se à luz da Constituição”. Em sentido similar, HESSE considera indevida a crítica de FORTSHOFF assinalando que há na realidade dois âmbitos singulares, a saber, o Direito Privado e o Direito Constitucional, cada qual com suas “*singulares funciones de garantía, orientación e impulso*”. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 83. Em tradução livre: “singulares funções de garantia, orientação e impulso”. “Clave”, aqui traduzida como matriz tem significação mais ampla em espanhol, designando: senha, código, mas também, esclarecimento, orientação.

<sup>506</sup> De modo que “fornecem impulsos e diretrizes para interpretação e aplicação do direito infraconstitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 173.

<sup>507</sup> Pela natureza e finalidade desse trabalho, as menções às normas administrativas foram bastante restritas. Há vasta legislação regulando diversos temas, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e outros órgãos, como o Conselho de Saúde Suplementar (Consu).

No caso do direito à saúde, e em decorrência da intensa regulação e fiscalização do Poder Público a que se submete o setor, limitando, ele mesmo e rigidamente, a liberdade de contratar em atenção à vulnerabilidade dos contratantes de tais serviços, os efeitos horizontais dos direitos fundamentais operam, quase sempre, de forma mediata, isto é, por intermediação legislativo-normativa, o que não significa que não possam operar de forma direta.<sup>508</sup>

É justamente o tema da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais o objeto na seção seguinte.

### 1.5.3 Direitos fundamentais e concretização intermediada

São variadas as posições no tocante ao *modo* da eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, a qual se revela tema de grande densidade.<sup>509</sup> Em que pese se verifique, como alguma frequência, o acolhimento da incidência interprivada,<sup>510</sup> há significativas divergências no que tange aos seus efeitos.<sup>511</sup> A

<sup>508</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (ou n.º 55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 08/10/2008.

<sup>509</sup> Em seus “Estudos sobre Direitos Fundamentais”, CANOTILHO declina que: “poderemos afirmar com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídica dos contratos”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 190-215. p. 192.

<sup>510</sup> Na jurisprudência do STF, há vários casos interessantes que admitem, ainda que implicitamente, a leitura à luz dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Nesse sentido, entendeu-se que a concessão de vantagens diferenciadas com base na nacionalidade privilegiando trabalhadores de origem francesa empregados no Brasil ofende ao princípio da igualdade e não discriminação: BRASIL. STF. RE n.º 161.243/DF. 2ª. Turma. Rel.: Min. Carlos VELLOSO. Julgamento: 29/10/1996. DJ: 09/12/1997; considerou-se haver constrangimento ilegal no cumprimento de cláusula de contrato de trabalho que previa revistas íntimas em indústria de *lingeries*: BRASIL. STF. RE n.º 160.222/RJ. 1ª. Turma. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 11/04/1995. DJ: 01/09/1995; julgou-se ser indispensável o devido processo legal para exclusão de membro de cooperativa: BRASIL. STF. RE n.º 158.215/RS. 2ª. Turma. Rel.: Min. Marco AURÉLIO. Julgamento: 30/04/1996. DJ: 07/06/1996. Esses casos foram mencionados por ocasião do seguinte julgamento: BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006. Contrariamente, sustenta Francisco AMARAL que a diferença entre direitos da personalidade e direitos fundamentais consiste justamente que aqueles vinculam particulares e estes apenas o Estado. AMARAL, Francisco. Reflexões críticas sobre os direitos da personalidade. Palestra proferida por ocasião do I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL DA UFPR. Curitiba: UFPR, 27 a 31 de outubro de 2008.

<sup>511</sup> “El problema no es tanto si hay o no eficacia como la medida de esa eficacia (cuanta eficacia) y de qué tipo. Ese es el verdadero debate”. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

respeito, colocam-se principalmente duas questões, quais sejam, *a)* o destinatário dos direitos fundamentais e *b)* a (des)necessidade de intermediação de lei infraconstitucional para sua incidência.<sup>512</sup>

São duas perguntas diversas e com reflexos diferentes. Na primeira, indaga-se quem está ao alcance dos direitos fundamentais; ou, para adequar-se a posição defendida, quem está fora de seu alcance. Na segunda, é questionado se os direitos fundamentais são “auto-aplicáveis ou dependem de regulamentação”, para adotar expressão em voga. Expondo a questão em outros termos, UBILLOS esclarece que a eficácia mediata, ao estipular que é preciso intermediação de órgão estatal, precisa definir também se a preferência é da via legislativa ou jurisdicional.<sup>513</sup>

Gilmar Ferreira MENDES destaca a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, de maneira que “está compelido a editar normas indispensáveis à concretização de inúmeros direitos fundamentais”,<sup>514</sup> ou seja, está adstrito aos limites impostos pelas normas constitucionais. Desenvolvendo o tema, assinala CANOTILHO que, no tocante à necessidade de intermediação legislativa, dividem-se os autores entre a teoria da eficácia direta, a qual assegura a aplicabilidade imediata das normas que estabelecem direitos fundamentais e a teoria da eficácia indireta nas relações privadas a qual preconiza que a vinculatividade exerce-se “*prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações”.<sup>515</sup>

---

2006. p. 301-340. p. 337. Em tradução livre: “O problema não é tanto se há ou não eficácia como a medida dessa eficácia (quanto eficácia) e de que de tipo. Esse é o verdadeiro debate”. Assim também: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 21.

<sup>512</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1288. Mais adiante, o autor considera que a vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais é imediata em relação ao legislador, ainda que mediata no tocante aos destinatários das novas normas produzidas. Obra citada, p. 1291. Em lição aplicável ao Brasil a formulação de VIEIRA DE ANDRADE segundo a qual na Constituição portuguesa “não se diz *em que termos* se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades públicas”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 259.

<sup>513</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 311.

<sup>514</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 211-229. p. 214.

<sup>515</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1286-1287.

Em sua ótica, “não existem quaisquer dúvidas quanto à função dos direitos, liberdades e garantias como regras jurídicas vinculantes da ordem jurídica privada”.<sup>516</sup> Ressalva, porém, que a aplicabilidade imediata das normas “não significa ser a mediação legislativa desnecessária”, de modo que o que está em jogo é se “os direitos por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei”.<sup>517</sup> Nessa senda, CANOTILHO traça uma diferenciação entre o reconhecimento de determinado direito e a definição de respectivos deveres, ou “âmbito de proteção e “âmbito de garantia”, para usar sua terminologia.<sup>518</sup>

Ocorre que a eficácia mediata (a exigir o legislador) acaba por determinar uma proteção “através do direito privado”.<sup>519</sup> Assim, conforme ensina UBILLOS, a questão central está em saber se a “*intervención del legislador es condición sine qua non*” a que contesta que “*la mediación del legislador, aun siendo altamente recomendable, no puede considerar-se un trámite indispensable*”.<sup>520</sup> Em harmonia,

---

<sup>516</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 85-96. p. 92. No mesmo sentido: UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 311.

<sup>517</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 400.

<sup>518</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. p. 191-215. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 198-199.

<sup>519</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 251.

<sup>520</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 312. Em tradução livre, respectivamente: “intervenção do legislador é condição *sine qua non*”; “a mediação do legislador, embora seja altamente recomendável, não pode ser considerada trâmite indispensável”. Em sentido próximo Joaquim de Sousa RIBEIRO defende que a proteção estatal contra a lesão de direitos fundamentais por particulares se faça “desejavelmente, por via legislativa, pois só ela faculta um grau satisfatório de precisão”. Na formulação de VIEIRA DE ANDRADE o direito privado presume-se adequado, sendo de quem alega “o *ónus da prova* da inconstitucionalidade da norma”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 271. Mais adequado, contudo, parece ser impor ao juiz, no momento da interpretação-aplicação, a verificação da constitucionalidade (da norma e, com mais ênfase, de sua aplicação). Do contrário, ao argumento de que aos juizes se esteja dando muita liberdade, permitir-se-ia que não fossem responsáveis seja pela aplicação da lei inconstitucional, seja da mais freqüente, aplicação inconstitucional da lei.

há muito escreveu Clóvis do COUTO E SILVA:

Por certo existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e de consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado como perante os indivíduos “*ut singuli*”. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, “*ipso facto*”, nulo. Mas também direitos de outras categorias, assegurados na Constituição, aplicam-se às relações entre particulares. Não seria exato, entretanto, pensar que todas as disposições constitucionais, endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou no direito comercial. Geralmente faz-se mister a existência de lei ordinária.<sup>521</sup>

No âmbito da saúde, em parte devido à existência de amplo arcabouço legislativo além de inúmeras regulamentações, a incidência do direito fundamental à saúde se faz, com certa habitualidade, por intermédio de dispositivos infraconstitucionais, especialmente com recurso aos princípios da função social dos contratos e boa-fé,<sup>522</sup> às normas da Lei dos Planos de Saúde e do Código de Defesa do Consumidor. Essa possibilidade de eficácia indireta (mediata), no entanto, não exclui a possibilidade de eficácia direta (imediata), na falta de “pontos de conexão”.<sup>523</sup>

Com efeito, a doutrina<sup>524</sup> e a jurisprudência têm apontado para a eficácia imediata do direito fundamental à saúde nas relações entre particulares. Nesse passo, o TJRJ expressou que “a teoria constitucional mais moderna, já prestigiada pelo egrégio STF, aceita a aplicação da eficácia horizontal direta dos princípios constitucionais, de modo a se fazerem incidir, sem a necessidade de interpretação de cláusula geral, nas relações entre particulares, como na hipótese aqui tratada”.<sup>525</sup>

<sup>521</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 24.

<sup>522</sup> Nesse sentido, o TJPR decidiu que: “em sede antecipatória observa-se o princípio da boa fé objetiva a ser prestigiado nas relações de consumo com efeito de proteção constitucional à saúde”. PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0325387-4. Rel.: Juíza Convocada Lenice BODSTEIN. Julgamento: 29/05/2006. DJ: 30/06/2006.

<sup>523</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 312.

<sup>524</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. p. 5. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53. p. 38. MATEUS, Cibele Gralha. **Direito Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 142.

<sup>525</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.19756. 1ª. Câmara Cível. Rel.:

Sob tal argumento, rejeitou-se a rescisão unilateral, quanto à contratante a qual contatava com 89 anos e cujo contrato era anterior à Lei dos Planos de Saúde.

Apesar de admitir-se a incidência imediata do direito fundamental à saúde, revela-se inapropriado fazer pouco caso da lei. É possível tê-la por inconstitucional, insuficiente em sua proteção, contudo, é preciso discordar quando a julgadora Maria Augusta Vaz M. de FIGUEIREDO exprime que “sequer se revela necessária a reflexão acerca da incidência do CDC ou da Lei 9656/98 ao caso concreto, cuja solução encontra assento na pura e simples aplicação de normas constitucionais expressas”.<sup>526</sup>

Igualmente, em sentido contrário, não se concorda com as tentativas de impugnar a eficácia do direito fundamental à saúde com base na tese de que seria necessária uma norma infraconstitucional que explicitamente vinculasse os particulares ao direito fundamental à saúde. A questão não parece residir nesse aspecto. Não obstante, há uma norma nesse sentido, a qual não tem recebido a devida atenção. Cuida-se do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, que prevê:

**art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.**

§ 1º - 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 universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

**§ 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.**<sup>527</sup>

---

Maria Augusta Vaz M. de FIGUEIREDO. Julgamento: 30/09/2008.

<sup>526</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.19756. 1ª. Câmara Cível. Rel.: Maria Augusta Vaz M. de FIGUEIREDO. Julgamento: 30/09/2008. Assim, com acerto não deixou de considerar que “não se revela difícil notar que a cláusula invocada para a denúncia do contrato viola frontalmente os princípios norteadores do diploma, consubstanciados na boa-fé objetiva, solidariedade e assistência ao hipossuficiente, além de atacar especificamente artigos 4º, III, 51, IV, §1º, I, II e II, do código”. Em sede de embargos declaratórios, reafirma seu entendimento, contudo, inverte a argumentação, principiando por reiterar que sua compreensão está fulcrada no CDC, para então asseverar que “não fora tal argumento suficiente, o acórdão vai diretamente à Constituição Federal retirar seu fundamento de validade e legitimidade, adotando entendimento pacífico adotado pelo Supremo, segundo o qual os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações privadas – aplicação horizontal dos direitos fundamentais”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 2008.001.19756. 1ª. Câmara Cível. Rel.: Maria Augusta Vaz M. de FIGUEIREDO. Julgamento: 04/11/2008.

<sup>527</sup> Grifou-se. Muitos outros dispositivos infraconstitucionais que desdobram o direito fundamental à saúde poderiam ser mencionados. Entre os mais significativos, cita-se, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, art. 4º: “**É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar**, com absoluta prioridade, a efetivação dos **direitos referentes à vida, à saúde**, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer,

Em sintonia com as linhas acima expostas, esse dispositivo sem descurar do dever estatal manifesta explicitamente a vinculação do direito fundamental à saúde em relação “às pessoas, família, empresa e sociedade”, bem como deixa claro que tal vinculação se estende ao respectivo dever. Se, por um lado, essa inferência pode parecer óbvia, serve, por outro, para sublinhar que a eficácia abarca não ofender, mas também atender ao direito fundamental, de maneira que se podem extrair condutas positivas, isto é, deveres, para seu atendimento.

Sob esse enfoque, o enfrentamento da discussão em torno da eficácia mediata/imediata exige antes questionar o que está a requisitar a intermediação, seja da lei ou do juiz. Para CANOTILHO, consoante assentado acima, trata-se de verificar a suficiente “densidade normativa”. Em contraposição, concorda-se com UBILLOS ao considerar que os adeptos da eficácia mediata temem, em realidade, a atuação do juiz, o que coaduna com a incerteza e o encaminhamento para “um modelo de Estado de Direito eminentemente jurisdicional”.<sup>528</sup> Mais do que isso, expõe uma incoerência ou insuficiência (ou ainda um parâmetro) da eficácia mediata (que exige a via legislativa): “*El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador*”.<sup>529</sup>

---

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”; analogamente, estabelece o Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741/2003, art. 3º: “**É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária**”. A teor do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/1990, art. 4º: “**A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...]**”. Originalmente os dispositivos não têm destaque. Não obsta a eficácia interprivada as eventuais referências ao Sistema Único de Saúde (SUS), eis que, reitera-se, a eficácia interprivada não exclui o dever estatal.

<sup>528</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 313. No julgamento de VIEIRA DE ANDRADE, “não deve temer-se que, por esta via, se instale um ‘governo de juízes’”. Em parte porque “constituir um risco inevitável”, ou talvez fosse melhor dizê-lo, porque a ênfase na atividade jurisdicional como concreção da norma é uma tendência/realidade. Em segundo, em face da vinculação do juiz a gradação do poder e as normas emanadas pelo legislador. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 266-267. Para SARLET, assinalando o aspecto ideológico do debate, pondera que a concepção que advoga exclusivamente pela eficácia indireta “encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 36, ano 9, p. 54-104, out./dez. 2000. p. 90.

<sup>529</sup> Em tradução livre: “O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador”. Tirante a isso, cuida que “*Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental (...) Quienes defienden la necesidad de una mediación legal, como paso obligado para el reconocimiento del derecho están*

Por essa razão, avalia que a imperatividade de mediação judicial conforma uma versão “*light o descafeinada, de los derechos fundamentales en el Derecho privado*”<sup>530</sup> porque restringe os direitos fundamentais a parâmetros interpretativos destinados a preencher cláusulas gerais estabelecidas pelo legislador privado. Assim, terminar por utilizá-los apenas para preencher lacunas.<sup>531</sup> A eficácia mediata, por se limitar a uma interpretação da lei conforme à Constituição,<sup>532</sup> conduz à inconciliável afirmação segundo a qual, a princípio direitos fundamentais não vinculam diretamente particulares, mas que, por intermédio da lei, controvérsias interprivadas possam ser ressorvidas com recurso aos direitos fundamentais.<sup>533</sup>

---

*negando, en realidad, la eficacia ‘horizontal’ de los derechos fundamentales, en cuanto tales”.* UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 315. Em tradução livre: “um direito cujo reconhecimento, cuja existência, depende do legislador, não é um direito fundamental (...) Aqueles que defendem a necessidade de uma mediação legal, como passo necessário ao reconhecimento do direito estão negando, em realidade, a eficácia ‘horizontal’ de dos direitos fundamentais, em quanto tais”.

<sup>530</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 315. Assim também em: UBILLOS, Juan María Bilbao. **Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las Teorias y la Practica**. Palestra proferida por ocasião do I Congresso Internacional de Direito civil. Rio de Janeiro, 22/09/2006. Em tradução livre: “*light* ou descafeinada, dos direitos fundamentais Direito Privado”.

<sup>531</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 316. Ilustrativamente, para CANOTILHO a mediação pelo juiz, ao manejar os direitos fundamentais deve se pautar pelo seguinte esquema: “a) Em primeiro, devem fazer uma *aplicação do direito* privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição; b) Se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias individuais for insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora de direitos (subjetivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais; c) A interpretação conforme os direitos liberdades e garantias individuais das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados (ex.: boa-fé, abuso de direito) mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). Trata-se, pois, de uma *concretização* de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de *normas de decisão* judiciais (captadas ou ‘extrinsecadas’ por interpretação-integração pelo direito privado”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1292.

<sup>532</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 316.

<sup>533</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 317-319. A seu ver, é uma “pirueta”, uma “camuflagem”, um “artificialismo”.

Após apreciar a mediação legislativa e jurisdicional, UBILLOS conclui por aderir à eficácia imediata, por considerar que a norma constitucional se aplica como “razão primária”, ainda que não exclusiva, da decisão. Perfilha-se tal pensamento, assim como a observação de UBILLOS, segundo a qual “***admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley***”.<sup>534</sup>

Destarte, não há óbice em, simultaneamente, afirmar a eficácia imediata e mediata. Nessa esteira, aduz Luiz Edson FACHIN:

No que concerne à eficácia, cabe esclarecer, sem prejuízo de que a Constituição e os direitos fundamentais se aplicam às relações interprivadas com a mediação realizadas pela atuação jurisdicional no exercício dos deveres de proteção, que também não se pode negar a eficácia direta e imediata da norma constitucional nas relações pertinentes ao Direito Civil. Sustentar o inverso é fazer da Constituição *letra morta*.<sup>535</sup>

Não se mostram incompatíveis o recurso à legislação infraconstitucional e a aplicação direta da norma constitucional, como demonstra ampla doutrina.<sup>536</sup> Ao

---

<sup>534</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 319. Segundo GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ externa preocupação similar a HESSE, no sentido de evitar uma excessiva abertura dos valores (dos direitos fundamentais) a desvalorizar a autonomia do Direito Privado e seu acervo histórico “*substituir el Derecho todo en su poliédrica complejidad por la simple proyección constructiva de los derechos fundamentales. La quiebra de la seguridad jurídica sería la consecuencia*”. Assim afirma, “*la interpretación de la Constitución debe estar, en término de HÄBERLE, abierta al tiempo, y ello implica que ha que tener en cuenta la Ley actualmente vigente*”. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Introducción. In: HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 9-27. p. 14. No entanto, retomando a tensão vista em HESSE anota que “[...] *no significa que la incidencia de la Constitución haya de depender de lo que decida el legislado de cada día*”. Obra citada, p. 14-15. Em tradução livre, respectivamente: “substituir o Direito todo em sua poliédrica complexidade pela simples projeção construtiva dos direitos fundamentais. A quebra da segurança jurídica seria a consequência”; “A interpretação da Constituição deve estar, nos termos de HÄBERLE, aberta ao tempo e isso implica que se deve ter em conta a Lei atualmente vigente”; “não significa que a incidência da Constituição deva depender do que decida o legislador de cada dia”.

<sup>535</sup> FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo Mediante o Direito Civil-Constitucional no Brasil. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco**, Curitiba, Faculdade Dom Bosco, v. 1, ano 1, v. 1, p. 28-31, jan./jun. 2007. p. 29.

<sup>536</sup> Assenta Gustavo TEPEDINO que “há de ser superada a discussão, por vezes vã e ociosa, quanto à aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional há sempre que prevalecer (direta ou indiretamente), vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores

revés, apoiar posição contrária se revela claramente contraditório. A se tomar como premissa a *constitucionalização*, excluir a possibilidade da aplicação direta da Constituição é negar-lhe força normativa. Pretender, de outro lado, que não se admita a “intermediação” por meio da norma constitucional seria dizer que ao aplicar a norma infraconstitucional não se estaria a aplicar a Constituição o que desde logo se rejeita.<sup>537</sup> Em vista de tais considerações, resta igualmente claro não haver empecilho à mediação por meio da atividade do magistrado. É conclusão congruente igualmente com a concepção de interpretação exposta na Parte I, em que se preconiza a separação entre texto e norma pela união entre interpretação e aplicação.

A considerar a prevalência do texto constitucional, a ressalva reside em admitir que em vista da função desempenhada pelo legislador (sem atribuir-lhe a função do juiz), da importância da segurança jurídica (sem conferir-lhe primazia), é

---

constitucionais, de forma que sua aplicação representa a aplicação da própria constituição”. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008. p. 29. De maneira similar: KUMM, Mattias. Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law – Part I/II. **German Law Journal** (GLJ), v. 7, n. 4 - 1, April 2006. Para Wilson STEINMETZ: “a contraposição entre ‘eficácia mediata versus eficácia imediata na é uma imposição lógica, não há entre elas exclusão do tipo conceitual”, admitindo a possibilidade de coexistência e complemento entre tais teorias, especialmente “desde a teoria da eficácia imediata”, rejeitando a necessidade de utilizar as cláusulas gerais como “o ‘cavalo de Tróia’ para o ingresso de direitos fundamentais na ‘cidade’ ou no ‘território’ do Direito Privado”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. (Teoria & Direito Público). p. 267, 270. Cuidam Melina Girardi FACHIN e Umberto PAULINI: “não existe caminho único para a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Há uma pluralidade de modos que, consoante o desenho e as vicissitudes do caso concreto, serão conjuntamente trazidos à baila. A contraposição de maneiras não antagônicas de incidência apenas serve aqueles que não possuem interesse numa real interpenetração do direito civil à legalidade constitucional. FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematicando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195-230. p. 225.

<sup>537</sup> No STJ decidiu-se: “inadmissível a cláusula que exige de médico integrante de cooperativa médica exclusividade”. Além de previsão expressa do art. 18, inc. III, embasou sua posição sob o argumento de que “o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF. art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa”. BRASIL. STJ. RESP n.º 768.118/SC. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 11/03/2008. DJe: 30/04/2008. Apesar da terminologia “via oblíqua” não soar a mais adequada, razoável compreender sua utilização em sede de recurso especial para evitar o reexame do tema constitucional. Para além disso, a expressão não coaduna com a idéia presente no acórdão de que “em atenção à nova ordem constitucional, foi editada a Lei n.º 9.656/98, norma posterior e especial, que estabelece as regras sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que afastou a possibilidade de contrato de exclusividade”.

recomendável que o embasamento tome em conta o ordenamento infraconstitucional. Nesse sentido, ao julgar a validade de cláusula que restringia hemodiálise, assentou o TJSP:

não custa lembrar que o Código de Defesa do Consumidor já estava em vigor no momento da celebração do contrato, sendo certo que a legislação consumerista chegou para coibir o arbítrio que se praticava com a massificação dos contratos e terminou sendo um instrumento de controle eficiente para os **planos de saúde**, exatamente porque **esses contratos visam garantir um direito de segunda geração** e que é preponderante como fator de dignidade humana (art. 1º, III, da CF), o que impõe, no caso, a incidência do artigo 51, IV (nulidade de cláusulas abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada) da Lei 8 078/90.<sup>538</sup>

A intermediação pela da norma infraconstitucional é admitida desde que orientada à concretização da norma constitucional, em consonância à *doutrina da efetividade*.<sup>539</sup> Do contrário, corre-se o risco do regresso ao modelo das disposições constitucionais sem valor e mesmo da supressão de eficácia de normas protetivas previstas na legislação infraconstitucional.

Tais aspectos foram debatidos no julgamento do recurso especial (RESP) n.º 820.379<sup>540</sup> no qual se discutiu a (auto-)aplicabilidade do texto do art. 30 da Lei n.º 9.656/98<sup>541</sup>, o qual garante a prerrogativa do trabalhador demitido manter-se

<sup>538</sup> SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 396.952-4/3 (ou n.º 3969524300). 4ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Enio Santarelli ZULIANI. Julgamento: 30/08/2007. Grifou-se.

<sup>539</sup> Veja-se em especial o *post scriptum* da obra: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281-297. Na síntese do autor, a efetividade acena para a preocupação acerca da “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”. Obra citada, p. 290. Sobre o tema também: BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61-77.

<sup>540</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 820.379. Rel.: Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI. 3ª Turma. Julgamento: 28/06/2007. DJ: 06/08/2007.

<sup>541</sup> Segundo a atual redação da Lei n.º 9.656/98, determinada pela Medida Provisória n.º 2.177-44, de 2001: “art. 30 - **Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.** §1º - O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses. § 2º - A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho. §3º - Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo. §4º - O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho. §5º - A condição prevista no caput deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo

vinculado ao plano de saúde do qual era beneficiário por força do contrato de trabalho, nas mesmas condições, desde que assuma os pagamentos anteriormente realizados pelo empregador.

A Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil buscou sustentar que tal norma dependeria de regulamentação, a teor da competência atribuída à Agência Nacional de Saúde – ANS pela Lei n.º 9.961/2000, art. 4º, inc. XI, para regulamentar o disposto no art. 30 da Lei n.º 9.656/98. Contrapondo a tese, a Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI ponderou que a competência atribuída a ANS “não tem o propósito de regulamentar o direito conferido pelo art. 30 da lei 9.656/98, mas ampliá-lo”. Sobre tais diplomas, ressaltou ainda que “as duas leis, por consequência, tratam de questões semelhantes, mas não idênticas, nem incompatíveis; pelo contrário, **são convergentes para dar máxima eficácia ao ‘direito fundamental à saúde’, assegurado no art. 196 da Constituição Federal**”.

Com expressa referência à “Interpretação das leis ordinárias para dar máxima eficácia ao direito fundamental à saúde, assegurado no art. 196 da CF”, assinalou-se que a Lei n.º 9.961/2000 não pode reduzir o âmbito de proteção “porquanto esse dispositivo, justamente, amplia o acesso do trabalhador demitido à saúde”, porque o trabalhador assume os pagamentos”. Com base em tais razões, conclui-se: “condicionar o exercício do direito conferido pelo art. 30 da Lei n.º 9.656/98 à regulamentação pela ANS seria restringir tal direito e, por consequência, ferir o espírito da Lei n.º 9.961/2000, bem como o do art. 196 da Constituição Federal”.<sup>542</sup>

A demonstrar que a questão de fundo não reside na “escolha” entre eficácia mediata e imediata, cabe também assinalar peculiar interpretação que tem sido conferida ao art. 51, inc. IV, do CDC, que considera nulas as cláusulas que “coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”. Em complemento, o art. 51, §1º, inc. II, presume exagerada a cláusula que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”.<sup>543</sup>

---

emprego. §6º - Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar”. Grifou-se.

<sup>542</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 820.379. Rel.: Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI. 3ª Turma. Julgamento: 28/06/2007. DJ: 06/08/2007.

<sup>543</sup> Dispõe o CDC, art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis

*Prima facie*, o enunciado desse dispositivo assinala, dito de modo conciso, a vedação ao fornecedor de desobrigar-se de certa prestação constitutiva do contrato, ou seja, de determinado dever ou direito que lhe é essencial.<sup>544</sup> Entretanto, em vários julgados, a expressão “*direitos ou obrigações fundamentais*” tem sido utilizada para significar a impossibilidade de limitar, nos contratos de assistência privada suplementar, o direito fundamental à saúde.

Assim, no TJRS entendeu-se abusiva cláusula que excluía doenças crônicas, com fulcro na cobertura das doenças previstas na Classificação Internacional de Doenças (CID), tal como estabelecido no plano-referência,<sup>545</sup> bem como por envolver “direito fundamental e inerente à natureza do contrato”.<sup>546</sup>

---

com a boa-fé ou a equidade; [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”. Há vários outros dispositivos legais que mereceriam atenção, cabendo assinalar norma similar no Código Civil, art. 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

<sup>544</sup> Para fins de comparação, adotando a interpretação “mais usual” do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, sem considerar a incidência interpretada do *direito fundamental à saúde* (o que resta claro pela referência na ementa apenas à “obrigação fundamental”), o TJAC entendeu que: “em contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, a cobertura de procedimento imprescindível à preservação da vida do consumidor, como, por exemplo, o transplante de medula óssea, cuja recusa ameaça o próprio objeto do negócio e restringe direito ou obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, violando o art. 51, § 1º, II e III, do Código de Defesa do Consumidor”. ACRE. TJAC. Apelação Cível n.º 2005.002085-6. Acórdão n.º 2.255. Rel.: Miracele LOPES. Julgamento: 11/04/2006. Identicamente: ACRE. TJAC. Agravo de Instrumento n.º 2002.001942-4. Acórdão n.º 3.793. Rel.: Eva EVANGELISTA. Julgamento: 18/03/2003. Com o mesmo fundamento, o TJSP aduziu ser abusiva a cláusula de plano de saúde a qual prevê tratamento quimioterápico, mas limita as sessões a tornar inócuo o tratamento “seria dar com uma das mãos e retirar com a outra”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 304.772-4/3-00. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Morato de ANDRADE. Julgamento: 21/10/2008. Registro: 30/10/2008. De modo similar: SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 449.878.4/5. Voto n.º 8.719. 2ª Câmara de Direito Privado. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Isabela Gama MAGALHÃES. Julgamento: 25/09/2008. Registro: 01/10/2008; SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 3053/2006. Acórdão n.º 426/2008. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Cezário SIQUEIRA Neto. Julgamento: 25/09/2008. Registro: 01/10/2008; BAHIA. TJBA. Recurso Inominado n.º 27672-3/2006. Acórdão n.º 426/2008. Rel.: Maria Lucia Coelho MATOS. Julgamento: 05/11/2007; RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2006.001.08847. Rel.: Joaquim Alves de BRITO. Julgamento: 29/06/2006.

<sup>545</sup> Sobre o tema, tratou-se na subseção: “*Plano-referência*” (2.1.2.2). A previsão do art. 10, da Lei n.º 9.656/98, foi transcrita na nota n.º 597.

<sup>546</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70006948509. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. Julgamento: 18/02/2004. Grifou-se, para chamar atenção para a interpolação da partícula “e”, inserida “por interpretação”. A mesma construção justificou a abusividade do tempo de internação hospitalar: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70007203961. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. 17/03/2004.

A curiosa construção, presente em vários tribunais,<sup>547</sup> com variações,<sup>548</sup> ao afastar-se, por assim dizer, do “sentido original” da lei, acentua a imbricação entre essa modalidade contratual e o próprio direito fundamental à saúde. Se poderia aparentar ser apenas uma impropriedade técnica, demonstra claramente a incidência do direito fundamental à saúde, a determinar outras possibilidades de leitura do contrato.

---

<sup>547</sup> No TJRJ se consignou: “Se a doença é coberta pelo contrato de seguro não é razoável que o tratamento seja limitado. O prazo de recuperação depende de vários fatores e, por isso, a retirada do paciente da internação, quando corre risco de morte, é abusiva, pois restringe direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 2008.002.23602. 13ª. Câmara Cível. Rel.: Sergio CAVALIERI Filho. Julgamento: 11/08/2008. Observe-se que a locução “direitos fundamentais”, com a grafia no plural e desacompanhada da expressão “obrigações” trazida no CDC já sugere a atribuição de novo sentido ao dispositivo do art. 51 desse diploma. Em tom mais explícito, afirmou-se: “o artigo 51 CDC [sic] presume exagerada a vantagem que restrinja direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato. **Vislumbra que a finalidade do contrato é a garantia do direito à saúde e à vida do contratante**”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2006.001.20658. 16ª. Câmara Cível. Rel.: Siro Darlan de OLIVEIRA. Julgamento: 11/07/2006. É posição a qual não se adere inteiramente. Em primeiro porque o direito fundamental à saúde é mais amplo do que a prestação dos planos de saúde. Em segundo porque se admite certas restrições a direitos fundamentais nos contratos. No TJBA expressiu-se que: “Não se pode restringir em contrato DIREITOS FUNDAMENTAIS. No caso vertente, a realização de ato cirúrgico corresponde a direito potestativo do tomador de serviço. Assim, é abusiva e não apenas limitativa a cláusula que retira cobertura fundamental, inerente à própria natureza do contrato, consoante inteligência do art. 51, §1º, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, não é demais invocar a regra contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Por fim, o art. 196 da Constituição Federal preceitua que saúde é um direito de todos. Quem opera nesse ramo de serviço não pode malferir esse direito ao argumento de que e somente o Estado quem tem o dever de preservá-la. São coadjuvantes do Poder Público nessa atividade, que não é puramente comercial”. BAHIA. TJBA. Recurso n.º 37057-6/2001-1. 4ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais. Rel.: Ilza Maria da ANUNCIAÇÃO. Julgamento: 11/09/2003. Em outro julgado, estabeleceu a julgadora: “O contrato de seguro não mais se rege apenas pelas regras privadas do Código Civil, estando sujeito a exame de mais amplo alcance social emprestado pelo Código de Defesa do Consumidor, que considera o serviço securitário como atividade fonecida ao mercado de consumo (art. 3º, § 2º), sujeitando-o à sua incidência. É de fato abusiva e não apenas limitativa a cláusula que retira cobertura fundamental, inerente a própria natureza do contrato, consoante inteligência do art. 51, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. A natureza do contrato de seguro saúde e a especificidade do direito que visa proteger estão a exigir a sua compreensão à luz do direito do contratante que vem a necessitar do seguro para o pagamento das despesas a que não pode se furtar, como exigência do tratamento de sua saúde. Ninguém escolhe o grau de gravidade de enfermidade, prevê o tempo de cura ou o tratamento a ser ministrado. É o imponderável”. Em seguida, repete-se a fundamentação citada no julgado imediatamente anterior segundo a qual: “O art. 196 da CF preceitua...”. BAHIA. TJBA. Recurso n.º 40109-9/2002. 4ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais. Rel.: Ilza Maria da ANUNCIAÇÃO. Julgamento: 25/11/2004.

<sup>548</sup> De modo ligeiramente diverso, o TJSP entendeu que: “afiora como abusiva a restrição esposada pela apelante, embasada em cláusula que coloca em risco o objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde, conforme preceitua o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor”. Julgou que, a limitação a medicamentos, não prevalece em contrato que prevê a cobertura de tratamento para câncer, havendo recomendação médica de utilização do medicamento ao invés de quimioterapia de maneira que decidir diversamente “importa em flagrante violação ao direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”. Tal

Encerrando-se esta parte I, assinale-se que, ao se preconizar a pluralidade de formas de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, acolhe-se um importante conjunto de idéias, a ser ressaltado.

Em primeiro, a própria reverberação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a demonstrar que a superação da dicotomia público-privado começa a revelar os novos contornos de sua dialética. Ligados ao diálogo entre essas esferas, a insuficiência do modelo liberal (de Estado), a força normativa da Constituição e a imperatividade da legalidade constitucional. No presente estudo, significa considerar a conexão entre o contrato de plano de saúde e o direito fundamental à saúde de tal sorte que se admite, em certas hipóteses, que o inadimplemento do contrato seja tomado como ofensa ao direito fundamental.<sup>549</sup>

Em segundo, a incompatibilidade da noção de liberdade irrestrita se revela por sua inerente essência formal, incongruente com a realidade e suas matizes. Atribuir sentido material à liberdade não é rejeitá-la, é afirmá-la, contudo, levando-se em conta, na análise jurídica, a autodeterminação das partes e o conteúdo objeto da relação. Significa incorporar na apreciação “o grau de autonomia real das partes”<sup>550</sup>, assim como “a natureza do bem afetado, o seu valor eminentemente pessoal ou patrimonial, a maior ou menor proximidade ao núcleo básico da personalidade e extensão e intensidade da limitação convencionada”.<sup>551</sup> É compreensão em conformidade com o percurso dos direitos fundamentais<sup>552</sup> e suas dimensões as

---

negativa “fulminaria a natureza do contrato de seguro-saúde”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação com Revisão n.º 6010334700. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Beretta da SILVEIRA. Julgamento: 11/11/2008. Registro: 18/11/2008.

<sup>549</sup> “Observa-se que a requerida ora apelante ao negar-se em arcar com os exames, destinados ao tratamento de doença grave dos autores, violou flagrantemente o direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 6070374900. Rel.: Des. Beretta da SILVEIRA. 3ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 18/11/2008. Registro: 01/12/2008. As aproximações entre aspectos da teoria contratual e dogmática dos direitos fundamentais exigem cuidado e certamente devem ser problematizadas. O exercício ilegítimo do direito fundamental (e.g. pleitenado-se cobertura inexigível), hipoteticamente, configura em algumas hipóteses específicas abuso de direito? A reserva do possível deveria ser aplicada, com sentido próprio, na esfera privada? As alterações na legislação de planos de saúde violam direito fundamental? A riqueza dos temas e a dificuldade das respostas – sintomáticas do desafio de se relacionar as categorias de Direito Civil e Direito Constitucional – não encontra espaço para o devido desenvolvimento, mas merecem destaque.

<sup>550</sup> Tradução livre. No original: “*el grado de autonomía real de las partes*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 336.

<sup>551</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 27.

<sup>552</sup> “*No estamos ante un simples progreso en la garantía de los clásicos derechos fundamentales, sino ante un verdadero cambio cualitativo que afecta a su sentido. Como*

quais fizeram acompanhar às liberdades e garantias individuais, os direitos sociais e políticos, sem extingui-las, mas sem a elas se limitar. Destarte, a negação de que liberdade seja apenas de *ter*, caminhando-se para a tutela do *ser*,<sup>553</sup> ressalta a instrumentalidade do contrato e da propriedade, a reforçar sua funcionalização e obrigar ao repensar de seu presente e de seu futuro.

Em terceiro, toma-se como método interpretativo-aplicativo dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a pluralidade de modos de incidência. Adotar tal pensamento não deve e nem pode ser tomado como ausência de parâmetros, desconhecimento de limites, ou falta de exame teórico mais detido. Está em questão, conforme se procurou demonstrar, o próprio alcance da *constitucionalização*. No magistério de TEPEDINO:

Não se trata, portanto, de simples aplicação corretiva de regras infraconstitucionais à luz da Constituição, mas, de maneira mais ampla e incisiva, percebe-se a aplicação dos princípios constitucionais como instrumentos de remodelagem axiológica de todo o ordenamento, na interpretação, aplicação de toda e qualquer norma jurídica.<sup>554</sup>

A ter em conta que “toda interpretação é interpretação constitucional”<sup>555</sup> e que, portanto, o texto constitucional não apenas condiciona mas funda a interpretação, compreende-se que constitucionalizar o direito não é um ato de transferência topográfica,<sup>556</sup> mas de construção, o que faz com que a inexistência de lei ou dispositivo específico não iniba a incidência constitucional.<sup>557</sup>

---

*consecuencia, se produce una transformación de las relaciones jurídico-privadas, en particular mediante una diferenciada intervención pública que relativiza el dogma de la autonomía de la voluntad y quiebra la unidad del Derecho Privado*”. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Introducción. In: HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 9-27. p. 12. Em tradução livre: “Não estamos diante de um simples progresso na garantia dos clássicos direitos fundamentais, porém diante de uma verdadeira transformação qualitativa que afeta seu sentido. Como consequência, se produz uma transformação das relações jurídico-privadas, em particular mediante uma diferenciada intervenção pública que relativiza o dogma de la autonomia da vontade e quebra a unidade do Direito Privado”.

<sup>553</sup> MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114. Nesse compasso, Joaquim de Sousa RIBEIRO faz menção às liberdades de consciência, religião, constituir família, de procriar, de residência, de deslocação etc. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 22.

<sup>554</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008. p. 28.

<sup>555</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006, p. 3.

<sup>556</sup> Ver supra, na Parte I, a seção “Legalidade constitucional” (1.3.2).

<sup>557</sup> “O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia

Mister enfatizar que, ao se concordar com a possibilidade da eficácia mediata, não se faz em apreço ao legalismo estrito, porém ressaltando-se que a proposta interpretativa esposada, toma em conta o texto positivado, mas sobre ele reflete, rechaçando-se a aplicação desprovida da análise do conteúdo e do confronto com o caso concreto.

Ao acolher-se também a eficácia imediata, rejeita-se que a ausência de norma específica – diante da inércia legislativa ou fruto da imprevisibilidade da realidade concreta – justifique a ofensa aos direitos fundamentais, o que encontra o devido embasamento nas metamorfoses do Direito Civil brasileiro contemporâneo, sobre os quais se discorreu nesta Parte I, entre as quais, a superação da completude, a emergência da interpretação não fundada na subsunção do caso concreto à *fattispecie* legislativa e a unidade – *constitucional* – do ordenamento.

Fosse indispensável a norma infraconstitucional, correr-se-ia o risco de que a Constituição restasse tomada com valor secundário<sup>558</sup> ou apenas como limite ao legislador ordinário e não como seu norte. Nessa esteira, recorde-se a lição de PERLINGIERI acerca da relação entre *norma constitucional* e *norma ordinária*, segundo a qual a expressão releitura à luz da Constituição tem sido mal interpretada. Em primeiro, esclarece ser equivocado cingir a função da norma constitucional à limitação das normas ordinária (uma Teoria da Constituição como limite). Do contrário, a norma constitucional operaria residualmente e a norma ordinária teria uma existência autônoma, desvinculada dos fins constitucionais. Em segundo, a norma constitucional não deve ser vista como um repositório de princípios para interpretação da norma ordinária – ensejando uma remota hipótese

---

nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 100.

<sup>558</sup> Com efeito, TEPEDINO demonstra a transformação ocorrida no âmbito do mandado de injunção, como sintoma da terceira fase da jurisprudência nacional no tocante à eficácia das normas constitucionais nas relações privadas, destacando que “paralelamente a esse processo de reconhecimento da eficácia do texto constitucional nas relações privadas, tem-se verificado outra mudança relevante no posicionamento da Corte, também em relação ao mandado de injunção. Outrora utilizado tão-somente para reconhecer a mora do legislador ordinário na elaboração das normas necessárias ao exercício de direitos constitucionalmente consagrados, passou a solucioná-los o Supremo Tribunal Federal, ciente de sua vinculação a Constituição, independentemente da edição das normas infraconstitucionais. Reconhece-se assim, a força normativa da Constituição, a vincular diretamente os responsáveis pela consecução de direitos previstos constitucionalmente, a prescindir de norma infraconstitucional específica”. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008. p. 26.

de recurso à Constituição –, porque tal proposta desprestigia a conformação unitária do ordenamento, bem como toma o texto constitucional como fonte de inspiração, não como fundamento. Ainda, aduz ser essencial discordar da aplicação indireta segundo a qual a norma constitucional atua apenas juntamente com norma ordinária.

Conclui PERLINGIERI que “a norma constitucional pode, também sozinha, quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração, ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”.<sup>559</sup> Também essa idéia não admite leitura apressada. Observe-se que a adoção da expressão *norma constitucional* evidencia o reconhecimento de sua natureza imperativa, atribuindo-lhe a condição de direito substancial.<sup>560</sup> Ademais, convergem as funções dos dispositivos da Constituição para sua concretização. Dessa maneira, haja vista a possibilidade de a norma constitucional ser usada até mesmo para “desaplicar” o direito infraconstitucional, razoável aduzir a possibilidade da chamada aplicação direta ou imediata.<sup>561</sup> Analogamente, na lição de FACHIN:

os princípios e as regras constitucionais se aplicam imediatamente nas relações interprivadas. O tom pelo qual tal aplicação se dá não pode reduzir a incidência formal constitucional. Conjugações e corolários de concretização podem, eventualmente infirmar o texto positivado. As coordenadas constitucionais só têm limite nos próprios princípios, não podendo, assim, a solução concreta da legislação infraconstitucional, especial ou ordinária, contratar essa diretiva.<sup>562</sup>

---

<sup>559</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 11.

<sup>560</sup> “As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se do mesmo modo que quaisquer outras normas, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 11.

<sup>561</sup> “Seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) de relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 11-12.

<sup>562</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 33-34.

Haja vista o exposto sobre a imperatividade do texto constitucional, não parece encontrar justificativa sua exceção justamente no tocante às normas consagradoras de direitos fundamentais. Nessa senda, escreve Joaquim de Sousa RIBEIRO:

Impregnada pela intencionalidade material de todo o direito, e comungando da pretensão de validade que é própria deste, a constituição coloca-se no cume do ordenamento jurídico, permeabilizando todo o sistema de normas e de actos com suas opções valorativas. Por isso mesmo, às disposições consagradoras de direitos e liberdades é reconhecido um imediato valor jurídico-positivo, num duplo sentido: não só a mediação legislativa não é pressuposto da sua aplicabilidade – vigoram, portanto, como direito operativo, mesmo na falta da lei –, como prevalecem sobre as normas ordinárias que as contrariam – pelo que atuam, se for caso disso, contra a lei. Isto é, a intervenção do legislador, não é estritamente necessária para dar eficácia na ordem jurídica real a esses preceitos constitucionais, como lhe está subordinada, devendo adequar-se ao seu conteúdo.<sup>563</sup>

Em face de uma interpretação que repudia a existência de “um conjunto de respostas prontas e acabadas a problemas que podem se pôr no futuro – pretensão das codificações civis – mas, sim, parte dos problemas concretos, buscando no sistema a melhor entre várias possíveis soluções”,<sup>564</sup> é razoável aduzir a *multifuncionalidade*<sup>565</sup> dos direitos fundamentais e existência de variedade de possibilidades de sua aplicação, inclusive, com e sem recurso à lei infraconstitucional.

---

<sup>563</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 10-11

<sup>564</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 102.

<sup>565</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 21. Esse aspecto não será verticalizado, servindo para sublinhar a abertura de possibilidades de leituras dos direitos fundamentais e da eficácia interpretada.

## PARTE II – PLANO DE SAÚDE, DIREITO FUNDAMENTAL E RELAÇÕES INTERPRIVADAS

A segunda parte do presente trabalho cuida da eficácia do direito fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde, objetivo central deste estudo, buscando versar sobre o tema à luz das idéias lançadas na primeira parte da dissertação.

Organiza-se em dois estágios bem delimitados. Em primeiro, são tratados conceitos atinentes ao campo dos planos de saúde, oferecendo-se esclarecimentos e indagações. Além disso, são analisadas a mercantilização da prestação da saúde e relações entre renda, iniquidade e acesso à saúde. Visa-se a, dessa maneira, analisar o contexto em que se inserem os contratos de assistência médica suplementar. Em segundo, levando em conta o que se expôs nessas etapas, intenta-se desenvolver-se o exame da eficácia do direito fundamental à saúde, procurando-se, na medida do possível, esboçar alguns contornos do *tratamento* jurídico dos contratos de saúde suplementar à luz da incidência do direito fundamental à saúde.

### 2.1 Contornos e formas da saúde suplementar no Brasil

Enveredou-se pelas intrincadas trilhas do Direito Civil contemporâneo. A premissa da análise à luz do concreto justifica indispensável visita ao campo da saúde. Trata-se de etapa igualmente útil e necessária ao adequado estudo dos *planos de saúde*. Sem desconhecer as possíveis diferenciações, destaque-se que esse termo foi adotado para designar as diversas modalidades de contratação (inclusive as designadas como seguro). De modo similar procedeu-se em relação ao termo “operadora de plano de saúde”. Essas medidas têm em vista a facilitação da comunicação, entretanto, encontra embasamento, igualmente, na constatação de que as diversas qualificações – ilustrativamente as mencionadas poucas linhas acima – constituem antes denominações para regimes jurídicos (e, portanto,

escolhas) do que categorias técnicas – recobertas com a capa protetora da verdade.<sup>566</sup>

Logo de início desponta a informação de que, no Brasil, os planos de saúde contam-se aos milhões. Com mais exatidão, ao tempo em que se lê este texto, ultrapassam a marca de cinquenta milhões.<sup>567</sup> A importância dessa modalidade contratual, entretanto, não está assentada em razões quantitativas. Serve o aspecto numérico, em realidade, para frisar o elemento qualitativo, a enfatizar a penetração dessa modalidade contratual de cuja relevância social emanam a justificativa e a necessidade de detido exame jurídico, bem assim tutela vigorosa.

Posteriormente enfocam-se paradoxos e contrastes. Sob o manto em que se entramam o público e o privado, a constituir intrincado<sup>568</sup> elo, os próximos capítulos procuram também apresentar alguma referência à saúde para além da fronteiras dos planos privados. Essa exposição se harmoniza com o valor essencial atribuído ao direito fundamental à saúde, bem como se coaduna com a visão ampliada, vale realçar, não estritamente técnica, que o estudo da saúde reclama.<sup>569</sup>

---

<sup>566</sup> Recorde-se a advertência de PERLINGIERI acerca do perigo de entender “que a interpretação da lei pode somente descobrir o seu sentido e atribuir às coisas os próprios nomes sem questionar sobre a sua legitimidade e, ainda mais, sobre a sua legitimação e a sua justificação, deixando assim coincidir, cada vez mais, as razões da lei com as razões do mais forte e, portanto, da economia e do mercado”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127. Nesse sentido, Mário SCHEFFER destaca que, com frequência, o setor dos planos de saúde tem adotado denominações equivocadas, inadequadas ou insuficientes para conceitos importantes como “plano de saúde”, “operadora de plano de saúde”, “beneficiário”. SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. p. 51-54.

<sup>567</sup> “Em setembro de 2008, a saúde suplementar contava com 40,8 milhões de beneficiários em planos de assistência médica e 10,4 milhões em planos exclusivamente odontológicos, totalizando 51,2 milhões de vínculos”. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: ANS, dez. 2008. p. 15. No Paraná os planos contam 2.042.350 e em Curitiba, 1.020.854. Obra citada, p. 33 (Tabela 1.2), p. 39 (Tabela 1.4). Comparativamente, em março do mesmo ano, havia no país 49.281.416 de planos de saúde. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 46.

<sup>568</sup> Aproveita-se a dupla acepção do termo a designar o que está entrelaçado, bem como a qualidade do que é difícil de entender, complicado.

<sup>569</sup> Em questão, a própria idéia, aclamada por PERLINGIERI, de que o direito não é simples técnica. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129. Em linha, José de Oliveira ASCENSÃO fala da necessidade de “dar segurança substantiva, em vez de mera segurança formal obtida por soluções legais taxativas”, defendendo uma *pedagogia da justiça material*. ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, n. 28, p. 77-92, out./dez. 2006. p. 91-92. Convergência várias perspectivas para destacar a importância ímpar atribuída à concretude.

### 2.1.1 A expressão “saúde suplementar”

Entende-se por “*saúde suplementar*” a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado (adiante objeto de análise), a *saúde suplementar* configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde.<sup>570</sup> Desse modo, entende-se que o atributo *suplementar* denota ser inarredável a prestação pelo Estado.<sup>571</sup>

À guisa de esclarecimento adicional, frisa-se que não figuram como prestação no âmbito da *saúde suplementar* os contratos de Direito Público ou convênios<sup>572</sup> entre hospitais ou serviços privados e o SUS, nem o atendimento mediante pagamento direto pelo paciente.<sup>573</sup>

Dessa maneira, parece ser possível propor-se uma diferenciação pautada no regime estabelecido pela Constituição Federal. Ao dispor, no art. 197,<sup>574</sup> que a

---

<sup>570</sup> A denominação subsistema é amplamente usada na doutrina. Assim: BAHIA, Ligia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v.13, n. 4, p. 1385-1397, set./out. 2008. ROSENBERG, Hemán; ANDERSSON, Bernt. Repensar la protección social en salud en América Latina y el Caribe. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 8, n. 1-2, p. 118-125, jul./ago. 2000. p. 121. CARLOS AZEVEDO, Antonio. La provisión de servicios de salud en Chile: aspectos históricos, dilemas y perspectivas. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, USP, v. 32, n. 2, p. 192-199, abr. 1998.

<sup>571</sup> “Com base na tipologia da OECD, a definição de suplementar confirma o caráter incremental do seguro em relação ao sistema nacional de saúde brasileiro constituído pelo Sistema Único de Saúde (SUS), cujo acesso é universal e integral”. SANTOS, Isabela Soares; UGA, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1431-1440, set./out. 2008. p. 1433. A OECD é a sigla da “*Organisation for Economic Co-operation and Development*”, ou Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (o denominação da entidade utiliza o inglês britânico).

<sup>572</sup> Haja vista que não se discute aqui a forma jurídica que adotam os acordos entre a Administração Pública e particulares para prestação de serviços de saúde para o SUS, limitou-se a transcrever a denominação adotada no art. 199, § 1º da Constituição Federal.

<sup>573</sup> O atendimento mediante remuneração direta é chamado coloquialmente de atendimento particular. Evitou-se essa denominação por razões óbvias.

<sup>574</sup> Na forma Constituição Federal, art. 197: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e

prestação da saúde poderá ter sua execução “feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de Direito Privado”, está a indicar que, o dever do Estado de materializar o direito à saúde não veda<sup>575</sup> a contratação de prestadores particulares pagos diretamente pela Administração Pública. De outra banda, fixa o texto constitucional, em seu art. 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”,<sup>576</sup> autorizando aos particulares a prestação remunerada da saúde, base para atuação dos planos de saúde.

Distingue-se, portanto, a prestação de serviços de saúde pública por intermédio de particulares e a prestação no âmbito da saúde suplementar. Nesse sentido, do ponto de vista da atividade regulatória, é uma aproximação razoável vincular a saúde suplementar à ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), e a prestação da saúde, de um modo geral, à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).<sup>577</sup>

---

controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

<sup>575</sup> A teor dos primeiros dois parágrafos do art. 199, da Constituição Federal: “§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”; § 2º “É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”

<sup>576</sup> Note-se que o primeiro sentido que se extrai do art. 199 da Constituição Federal não diz respeito ao princípio da livre iniciativa, sobre o que cabem alguns esclarecimentos. Em primeiro, observe-se incumbir ao Estado prestar os serviços e promover as ações de saúde, ao mesmo tempo em que a prestação particular é livre. Nesse contexto, na seara da saúde, *não* há que se falar em subsidiariedade da prestação estatal porque há garantia de “acesso universal e igualitário” (art. 196 da Constituição). Em segundo, livre iniciativa não afasta a regulamentação da prestação do serviço, especialmente em serviço de “relevância pública” – art. 197 do texto constitucional. Significa apenas que não há vedação a prestação por particulares e que se pode fixar parâmetros para a atividade.

<sup>577</sup> A distribuição de competências da ANS (Agência Nacional de Saúde) e da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) guarda correspondência, em certo sentido, com a subdivisão da saúde, no Brasil, nos subsetores público e privado. Na forma da Lei n.º 9.961/2000, que criou a ANS, trata-se de, art. 1º: “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”. Com efeito, estabelece o art. 3º do mesmo diploma que “a ANS terá por finalidade institucional 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”. Por sua vez, a Lei n.º 9.782/1999, a qual instituiu a ANVISA, define, em seu art. 6º, que: “a Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras”. Nesse diapasão, Paulo César Melo CUNHA exprime: “vale frisar que a ANS não regula todos os serviços de saúde (prestadores de serviços como médicos, hospitais, medicamentos), mas apenas a ponta do sistema, que lida com a comercialização de planos de saúde por pessoas jurídicas denominadas operadoras de planos de saúde”. CUNHA, Paulo César Melo. **Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. (Coleção Direito Regulatório). p. 91-92.

A nomenclatura “saúde suplementar” não é unânime havendo divergências. Segundo Mário SCHEFFER: “Além de saúde suplementar, também são comuns denominações: atenção médica supletiva, assistência médica complementar ou assistência médica suplementar”.<sup>578</sup> O termo “suplementar” foi apropriado pela legislação brasileira para denominar o campo em que florescem as relações concernentes aos planos de saúde (e seguros-saúde), vale realçar – sem pretensões de definir – contratos pelos quais uma pessoa jurídica recebe prestações mensais e, em contrapartida, assume a responsabilidade de remuneração de serviços de saúde consoante cobertura determinada em contrato<sup>579</sup> – ambulatorial, hospitalares, odontológica e obstetrícia.<sup>580</sup> Sua análise será feita a seguir, cuidando-se de aspectos como as modalidades jurídicas das operadoras de planos de saúde, a figura do plano-referência, o regime de co-participação e a cláusula de carência.<sup>581</sup>

## 2.1.2 Estruturação da saúde suplementar brasileira

### 2.1.2.1 *Modalidades jurídicas das operadoras de planos de saúde*

As operadoras de planos de saúde constituem entidades privadas que prestam com ou sem finalidade de lucro a intermediação e(ou) prestação de serviços

---

<sup>578</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. p. 49. BENETI e BENETI Filho sugeriram a opção “saúde particular” para significar: “prestação e cobertura econômica de serviços destinados individualmente à pessoa humana enquanto necessitada de cuidados médicos e de instrumental exigido pelo médico”. Justificam a denominação asseverando: “Prefere-se a expressão saúde particular, porque afasta a cogitação de todo o relevante campo reservado à saúde pública, consistente em serviços prestados em massa, sem destinatários-pacientes individuais, pelo Estado e entidades particulares, como os serviços relativos a saneamento, campanhas contra endemias, epidemias e semelhantes”. BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 313-336. p. 315.

<sup>579</sup> Com o que, evidentemente, não se celebra a sacralidade do contrato, eis que compõe o objeto desta pesquisa o exame de cláusulas abusivas por afronta à legislação infraconstitucional e constitucional.

<sup>580</sup> Faz-se alusão à segmentação prevista na Lei n.º 9.656/1998, art. 12. O teor desse dispositivo legal consta na nota n.º 598.

<sup>581</sup> A finalidade não é o estudo aprofundado dos temas, mas, tão-somente, oferecer subsídios a análises posteriores.

de saúde, em especial, diagnóstico e tratamento de doenças. Na definição estabelecida pelo art. 1º, inc. I da Lei n.º 9.656/98,<sup>582</sup> as operadoras de planos de saúde são pessoas jurídicas que realizam:

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.<sup>583</sup>

Esse texto normativo exige duas observações. Em primeiro, a indeterminação de prazo e de teto para os gastos mitiga a vinculação do plano de saúde ao contrato de seguro. Em segundo, permite a co-participação, ou seja, a modalidade de plano de saúde em que o contratante, no momento em que necessita se utilizar de serviços de saúde, deve colaborar com parte dos custos a serem arcados pela operadora (co-participa), sobre o que se volta a tratar, brevemente, infra.

Há elevado número de operadoras no país, totalizando mil setecentos e oitenta e cinco,<sup>584</sup> sendo que em nenhum estado da federação a quantidade de operadoras em atuação é inferior a cento e sessenta e sete.<sup>585</sup> A forma jurídica sob a qual se estruturam é variante, porém, em todas, devem ser qualificadas como *operadora de plano de saúde*<sup>586</sup> e submetida à Lei n.º 9.656/98. Nesse sentido, o

---

<sup>582</sup> Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.177-44/2001.

<sup>583</sup> Analogamente, na redação original do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.656/98, combinado com art. 1º, § 1º, inc. I, desse diploma, estipulava-se que as operadoras são pessoas jurídicas que “operam planos ou seguros privados de assistência à saúde”. A redação original da Lei dos Planos de Saúde foi transcrita nos Anexos.

<sup>584</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: ANS, dez. 2008. p. 75. Tabela 2.2. No caderno anterior, apontava-se que as operadoras eram 1.599 e que cada estado da federação possui ao menos 123 (cento e vinte e três) operadoras em atuação. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 15. Esclareça-se que o total de operadoras de planos de saúde, apontado no corpo do texto, inclui as operadoras com e sem beneficiários, sejam novas, ainda sem início da atividade, sejam em fase de extinção.

<sup>585</sup> O Acre é o estado da federação com menor número de operadoras e São Paulo com o maior: 6,6 vezes mais.

<sup>586</sup> Sobre a saúde suplementar TEPEDINO preconiza que a “atuação se dá através de três espécies de operadoras: a) empresas de medicina de grupo, que asseguram atendimento médico através de equipe profissional própria ou credenciada; b) as cooperativas de serviços médicos organizadas pelos próprios profissionais da saúde, que poderão também contar com médicos credenciados; c) as empresas seguradoras que, mediante contrato de seguro, reembolsam os

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), em obra publicada em 2007, destaca quatro modalidades ou formatações principais das entidades que atuam na atividade: a) medicina de grupo, b) seguro de saúde, c) cooperativa médica; d) autogestão.

Operam na modalidade medicina de grupo as empresas que oferecem planos de saúde, abertamente, no mercado, prestando serviços médicos em “unidades próprias, em que os profissionais de saúde são empregados da empresa de medicina de grupo, ou através de unidades credenciadas por esta”.<sup>587</sup> Segundo o CONASS, o seguro saúde se difere pela pré-definição do valor de reembolso.<sup>588</sup> A cooperativa médica diferencia-se pelo tipo societário (cooperativo).<sup>589</sup> Por sua vez, a autogestão se diferencia pela ausência de oferta ao mercado, sendo adotada por empresas como instrumento de incentivo aos empregados, bem como por associações e fundações.

Não obstante, as variadas modalidades, prevê a Lei n.º 9.656/98, em seu art. 1º, § 2º, que se subordinam a esse diploma “entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração”, se operam “Plano Privado de Assistência à Saúde” – segundo a definição do art. 1º, inc. I, ou quando operem os produtos descrito no art. 1º, § 1º.<sup>590</sup> Por conseguinte, verifica-se que a aplicação da Lei n.º 9.656/98 prescinde da

---

segurados pelas despesas médicas e hospitalares, segundo limites estabelecidos na apólice. As duas primeiras espécies organizam os chamados planos de saúde, enquanto a terceira oferece os seguros de saúde, ou seguros-saúde”. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica brasileira na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, Arruda *et al.* **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. Escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003. p. 291-314. p. 302.

<sup>587</sup> BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 23.

<sup>588</sup> BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 24. Essa distinção, entretanto, deve ser tomada com cautela para que não seja entendida como uma aproximação entre os planos de saúde e as normas de Direito Securitário.

<sup>589</sup> Sua forma jurídica é disciplinada pelo Código Civil, art. 1.093 e seguintes e pela Lei n.º 5.764/71.

<sup>590</sup> Lei n.º 9.656/98, art. 1º, § 1º, na redação dada pela Medida Provisória n.º 2.177-44/2001: “Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais”.

finalidade lucrativa da atividade (caso das entidades filantrópicas) ou da oferta ao público geral (como a modalidade de autogestão).<sup>591</sup>

Além disso, a jurisprudência já se posicionou pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de planos de saúde, independentemente da estrutura jurídica adotada pela operadora (inclusive autogestão e associação sem fins lucrativos).<sup>592</sup> Nesse linha, no recurso especial n.º 254.467, o Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr. expressou a compreensão de que não pode ser acolhida a cláusula limitativa de tempo de internação; o que não é afastado pela forma de constituição da operadora. Ressaltou, nesse passo, que:

a forma assumida pela empresa que se dispõe a oferecer planos de saúde a seus clientes, sejam estes chamados de contribuintes, associados, beneficiários, ou outro nome que tenham, não a dispensa da exigência de oferecer, em contraprestação ao pagamento das mensalidades, o mínimo de segurança que a própria lei hoje prevê.<sup>593</sup>

No mesmo sentido, no recurso especial n.º 519.310, a Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI considerou que “é irrelevante o fato de a recorrida ser uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico para o fim de ser considerada fornecedora de serviços e regida pelo CDC”.<sup>594</sup> Nos tribunais estaduais,

---

<sup>591</sup> Nesse sentido: CUNHA, Paulo César Melo. **Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. (Coleção Direito Regulatório). p. 86.

<sup>592</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 768.118/SC. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 11/03/2008. DJe: 30/04/2008. No TRF2ª entendeu-se pela aplicação em face da Caixa de Assistência dos Advogados: “a alegação da parte ré de não se submeter aos ditames da Lei 9.656/98 por ser uma pessoa jurídica de direito público, não merece respaldo, eis que em se tratando de relação consumerista, não interessa ser a mesma empresa direito privado ou público, devendo responder nos termos do art. 2º e 3º, § 2º da Lei 8.078/90”. 2ª. REGIÃO. TRF2ª. Reexame necessário em Mandado de Segurança n.º 2005.51.02.006467-2. 8ª. Turma Especializada. Rel.: Poul Erik DYRLUND. Julgamento: 10/04/2007.

<sup>593</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 254467/SP. 4ª. Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr. Julgamento: 19/10/2000. DJ: 05/03/2001. Entendimento reiterado em: BRASIL. STJ. RESP n.º 267530 /SP. 4ª. Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr. Julgamento: 14/12/2000. DJ: 12/03/2001. Aldir PASSARINHO Jr. anotou em sentido similar: “assiste razão aos recorrentes no tocante à caracterização da relação de consumo, que decorre da natureza da operação – no caso, o fornecimento de serviços – e não da natureza jurídica da entidade que presta os mesmos”. BRASIL. STJ. RESP n.º 469911/SP. 4ª. Turma. Rel.: Min. Aldir PASSARINHO Jr. Julgamento: 12/02/2008. DJ: 10/03/2008.

<sup>594</sup> “Conforme previsto em seu estatuto como objetivo social, a recorrida confere aos seus associados, entre outros benefícios, assistência médica, hospitalar, odontológica e jurídica. E, como contraprestação pelos serviços que presta, recebe de seus associados contribuições que, conforme afirmou, são revertidas integralmente em benefícios. Assim, a relação estatutária existente entre a recorrida e seus associados não interfere no seu enquadramento como fornecedora de serviços, observados os critérios objetivos traçados pelo art. 3.º, *caput*, do CDC. Ainda que os serviços sejam prestados conforme prevê o estatuto da recorrida, consigne-se que as despesas advindas dessa atividade são cobertas por remuneração feita a título de contribuição, o que reforça o caráter de relação de consumo”. BRASIL. STJ. RESP n.º 519310/SP. 3ª. Turma. Rel.: Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 20/04/2004. DJ: 24/05/2004.

a tentativa de mitigar a tutela ao contratante, sob a argumentação de determinada forma jurídica, é recorrente, assim como sua rejeição pelos julgadores.<sup>595</sup> Desse modo, parece adequado o entendimento de que “toda e qualquer Operadora de Plano de Assistência à Saúde se submete à Lei dos Planos de Saúde. Exegese do art. 1º, II, da Lei n. 9.656/1998”.<sup>596</sup>

---

<sup>595</sup> “Mesmo oferecendo os serviços de assistência à saúde tão-somente aos funcionários do Banco do Brasil S.A., aposentados e membros da diretoria na qualidade de associados temporários, a relação é de consumo entre as partes contratantes”. DISTRITO FEDERAL. TJDF. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelação Cível no Juizado Especial n.º 2007.01.1.029170-2. Rel.: Fábio Eduardo MARQUES. Julgamento: 15/04/2008. DJ: 23/05/2008. Em outro julgado, a menção aos planos de saúde foi tomada como paradigmática no tocante à possibilidade de aplicação da legislação de proteção ao consumidor: “malgrado a natureza jurídica da Associação e objeto de caráter recreativo e social, sem fins lucrativos, ao empreender atividade de administração de cartão de crédito, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor, pois nitidamente atua como prestadora de serviço ao associado, atuando como financeira na hipótese vertente, a exemplo do plano de saúde, dentre outros serviços, independentemente da contraprestação pecuniária específica”. DISTRITO FEDERAL. TJDF. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelação cível no Juizado Especial n.º 2007.01.1.072654-5. Rel.: Donizeti APARECIDO DA SILVA. Julgamento: 15/04/2008. Entendendo pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor na modalidade autogestão: DISTRITO FEDERAL. TJDF. 3ª Turma Cível. Apelação Cível n.º 20060110089245-5. Rel.: Nídia Corrêa LIMA. Julgamento: 05/03/2008. DJ: 17/03/2008; PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 0349050-4. 8ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Jorge de Oliveira VARGAS. Julgamento: 28/09/2006; RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 2ª Turma Recursal Cível. Rel.: Des. Luiz Antônio Alves CAPRA. Apelação Cível / Recurso cível n.º 71000533737. Julgamento: 17/11/2004. Nesse último caso, entendeu-se que, por força da aplicação das regras de direito do consumidor, pela inversão do ônus da prova, incumbindo à operadora provar que não se tratava de emergência e que, portanto, não deveria ser pago o atendimento. Julgamento: 18/08/2004. Em caso idêntico, decidiu-se em relação à associação. DISTRITO FEDERAL. TJDF. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelação cível no Juizado Especial n.º 2007.01.1.014774-8. Rel.: Esdras NEVES. Julgamento: 23/09/2008. Pela aplicação da legislação à entidade beneficente que opera plano de saúde: SÃO PAULO. TJSP. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Caetano LAGRASTA. Apelação Cível n.º 2016094000. Registro: 17/08/2005. Há, entretanto, julgados entendendo que é inaplicável o CDC quando “O serviço da recorrente não é para o mercado. É para os sócios”. SÃO PAULO. TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Evaldo Veríssimo MONTEIRO. Apelação Cível n.º 1110294100. Registro: 01/02/2001.

<sup>596</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 5ª Turma Cível. Rel.: Des. Paulo Sérgio SCARPARO. Apelação Cível n.º 70023902919. Julgamento: 22/08/2008. DJ: 29/08/2008. Determinando a aplicação do CDC em relação entabulada com a Caixa de Assistência do Banco do Brasil: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 6ª Turma Cível. Rel.: Des. José Conrado de SOUZA Júnior. Apelação Cível n.º 70005002225. Julgamento: 17/11/2004. Fernando NORONHA por sua vez considera pacificado que as cooperativas podem figurar como fornecedores na relação de consumo. Com efeito, preocupa-se em explorar outra questão interessante, qual seja, se os próprios cooperados ao contratarem com a cooperativa (o mesmo objeto que seus clientes) podem ser considerados consumidores, ao que responde positivamente, na falta de qualquer objeção legal. NORONHA, Fernando. Os fornecedores no CDC e algumas categorias controversas: empresários rurais, profissionais liberais e sociedades cooperativas. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e Processo: Estudos em Homenagem ao Des. Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 129-153. p. 151.

### 2.1.2.2 *Plano-referência*

A Lei n.º 9.656/98 estabeleceu o *plano-referência* que define a cobertura mínima exigida para os contratos de planos de saúde.<sup>597</sup> Ademais, estabeleceu a possibilidade de oferta de quatro *produtos* complementares: a) atendimento ambulatorial, b) internação hospitalar, c) atendimento obstétrico e d) atendimento odontológico, fixando os serviços que obrigatoriamente devem estar incluídos nessas modalidades.<sup>598</sup>

---

<sup>597</sup> Em sua redação atual, a Lei n.º 9.656/98, art. 10, dispõe: “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 enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”.

<sup>598</sup> De acordo com o texto vigente, a Lei n.º 9.656/98, art. 12, define: “São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos; III - quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; IV - quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral [...]”.

Essa medida, ao traçar contornos mais claros do conteúdo dos produtos oferecidos pelas operadoras de planos de saúde, favoreceu a concorrência ao reforçar a possibilidade de comparação pelo consumidor. Em sentido crítico, entretanto, é preciso observar que tais linhas nem sempre são tão claras ao consumidor. Igualmente, cabe assinalar que as doenças não conhecem barreiras contratuais ao passo que se fragmentam os planos, potencialmente dificultando a continuidade dos tratamentos.<sup>599</sup>

### 2.1.2.3 *Contratos novos e antigos*

A jurisprudência, com razoável habitualidade, exprime a compreensão de que a Lei n.º 9.656/1998 não atinge os contratos anteriores a sua vigência, inclusive quanto aos efeitos ainda não produzidos. Sob essa ótica, segmentou-se o regime jurídico dos planos de saúde entre “novos” e “antigos”, segundo estejam ou não subordinados aos ditames da Lei n.º 9.656/1998, que regulou o setor.<sup>600</sup> Em consonância, o Portal da ANS na Internet informa que “todos os contratos celebrados a partir de 1º de janeiro de 1999 têm que ter registro na ANS e estão totalmente sujeitos à nova legislação”.<sup>601</sup>

---

<sup>599</sup> “A seguir citamos alguns fatores que podem romper ou fragmentar a linha de cuidado: [...] A segmentação dos planos (plano hospitalar, plano ambulatorial, plano obstétrico, plano odontológico), ou a contratação de um plano com cobertura limitada. A segmentação por si só pressupõe a interrupção da linha do cuidado, pois os planos segmentados resultam no parcelamento do cuidado. No plano ambulatorial, as consultas de urgência, mesmo quando necessárias, não são seguidas da internação, tornando novamente o usuário responsável por encontrar a solução para seus problemas”. MALTA, Deborah Carvalho *et al.* *Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 2, p. 433-444, 2004. p. 442.

<sup>600</sup> OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; Simone de Souza, CARDOSO. **Texto para Discussão n. 1232.** Uma descrição do comportamento dos preços dos planos de assistência à saúde – 2001-2005. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 2006. p. 10.

<sup>601</sup> ANS. **Entenda o setor.** Planos quanto à data de assinatura. Online em: <[http://www.ans.gov.br/portal/site/entenda\\_setor/entenda\\_setor\\_topico\\_646.asp](http://www.ans.gov.br/portal/site/entenda_setor/entenda_setor_topico_646.asp)>. Acesso em: 13/05/2008. De modo similar, lê-se: “Planos antigos: são aqueles cujos contratos foram celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, valendo, portanto, o que está estabelecido em contrato”. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar.** Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: ANS, dez. 2008. p. 8. Igual informação já constava em: ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar.** Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 115.

O art. 36 da Lei n.º 9.656/98, publicada em 04/06/1998,<sup>602</sup> dispõe que: “esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação”, o que poderia induzir a impressão de que o período de *vacatio legis* teria por termo final 01/09/1998. As alterações promovidas por medidas provisórias, esclarece GREGORI,<sup>603</sup> conduziram ao marco de 01/01/1999, apontado pela ANS. Assim, de acordo com esta agência reguladora, em março de 2008, os *planos novos* somavam 36.180.441 (cerca de trinta e seis milhões) e os *contratos antigos* totalizavam 13.100.975 (aproximadamente treze milhões).<sup>604</sup>

A negação da incidência da Lei dos Planos de Saúde preconizada pela própria ANS e amparada em vários julgados não deve ser tomada como absoluta. Haja vista a separação entre os planos da validade e da existência,<sup>605</sup> deve-se contrapor à distinção entre contratos “novos” e “antigos” a outra, a saber, entre os atos já produzidos e os efeitos futuros do contrato. Sem aprofundar o tema, mas para problematizar as categorias contratos “novos” e contratos “antigos”, é possível cogitar que a incidência da Lei dos Planos de Saúde aos contratos anteriores sem que isso implique ofensa ao direito adquirido.<sup>606</sup> É discussão que deve ser

---

<sup>602</sup> BRASIL. **Diário Oficial da União**. Brasília: Imprensa Oficial, p. 1, coluna 1. Corresponde à conversão em lei do Projeto de Lei (do Senado) de n.º 93/1993.

<sup>603</sup> GREGORI, Stella Maria. **Planos de Saúde**. A ótica de proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007. (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 31). p. 141-142.

<sup>604</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. Tabela 1.2. Beneficiários de planos de saúde por cobertura assistencial, época e tipo de contratação do plano, segundo Grandes Regiões e Unidades da Federação (Brasil - março/2008), p. 53. Comparativamente em 2006, os planos novos eram 30.089.215 e os antigos 14.614.920. ANS. **ANS Informação 2007**. Rio de Janeiro: ANS, 2007.

<sup>605</sup> Recorde-se: “Ser, valer e ser eficaz são situações distintas, com conseqüências específicas e inconfundíveis cada uma, e assim precisam ser tratadas”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105.

<sup>606</sup> Acolhe-se a posição segundo a qual a lei, ao menos em certos aspectos, atinge os contratos anteriores a sua vigência – quanto aos efeitos não produzidos. Ao mesmo tempo, admite-se ser possível identificar previsão legislativa em sentido parcialmente diverso (nota de rodapé seguinte), bem como, não se está a ignorar ser problemático, em alguns casos, estabelecer o que é efeito futuro e atos concluídos.

examinada à luz do ordenamento,<sup>607</sup> da jurisprudência,<sup>608</sup> e da doutrina,<sup>609</sup> havendo que se tomar a cautela de não adotar a nomenclatura retroatividade, porque não se propõe que a Lei dos Planos de Saúde balize efeitos dos atos concluídos antes a sua vigência.<sup>610</sup>

---

<sup>607</sup> O tema não é de resolução simples. Entre os dispositivos a considerar, destacam-se a redação original do art. 35 da Lei n.º 9.656/98: “Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei. § 1º No prazo de até noventa dias a partir da obtenção da autorização de funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com seus consumidores. § 2º A adaptação dos contratos a que se refere o parágrafo anterior não implica prejuízo ao consumidor no que concerne à contagem dos períodos de carência, dos prazos para atendimento de doenças preexistentes e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados os limites de cobertura previstos no contrato original”; a redação vigente, do art. 35 da Lei n.º 9.656/98, estabelecida pela Medida Provisória n.º 2.177-44, de 2001, procurou tornar facultativa ao aderente a adaptação e o art. 10, §2º o qual determinou que as operadoras “oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a **todos os seus atuais e futuros consumidores**”. Grifou-se. Tais dispositivos revelam que ainda que se admita a incidência de partes da Lei dos Planos de Saúde, a cobertura mínima é determinada a todos contratos, tanto “novos” como “antigos”. Com efeito, há julgados que entendem que “a lei não retroage” (frisa-se: a incidência quanto aos fatos futuros não se confunde com retroatividade), mas que a lei incide para limitar reajuste. Cite: MINAS GERAIS. TJMG. 12ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 1.0024.04.395760-4/001. Rel.: José Flávio de ALMEIDA. Julgamento: 06/09/2006. DJ: 30/09/2006. Recorde-se ainda a Portaria n.º 3, de 19/03/1998, editada pela Secretaria de Direito Econômico, a qual estabeleceu “CONSIDERANDO que o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, é de tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta forma a sua complementação; CONSIDERANDO o disposto no artigo 56 do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, que regulamentou a Lei n. 8.078/90, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 deste Decreto, bem assim promover a educação e a informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com a melhoria, transparência, harmonia, equilíbrio e boa-fé nas relações de consumo, e CONSIDERANDO que decisões administrativas de diversos PROCONs, entendimentos dos Ministérios Públicos ou decisões judiciais pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve: Divulgar, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei n. 8.078/90, e do art. 22 do Decreto n. 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito: 1. Determinem aumentos de prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados anteriormente à Lei 9.656/98, por mudanças de faixas etárias sem previsão expressa e definida; 2. Imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica”. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Portaria n.º 3**. 19/03/1998. Na jurisprudência sua aplicação tem sido adotada esporadicamente: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2004.001.01308. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Roberto de Abreu e SILVA. Julgamento: 13/04/2004.

<sup>608</sup> Opondo-se à aplicação da Lei n.º 9.656/98 aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor a jurisprudência tem mencionado em especial a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Veja-se principalmente o posicionamento exposto na ADI-MC n.º 1931/DF, amplamente seguida pelos tribunais nacionais: BRASIL. STF. ADI-MC n.º 1931/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício CORRÊA. Julgamento: 21/08/2003. DJ: 28/05/2004. Nesse julgamento, entendeu-se que “os

#### 2.1.2.4 *Contratos coletivos e contratos individuais ou familiares*

Além da divisão entre planos novos e antigos, observa-se freqüentemente diversidade de efeitos diante da segmentação entre os planos de saúde segundo o tipo de contratante. Os contratos celebrados por pessoa jurídica são ditos coletivos, distinguindo-se dos planos contratados “por pessoa física para o titular do contrato

---

contratos [de planos de saúde] assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação do direito adquirido e ato jurídico perfeito, garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF. artigo 5º, inciso XXXVI)”. Item 55 do voto do relator. Tal posicionamento tem sido citado como consagrador da distinção entre contratos novos e antigos, não obstante, tenha sido expressamente ressalvado no acórdão que não se estava nem examinando a adequação de certas cláusulas em termos concretos, nem a incidência por meio do CDC, conforme discussão travada à fl. 400 do acórdão. Em sentido diverso, três linhas argumentativas têm sido adotadas em favor da incidência da lei dos planos de saúde aos contratos anteriores a sua vigência: a) haver renovação anual dos contratos de plano de saúde; b) tratar-se de norma de ordem pública; e de modo mais usual c) faltar a comprovação de ter sido oportunizado, ao consumidor, a adaptação. Acompanhando o **primeiro fundamento**: MINAS GERAIS. TJMG. 12ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 1.0024.04.395760-4/001. Rel.: José Flávio de ALMEIDA. Julgamento: 06/09/2006. DJ: 30/09/2006; MINAS GERAIS. TJMG. 12ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2.0000.00.506936-9/000(1). Rel.: Alvimar de ÁVILA. Julgamento: 21/09/2005. DJ: 22/10/2005; RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2006.005539-5. 2ª Câmara Cível. Rel.: Cláudio SANTOS. Julgamento: 19/12/2006. Nesse último, entendeu-se que por ser matéria de ordem pública, com a renovação anual passa a ser aplicável a Lei n.º 9.656/98. Amparando o **segundo embasamento**, a saber, a natureza de ordem pública, no TRF2ª, decidiu-se: “a circunstância da avença ser pretérita à legislação de regência dos planos de saúde, em nada altera a solução oferecida, pois como sabido, há incidência imediata, nas relações de trato sucessivo, como in casu, de legislação de ordem pública”. 2ª. REGIÃO. TRF2ª. Reexame necessário em Mandado de Segurança n.º 2005.51.02.006467-2. 8ª. Turma Especializada. Rel.: Poul Erik DYRLUND. Julgamento: 10/04/2007. Essa segunda linha de fundamentação é habitualmente adotada para fazer incidir o CDC, mas, curiosamente, em diversos julgados, admite-se sua aplicação para aplicar o CDC, porém não a Lei dos Planos de Saúde (o que em parte é explicado pelas várias versões dessa lei e alguns de seus dispositivos). Adotando tal posição paradoxal: BRASIL. STJ. RESP n.º 735.168. DJ: 26/03/2008. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 11/03/2008. DJ: 26/03/2008. No mesmo sentido: BRASIL. STJ. RESP n.º 1.011.331. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 17/04/2008. DJe: 30/04/2008. Surpreende que a mesma Min.ª Nancy ANDRIGHI em outro julgamento delineie, adequadamente, que: “mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98)”. BRASIL. STJ. RESP n.º 809329/RJ. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. 3ª. Turma. Julgamento: 25/03/2008. DJ: 11/04/2008. O mesmo recurso faz menção à posição de que a norma de ordem pública tem eficácia imediata. Retroagindo o CDC para afirmar a abusividade de exclusão da AIDS, sem aplicar porém a Lei n.º 9.656/98: BRASIL. STJ. RESP n.º 244.847. Rel.: Min. Antônio de PÁDUA RIBEIRO. Julgamento: 19/05/2005 DJ: 20/06/2005. Defendendo a incidência da lei dos planos de saúde, quanto aos efeitos futuros dos contratos pretéritos: BRASIL. STJ. RESP n.º 889.406. Rel.: Min. Massami UYEDA. Julgamento: 20/11/2007. DJe: 17/03/2008. Contraditoriamente, reconhecendo a natureza de ordem pública, porém, negando a “retroatividade” [sic] da Lei dos Planos de Saúde também: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70005216064. Rel.: Des. Antonio Guilherme Tanger JARDIM. Julgamento: 18/12/2002. Entendendo pela aplicação da lei dos planos de saúde quanto aos efeitos não produzidos de contratos posteriores a sua entrada em vigor, amparando-se no **terceiro fundamento**, a saber, a falta de oportunização de migração ou adaptação, determinada pela Lei n.º 9.656/98, cujo ônus tem sido considerado da operadora: BRASIL. STJ. RESP n.º 668.216. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO. Julgamento: 15/03/2007. DJ: 02/04/2007. Considerou-se ainda que

(plano individual) ou para o titular e seus dependentes (plano familiar)".<sup>611</sup> Segundo a ANS, em 2008, três quartos dos beneficiários de planos de saúde no país, estão em plano coletivo.<sup>612</sup> Em números absolutos, correspondem, em março de 2008, a 28.916.290 de usuários, ou seja, quase vinte e nove milhões, dos quais 6.899.970, isto é, aproximadamente sete milhões, são de planos "antigos".<sup>613</sup>

Nessa modalidade contratual é freqüente que haja pagamento parcial ou integral pelo empregador, o que é, habitualmente, visto pelo empregado como um

---

sequer caberia o exame em sede de especial por força da súmula 7. Pela aplicabilidade da Lei n.º 9.656/98, diante da ausência da demonstração de oportunidade de adaptação também: MINAS GERAIS. TJMG. 14ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 1.0145.05.276526-3/001(1). Rel.: Elias CAMILO. Julgamento: 23/04/2008. DJ: 30/05/2008. MINAS GERAIS. TJMG. 4ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2.0000.00.467029-9/000(1) (ou n.º 467.029-9). Rel.: Nilo LACERDA. Julgamento: 24/11/2004. DJ: 14/12/2004. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.57161. 1ª Câmara Cível. Rel.: Vera Maria Soares Van HOMBEECK. Julgamento: 16/10/2008. DJ: 14/10/2008; SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 2008200490. Rel.: Des. Clara Leite de REZENDE. Julgamento: 17/06/2008. SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 4857/2008. Acórdão n.º 7752/2008. Rel.: Des. Clara Leite de REZENDE. Julgamento: 14/10/2008. Discussão análoga tem sido travada no que tange à aplicabilidade do Estatuto do Idoso. Confira-se o RESP n.º 809329/RJ, citado acima nessa nota. Há ainda o posicionamento de que a Lei n.º 9.656/98 não pode incidir sobre os contratos anteriores a sua vigência, mas inspira sua interpretação. Nesse diapasão, considerou-se "a legislação hoje em vigor (Lei n.º 9.656/98), que não se aplica ao contrato antes celebrado, mas que serve de boa orientação para interpretá-lo". BRASIL. STJ. RESP n.º 242.550/SP. Rel. para acórdão: Min. Aldir PASSARINHO Júnior. Julgamento: 02/03/2000. DJ: 18/02/2002. Voto Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr. Essa fundamentação se, por um lado, pode parecer mais comedida, de outra banda enseja que tal inspiração derivada da Lei n.º 9.656/98, faça-se ainda em contratos a ela anteriores.

<sup>609</sup> Expõe Paulo LÔBO: "O dirigismo legislativo não se satisfaz com situações futuras, podendo atingir contratos em curso de execução ou de execução sucessiva, sob o calor do predomínio da ordem pública que afasta, quando expressamente previsto, a garantia constitucional de irretroatividade das leis e do direito adquirido. Essa tendência é típica do Estado Social. Nestes casos podem ocorrer formas de enxerto ou de amputação de condições contratuais em curso de execução. Esta é uma área de difícil compatibilidade: a garantia do ato jurídico perfeito diante da lei nova, de retroatividade expressa considerada de ordem pública, a que se devem render os interesses sociais". LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo Contratual*. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 52, ano 14, p. 64-78, abr./jun. 1990. p. 70. Analogamente, o magistério de Luiz Edson FACHIN, ao justificar o enunciado n.º 260 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "somente as condições de validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do novo Código obedecem ao disposto nas leis anteriores, conforme expressamente determina a regra de direito intertemporal do caput do art. 2.035 do CCB. É aplicação do princípio que resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (nos termos da segunda parte do art. 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil). Não obstante, segundo o mesmo preceito (caput do art. 2.035), os efeitos produzidos após a vigência do novo Código Civil subordinam-se às normas deste". CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJF, 2005. p. 364. Tais ensinamentos já foram trazidos em outro texto. Aplicando a distinção entre existência e validade, bem como entre retroatividade e aplicação da lei aos atos ainda não produzidos ao tempo de sua entrada em vigor no âmbito dos planos de saúde para fazer incidir a lei em contrato anterior a sua vigência: NERY Jr., Nelson. Planos de Saúde e Contrato de Prestação de Serviços Médico-Hospitalares. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 873, ano 97, p. 75-97, jul. 2008.

<sup>610</sup> Em parecer sobre a aplicação de nova disposição sobre reembolso ao contrato de seguro-saúde em curso, explanou Orlando GOMES: "quando uma lei defronta situações que têm duração, determinada ou indeterminada, é preciso saber se tem aplicação quanto aos efeitos já produzidos e quanto aos que ainda não se produziram. Em relação a estes, o problema não é de retroatividade,

privilégio.<sup>614</sup> No tocante ao regime jurídico, os planos coletivos revelam-se, usualmente, mais vantajosos às operadoras de planos de saúde, haja vista que se tem admitido sua rescisão unilateral e maior liberdade de reajuste, como aponta o Conselho Regional de Medicina de São Paulo.<sup>615</sup> Desprezando outros aspectos da *contratualidade*, a ANS “apregoa que nos contratos coletivos ocorre negociação entre duas pessoas jurídicas, com suposta paridade de forças, não sendo, portanto, necessária a sua atuação”.<sup>616</sup> Outrossim, sob o prisma atuarial, permitem maior

---

mas, sim, de **efeito imediato da lei**”. GOMES, Orlando. Seguro-Saúde - Regime Jurídico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 76, ano XVII, p. 249-258, out./dez. 1985. p. 253.

<sup>611</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 20.

<sup>612</sup> Em números mais precisos: 74,9% (setenta e quatro e nove décimos por cento) ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 13. Um pouco abaixo da média nacional, no Paraná, os planos coletivos totalizam 1.759.040, de um total já mencionado de 2.455.144, ou seja, 71,65%. Em Curitiba, os planos coletivos são 74,3% entre os “planos novos” e 58,7% entre os planos antigos. Os números do Paraná foram obtidos por meio de cálculos que tomaram por base as informações constantes nas tabelas tabela 1.3 do “Caderno de Informações da Saúde Suplementar”. Obra citada, respectivamente, p. 54, 63 e 65.

<sup>613</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 45. Tabela 1.1. Conforme a mesma tabela, em dezembro de 2004 contavam-se apenas 22.109.633 de beneficiários de planos de saúde coletivos e em dezembro de 2000, 10.883.444. Ligia BAHIA, Antonio José Leal COSTA, Cristiano FERNANDES, Ronir Raggio LUIZ e Maria de Lourdes T. CAVALCANTI, apreciando dados de 1998, assinalam “o predomínio dos planos empresariais (60%) financiados integral ou parcialmente pelo empregador em relação aos individuais (40% do total), estes integralmente custeados pelas famílias”. BAHIA, Ligia *et al.* Segmentação da demanda dos planos e seguros privados de saúde: uma análise das informações da PNAD/98. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 4, p. 671-686, 2002. p. 674.

<sup>614</sup> Segundo DAIN: “A grande maioria dos planos de saúde no Brasil corresponde hoje a salários indiretos dos trabalhadores, com recursos alocados pelas empresas na categoria de custos operacionais. Isso explica o fato de que 70% dos contratos de planos de saúde sejam coletivos”. DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1851-1864, nov. 2007. p. 1860. Para SCHEFFER, os planos coletivos são mais vantajosos pela diluição de riscos, o qual se apresenta concentrado nos contratos individuais: “Os planos coletivos, apesar de corresponderem a mais de 70% do mercado, são levados com menos frequência aos tribunais. Apresentados pelas empresas como ‘benefício’ ou como ‘salário indireto’, geralmente pressupõem uma diluição do risco entre os beneficiários, que leva a cálculos de custos per capita e à definição de coberturas”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**, Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 238.

<sup>615</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 10. Na contracapa, constam os autores da obra porém não há a devida correspondência com os artigos impossibilitando indicação mais completa.

<sup>616</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 11. No entanto, ao avaliar suas prioridades, a ANS salientou haver uma gradação no poder de barganha nos planos coletivos, sublinhando que entre os usuários, destacam-

diluição dos riscos. Em congruência, os planos coletivos prevalecem em todos os tipos de operadoras de planos de saúde<sup>617</sup> e a tendência do mercado é a concentração nos planos coletivos. “Dependendo da operadora escolhida, não há mais a opção do contrato individual”.<sup>618</sup>

Oferecendo relevante contraposição, o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que examinou o setor de saúde suplementar, ou como denominou a mídia, a “CPI dos Planos de Saúde” sugeriu, no que tange às correções à Lei n.º 9.656/98: “a.2) Alteração do §1º, do art. 1º, de forma a corrigir uma omissão do texto em vigor que embasa uma suposta não competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar para fiscalizar planos de saúde coletivos”.<sup>619</sup>

Com efeito, o tratamento jurídico dos planos coletivos é objeto de relevante controvérsia. Importante destacar, nesse sentido, a aplicação do CDC mesmo nas hipóteses de contrato coletivo. Ilustrativa a discussão travada no recurso especial n.º 889.406, em que esteve em questão analisar a legitimidade de resilição unilateral de contrato do vínculo de ex-empregado, após o decurso de certo prazo efetuando os pagamentos por suas próprias expensas. Na atenta posição de Hélió Quaglia BARBOSA:

---

se “Os de planos coletivos por adesão, que também arcam com a totalidade dos custos, detêm baixa, ou no máximo média, capacidade de negociação com as operadoras, estando quase tão expostos às práticas abusivas quanto os usuários de planos individuais”. ANS. **O Impacto da Regulamentação no Setor de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001. (Série ANS n. 1). p. 37. Além desse, foram apontados outros três grupos: usuários de planos individuais, planos coletivos pagos parcialmente pelo empregador e integralmente pagos pelo empregador. Sobre esses dois últimos, identificados com maior poder de barganha, é preciso enfatizar que a possibilidade de obter preços mais baixos não garante haver igual poder no momento de exigir o cumprimento do contrato.

<sup>617</sup> CALLEGARI, Desiré Carlos; LAZZARINI, Marilena. Introdução. In: AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 5.

<sup>618</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 9. Em texto denominado “Os planos individuais irão desaparecer e os “falsos” planos coletivos são uma ameaça aos usuários”: “na tabela de preços de abril de 2007 da Medial Saúde. A mensalidade do plano individual mais completo desta operadora (Diamante III), para pessoas com até 18 anos, é de R\$ 767,75, enquanto que no plano coletivo o valor cai para R\$ 351,17. Ou seja, o plano individual, neste caso, chega a custar mais que o dobro do preço do coletivo”. AZEVEDO Júnior, Renato. Obra citada, p. 9.

<sup>619</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final - Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde**. Brasília: Câmara dos Deputados, nov. 2003. p. 196.

afinal de contas, conquanto o contrato venha a ser celebrado entre a empresa prestadora de serviços e a pessoa jurídica, o empregador, não se hão fechar os olhos à evidência de que o destinatário da assistência médica não é a pessoa jurídica, mas sim o empregado, consumidor final. Nessas circunstâncias, vejo que todos esses fatores, implicando na elevação gradual da faixa etária e, conseqüentemente, do risco inerente, na saúde dos componentes da carteira contratada com a empresa de plano de saúde, devem ter sido sopesados no momento da contratação. Não se me afigura adequado, com a devida vênia, que num determinado momento, quando os riscos passam de um determinado parâmetro, venha a empresa seguradora dizer que não se interessa mais em prestar os serviços, que vinha prestando.<sup>620</sup>

Preocupa, igualmente, o que se denominou de “falsa coletivização”<sup>621</sup> pela qual se confere a qualificação de contrato coletivo a planos de saúde contratados por grupos reduzidos, às vezes com duas pessoas. O objetivo é tentar justificar, em eventual demanda judicial futura, a existência de poder negocial, de maneira a pretender a descaracterização de relação de consumo e permitir as exclusões dos grupos que, de modo localizado, signifiquem prejuízo, ou seja, aumento da sinistralidade.<sup>622</sup>

Essa conjuntura esclarece, ao menos em parte, a prevalência de planos

---

<sup>620</sup> O voto vencedor do Min. Massami UYEDA, corretamente destacou a aplicação da Lei n.º 9.656/98 aos contratos celebrados anteriormente – de maneira que a validade é estabelecida pela lei da celebração, mas a lei nova atinge o contrato nos efeitos não produzidos. Todavia, no tocante à rescisão unilateral considerou haver equilíbrio porque “na realidade, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor”. Assim, ignorou-se o contexto específico dos contratos de plano de saúde ao considerar, superficialmente, que, se a rescisão unilateral é facultada a ambas partes, não há abusividade. BRASIL. STJ. RESP n.º 889.406. Rel.: Min. Massami UYEDA. Julgamento: 20/11/2007. DJe: 17/03/2008. BRASIL. STJ. Informativo n. 0339 - Período: 12 a 23 de novembro de 2007. Reconhecendo aos destinatários de contrato coletivo à condição de consumidor, razão pela qual não se admite rescisão unilateral, confira-se também: SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 255.465 4/1-00. Voto n.º 15770. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Joaquim GARCIA. Julgamento: 22/10/2008. Registro: 03/11/2008. Em sentido diverso, voto divergente prolatado na mesma apelação.

<sup>621</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 13, 81.

<sup>622</sup> “[...] em muitos casos, tem sido uma prática do mercado calcular a sinistralidade do contrato (variação do número de eventos/sinistros verificados no total de consumidores vinculados àquele contrato) levando-se em consideração apenas aquele pequeno universo de consumidores, sendo insignificante a diluição do risco”. Os planos individuais irão desaparecer e os “falsos” planos coletivos são uma ameaça aos usuários. In: AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 13. Registra-se, ainda, que “a Samcil considera ‘coletivo’ plano com duas pessoas. A Medial requer um mínimo de três contratantes; SulAmérica e Intermédica exigem quatro usuários; e Bradesco Saúde, cinco pessoas”. Obra citada, p. 14.

coletivos ou sua tendência de maior crescimento em relação aos planos individuais.<sup>623</sup> Por conseguinte, “um dos efeitos mais visíveis da regulação, que é o processo de coletivização da forma de adesão dos beneficiários aos planos de saúde”,<sup>624</sup> a qual se deve, entre outros motivos,<sup>625</sup> à tentativa de “escapar” ou se distanciar da regulação.

#### 2.1.2.5 *Co-participação ou co-pagamento*

Consiste o co-pagamento em modalidade contratual na qual os planos de saúde compartilham o valor a ser pago com o contratante, arcando com um percentual variável. Ilustrativamente, no plano Flex, lançado pela Unimed em 08/08/2008, com diminuição progressiva da mensalidade, o contratante pode eleger contribuir com 20%, 30%, 40% ou 50% dos custos dos serviços médicos dos quais

---

<sup>623</sup> Conforme MONTONE, em 2003, assinalou. MONTONE, Januario. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde Suplementar**. Subsídios ao Fórum de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2003. (Série ANS n. 4). p. 16. Explicam SANTOS, MALTA e MERHY: “Os planos coletivos passaram de 35,6% (2000) para 72% (2006). Os planos individuais passaram de 16% (2000) para 20,7% (2006). Os planos não identificados, planos anteriores à lei, que não foram identificados quanto à caracterização de planos individuais e coletivos, passaram de 48,4 (2000) para 7,3% (2006). Houve maior precisão do cadastro, em função da melhor identificação dos planos antigos quanto à caracterização dos planos coletivos e individuais. Isto explica em parte as alterações percentuais. O crescimento dos planos coletivos se deu, basicamente, pela precificação excessiva dos planos individuais novos por parte das empresas sob o discurso do ‘risco regulatório’ (não interrupção unilateral do contrato, limitação do reajuste por mudança de faixa etária e controle do reajuste anual) e com o crescimento dos coletivos por adesão, onde o risco individual fica diluído numa ‘massa’ maior de indivíduos”. SANTOS, Fausto Pereira dos; MALTA, Deborah Carvalho; MERHY, Emerson Elias. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1463-1475, 2008. p. 1469.

<sup>624</sup> SANTOS, Fausto Pereira dos; MALTA, Deborah Carvalho; MERHY, Emerson Elias. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1463-1475, 2008. p. 1469.

<sup>625</sup> Os planos coletivos, por atenderem predominantemente à população economicamente ativa, tendem a ser mais lucrativos, eis que envolvem menores despesas. ANS. **Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde - Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005. (Série A). p. 49.

fizer uso.<sup>626</sup> Para o beneficiário do plano de saúde, as vantagens incluem um valor base reduzido – segundo tabela acordada pelo serviço de saúde e a operadora de plano de saúde –, o evidente desconto do percentual pago pela operadora (objeto principal do contrato) e a possibilidade de antecipação do valor a ser pago, se houver a previsão contratual. Para a operadora de plano de saúde, significa a possibilidade de oferecer outro produto, com custo mais baixo.<sup>627</sup> Além disso, é possível notar uma tendência a um menor uso do plano de maneira geral.<sup>628</sup>

Apreciando dados de 1998, Luiz Felipe PINTO e Daniel Ricardo SORANZ concluíram que o “co-pagamento está presente em 21,4% dos planos e é mais

---

<sup>626</sup> Unimed Curitiba lança Plano Flex para manter o ritmo de crescimento. **Boletim Informativo do Cooperado da Unimed Curitiba**, Cooperado por dentro do assunto, Curitiba, Unimed Curitiba, n. 21, set. 2008, p. 1.

<sup>627</sup> No caso do Plano Flex, o regime de co-participação somado à restrição do atendimento a Curitiba (exceção de emergências e urgências médicas) leva a que “a expectativa inicial da Cooperativa é conquistar com o Plano Flex, até o fim do ano, 3 mil novas vidas”, estimando-se “um custo aproximadamente 20% mais baixo”. Mais flexibilidade. **Boletim Informativo do Cooperado da Unimed Curitiba**, Curitiba, Unimed Curitiba, n. 21, set. 2008, p. 2.

<sup>628</sup> Para BADIA: “percebe-se que entre os beneficiários de planos menos abrangentes (sem rede credenciada ou sem cobertura de consultas, por exemplo) o percentual de indivíduos que nunca utilizaram o plano é sempre maior do que entre os beneficiários que desfrutaram dessas coberturas. Provavelmente, isto reflete o fato de que indivíduos com menor probabilidade de utilização de serviços médicos aderem com maior frequência relativa a planos mais baratos (em geral os que oferecem menos coberturas)”. BADIA, Bruno Dutra. **Características do plano e satisfação dos beneficiários**. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. IESS n.º 0015/2008, ago. 2008. Disponível online em: <<http://www.iess.org.br/TDIESS00152008Satisfacao.pdf>>. Acesso em 20/09/2008. O mecanismo de co-participação se mostra como uma maneira de mitigar o “risco moral” ou “*moral hazard*”, que denomina “incremento da exposição aos riscos e uso excessivo de serviços cobertos pelos seguros por parte dos segurados quando existe um terceiro pagador, o governo ou operadoras privadas”. BAHIA, Ligia *et al.* Segmentação da demanda dos planos e seguros privados de saúde: uma análise das informações da PNAD/98. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 4, p. 671-686, 2002. p. 672. Ilustrativamente, com dados de 1998, afirmou-se que “é duas vezes maior a chance de um número elevado de consultas entre aqueles que têm plano em comparação aos não cobertos”. BAHIA, Ligia *et al.* Obra citada, p. 683. Nessa linha, o fenômeno decorre da constatação de que, em muitos casos “quando alguém paga por algo e o aumento do consumo não onera o pagamento, a tendência é aumentar o consumo”. SERRA, José. Manifestação por ocasião do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Anais do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde**. Mesa de Abertura. Brasília – DF: Auditório Petrônio Portella – Senado Federal, 28 e 29 de agosto de 2001. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2003. p. 14. “É muito difundida a idéia de que instrumentos como carências, assim como co-participações, têm como objetivo primordial o financiamento dos custos de procedimentos. O principal objetivo de tais instrumentos, na verdade, é o de reduzir dois elementos presentes na maior parte dos contratos celebrados de planos de saúde, seguro saúde e demais seguros: seleção adversa (*adverse selection*) e risco moral (*moral hazard*)”. BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 60. “Um dos principais problemas enfrentados pelas instituições seguradoras é o moral hazard que é a propensão de alteração do comportamento dos indivíduo porque está seguro”. BAHIA, Ligia. **Risco, Seguro e Assistência Suplementar no Brasil**. Texto base da oficina “A NOÇÃO DE RISCO E MERCADOS DE PLANOS DE SAÚDE” realizada durante o II Ciclo de Oficinas ANS – 2001. p. 6.

freqüente nos planos de pouca abrangência, ou seja, naqueles que cobrem apenas consultas médicas (38,5%) e consultas/exames complementares (45,6%)”.<sup>629</sup> É questão relevante avaliar quais os percentuais mínimos a serem cobertos pela operadora para que o contrato seja razoável.<sup>630</sup>

#### 2.1.2.6 Carência

As cláusulas de carência estabelecem um prazo durante o qual determinadas prestações de serviço médico (tratamento e(ou) diagnóstico) são inexigíveis pelo contratante. Esse tipo de disposição visa inibir a possibilidade de que a contratação ocorra na iminência da necessidade do tratamento, ilustrativamente, a adesão no sétimo mês de gravidez com a finalidade estrita de custear os serviços médicos relativos ao procedimento do parto. Esse argumento, contudo, tem sido elástico (ou distorcido) para negar uma série de proteções inclusive em situações de emergência e urgência.

As cláusulas de “cobertura parcial temporária”, como também têm sido denominadas,<sup>631</sup> embora admitidas pela Lei n.º 9.656/98<sup>632</sup> são comumente objeto de contendas em juízo. O tema merece atenção no tocante à limitação do risco, aos deveres de cobertura (sem restrições temporárias, no caso de urgência e emergência), bem como por dificultar a mudança de operadora de plano de saúde – ainda que esse aspecto deva ser confrontado com a tendência de concentração do setor.<sup>633</sup>

---

<sup>629</sup> PINTO, Luiz Felipe; SORANZ, Daniel Ricardo. Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 1, p. 85-98, 2004. p. 96.

<sup>630</sup> O tema não será objeto de análise.

<sup>631</sup> Assim: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução n.º 68/2001**. 07/05/2001. PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 402.237-3. 8ª Câmara Cível. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 23/04/2007. Em alguns casos, o uso da expressão tem sido associado aos procedimentos classificados pela ANS como de “alta complexidade”.

<sup>632</sup> Confira-se na redação em vigor, art. 11 (no tocante às doenças preexistentes), art. 12, VII; art. 13, I, e especialmente, art. 16: “Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º. do art. 1º. desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: [...] III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames”.

<sup>633</sup> A literatura tem registrado a concentração do mercado de operadoras de planos de saúde

## 2.2 Articulações entre público e privado na prestação da saúde

### 2.2.1 Direções e sentidos das ligações (e barreiras) entre privado e público

O fundamental debate em torno da dicotomia (?) público-privado assume importância ímpar no campo da saúde. Desde logo, antes de tecer considerações sobre o assunto, é mister assinalar a pluralidade de significados que aderem, nessa seara, às expressões “público” e “privado”. Nesse compasso, as palavras de ACIOLE em “Uma abordagem da antinomia ‘público x privado’: descortinando relações para a saúde coletiva”: “Ao resgatar a construção da babel de significados e sentidos com que são adjetivados os dois termos, conclui-se haver mais uma relação de interpenetração entre ambos do que a tendência dicotômica e de oposição em que comumente os colocamos”.<sup>634</sup>

Sob o ângulo da “divisão de tarefas”, desdobram-se as polêmicas acerca do papel desempenhado pelos particulares na prestação estatal e os limites ou contornos da atividade de regulação. Sobre o primeiro aspecto, Floriano de Azevedo MARQUES Neto destaca questões como “o limite do papel dos particulares no âmbito do sistema único de saúde”, aplicabilidade da lei de licitações a esses

---

no país. “Quando se observa a quantidade de beneficiários das 1.239 operadoras que comercializam planos de assistência médica, verifica-se uma grande concentração em poucas operadoras: 20% dos beneficiários nas sete maiores operadoras; metade dos beneficiários em 44 operadoras e 854 operadoras com apenas 10% do total de beneficiários, o que mostra uma grande concentração do mercado de planos de assistência médica”. ALBUQUERQUE, Ceres *et al.* A situação atual do mercado da saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1421-1430, 2008. p. 1426. “No Brasil, dentre 1.264 operadoras, apenas 8 (0,6%) das operadoras detinham 21% dos ‘usuários’ dos planos de saúde em março de 2006, o equivalente a cerca de 7,6 milhões de planos de assistência médica. Essa constatação é tão marcante que parece razoável imaginar que essas oito empresas, orbitando no setor oligopolista, tenham poder para pressionar aumento de preços, dados seus indicadores de faturamento, *market share* ou escala do número de consumidores”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, n. 4, p. 1041-1050, 2007. p. 1043.

<sup>634</sup> ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia ‘público x privado’: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006. p. 7. “Os significados que tomam os conceitos de privado e público, no entanto, não são universais. São históricos”. ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de. **Teias e Tramas: Relações Público-Privadas no Setor Saúde Brasileiro dos anos 90**. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2002. p. 20.

prestadores e o ressarcimento ao SUS.<sup>635</sup> No que tange à regulação, há intensas discussões sobre a distribuição de papéis e responsabilidades entre assistência pública<sup>636</sup> – sua prestação complementar por meio de particulares<sup>637</sup> – e o regime da assistência suplementar privada.<sup>638</sup>

Nessa esteira, verifica-se uma acentuada interlocução entre as esferas do público e do privado na saúde, a permitir refutar, também nesse campo, a possibilidade de uma cisão que as desuna. Com efeito, a Política Nacional de Promoção da Saúde, recepcionada pela Portaria n.º 687/2006 do Ministério da Saúde, encarta a premissa de que:

**a promoção da saúde realiza-se na articulação sujeito/coletivo, público/privado, estado/sociedade,** clínica/política, setor sanitário/outros setores, visando romper com a excessiva fragmentação na abordagem do processo saúde-adoecimento e reduzir a vulnerabilidade, os riscos e os danos que nele se produzem.<sup>639</sup>

---

<sup>635</sup> Na jurisprudência, a favor: BRASIL. STF. RE-AgR-ED n.º 488.026/RJ. 2ª. Turma. Rel.: Min. Eros GRAU. Julgamento: 24/06/2008. DJe: 15/08/2008. Na doutrina, cite-se: MARQUES Neto, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Saúde Pública na Constituição e as Operadores de Planos de Saúde. In: BACELLAR Filho, Romeu Felipe. (Coord.). **Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 167-183. CUNHA, Paulo César Melo. **Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. (Coleção Direito Regulatório). p. 86. Para uma abordagem não-local: MUSGROVE, Philip. **Public and Private Roles in Health**. Theory and Financing Patterns. Washington (Estados Unidos): The International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank, July 1996. p. 57 e seguintes.

<sup>636</sup> Cite-se: BERTOL, Romeu. Requisição de exame por médico particular ou de convênio e a realização pelo SUS. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina**, Curitiba, CRM, v. 24, n. 95, p. 173-174, jul./set. 2007.

<sup>637</sup> Determina a Lei n.º 8.080/1990, art. 4º: “§ 2º - A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”. Na forma do art. 7º, desse diploma legal: “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal”, obedecendo ainda aos serviços que regem o SUS (afinal dele fazem parte).

<sup>638</sup> Frisa-se que, no que tange à temática da restrição de tratamento “Além de excluir aquelas doenças cujos tratamentos são mais onerosos, também são excluídas aquelas que, na visão das operadoras, deviam ser obrigação exclusiva do sistema público. Dois exemplos são o tratamento da Aids e as hemodiálises, que são absorvidos em sua quase totalidade pelo SUS, sem a participação dos planos”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 238. Nessa trilha, a Lei n.º 9.313/96 estabelece, em seu art. 1º, que: “Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”.

<sup>639</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política nacional de promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 18. Grifou-se.

Em dissonância, a repartição entre público e privado – ou o discurso em seu favor – conduziu à clara disparidade entre os serviços disponíveis aos que podem ou não pagar.<sup>640</sup> Choca-se a complementaridade do setor privado – prevista na legislação constitucional e infraconstitucional – com os conflitos envolvendo os limites da atividade regulatória, os debates acerca do desenho institucional a ser adotado pelo Estado na prestação da saúde, resgatando-se, com novo sentido, a antiga evocação do distanciamento entre o público e o privado.<sup>641</sup>

Nesse diapasão, extrai-se do binômio público-privado um suposto antagonismo<sup>642</sup> representado, ainda, pela diferenciação da atuação do Estado e do “mercado” na assistência à saúde.<sup>643</sup> Na dura crítica de Volnei GARRAFA:

Se antes do processo de globalização econômica os interesses e as diferenças sociais eram grandes, agora são assustadoramente maiores. O que hoje define as prioridades na construção de sistemas de saúde pública não são as demandas ou as necessidades detectadas na realidade social, é o mercado. E, em última análise, é esse mesmo tipo de mercado mecânico e perverso que determina as formas de nascimento, vida e morte; aquelas pessoas que devem viver mais ou menos.<sup>644</sup>

---

<sup>640</sup> Conforme TEMPORÃO: “A construção de um sistema misto como o brasileiro, em que formas privadas de organização do cuidado para segmentos específicos da população, convivem com a oferta estabelecida pelo SUS, parecem criar crescentes e complexos espaços de restrição ao acesso universal e equânime a serviços e produtos”. TEMPORÃO, José Gomes. O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 5, p. 1323-1339, set./out. 2003. p. 1338.

<sup>641</sup> “No caso da saúde, esta clivagem tem recebido sustentação ideológica que separa ‘usuários’ de ‘consumidores’, e que se estrutura com base em pares de opostos: preventivo x curativo, rede básica x hospital, ações coletivas x ação individual, saúde pública x medicina, liberdade de escolha *versus* controle e agilidade e eficiência *versus* burocracia, descaso, filas e regulação”. ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia ‘público x privado’: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006. p. 9.

<sup>642</sup> “Estudos recentes e mais detalhados sobre os planos privados de saúde se contrapõem especificamente à noção da separação entre mercado e Estado, ao explorarem outros ângulos da assistência médica suplementar”. BAHIA, Ligia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 329-339, 2001. p. 330.

<sup>643</sup> “Estado e Mercado, enquanto setores emblemáticos da dualidade *público/privado*, acabam sendo reconhecidos como entidades antagônicas, separadas, distintas, embora permaneçam ligados pela trama social em que se estabelecem e que, simultaneamente, os estabelece”. ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia ‘público x privado’: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006. p. 9.

<sup>644</sup> GARRAFA, Volnei. Por uma ética periférica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 26 out. 2002, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

Da falsamente simples divisão entre público e privado, é preciso fazer brotar sua problematização, cultivando o terreno semântico, buscando sorver a pluralidade de significados (e discursos). Dessa feita, no campo saúde, “o termo público parece, portanto, semear polissemias”.<sup>645</sup> É, por exemplo, usado para designar a prestação coletiva, comum, acessível a todos. A seu turno, “privado” remete ao individual e exclusivo. Igualmente, é associado à capacidade maior e mais eficiente de investimentos e melhor qualidade.

Na expressão de Lúcia BAHIA:

O contraste entre o atendimento personalizado, com hora marcada em consultórios particulares e realização imediata de exames e procedimentos terapêuticos, e as filas e os prolongados tempos de espera para marcação de consultas e exames na rede pública confere aos planos privados de saúde o *status* de passaporte de saída do caos.<sup>646</sup>

A comunicação entre os espaços do público e do privado desponta sob distintas configurações com diversificados efeitos. Em determinados serviços, verifica-se a sobreposição de atuação entre a assistência pública e a privada, como na imunização.<sup>647</sup> É de se notar que na saúde, muitas vezes, essa atuação conjunta é indispensável porque, mesmo sob um prisma individualista, não há efetividade sem a proteção da coletividade. É exemplar a preocupação com o combate a AIDS e os esforços na erradicação dos focos do mosquito transmissor da dengue.<sup>648</sup>

Paralelamente, a existência de um setor privado supõe o estímulo à

---

<sup>645</sup> ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia 'público x privado': descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006. p. 11.

<sup>646</sup> BAHIA, Lúcia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 161.

<sup>647</sup> MCPAKE, Barbara; MILLS, Anne. What can we learn from international comparisons of health systems and health system reform? WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Bulletin of the World Health Organization**, Genebra (Suíça), v. 78, n. 6, p. 811-820, jun. 2000. p. 813. A WHO é a Organização Mundial da Saúde ou, na sigla em português, OMS.

<sup>648</sup> Houve no país, em 2008, grande mobilização do combate à dengue, a qual fez lembrar que as doenças desconhecem classes e que a proteção da saúde exige políticas públicas (ainda que se as adote por motivos individuais). A epidemia foi amplamente noticiada. Cite-se, pelos ilustrativos títulos, em ordem cronológica: Para especialistas, epidemia é a mais grave da história. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 26 mar. 2008, Caderno Cotidiano, p. C5. Exército poderá atuar contra o mosquito. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 25 out. 2008, Caderno Cotidiano, p. C8. FORMENTI, Lúcia. Infestação pelo mosquito da dengue põe 14 capitais em alerta. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 nov. 2008, Caderno Vida&, p. A18.

competição, marcante na livre iniciativa.<sup>649</sup> Ao mesmo tempo, a disparidade de interesses<sup>650</sup> e finalidades reforça a imperatividade – consoante ensinam MCPAKE e MILLS – de um sistema que não seja exclusivamente privado (composto por pagantes).<sup>651</sup>

Nessa trilha, “público” pode significar alusão ao atendimento de um número ilimitado de pessoas e à prestação estatal, não obstante, seja freqüente que a prestação pública da saúde, conforme foi apontado, suceda por meio de serviços particulares.<sup>652</sup> Em oposição, o vocábulo privado associa-se aos interesses particulares e ao mercado.<sup>653</sup> A ótica de *polarização*<sup>654</sup> procura segmentar público e privado, delineando visões que equivocadamente enxergam o sistema único de

<sup>649</sup> MCPAKE, Barbara; MILLS, Anne. What can we learn from international comparisons of health systems and health system reform? WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Bulletin of the World Health Organization**, Genebra (Suíça), v. 78, n. 6, p. 811-820, jun. 2000.

<sup>650</sup> Para IBAÑEZ e VECINA Neto “o que definirá esta discussão (público x privado) serão os objetivos das organizações, uma vez que o objetivo de uma organização é que define se esta é pública ou privada”. IBAÑEZ, Nelson e VECINA Neto, Gonzalo. Modelos de gestão e o SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1831-1840, nov. 2007. p. 1832.

<sup>651</sup> “Despite differences in specific public-private issues, there is one common conclusion: although the private sector can complement public health provision and provide some types of services better, it cannot lead the health sector in a direction likely to maximize its contribution to the health of the population”. Em tradução livre: “Não obstante as distinções específicas nos assuntos públicos e privados, há uma conclusão comum: embora o setor privado possa complementar a prestação de saúde e prover melhor alguns tipos de serviços, não pode conduzir o setor de saúde no sentido de uma maximização de sua contribuição para a saúde da população”. MCPAKE, Barbara; MILLS, Anne. What can we learn from international comparisons of health systems and health system reform? WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Bulletin of the World Health Organization**. Genebra (Suíça), v. 78, n. 6, p. 811-820, jun. 2000. p. 813.

<sup>652</sup> SANTOS, Maria Angélica Borges dos; GERSCHMAN, Silvia. As segmentações da oferta de serviços de saúde no Brasil - arranjos institucionais, credores, pagadores e provedores. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 3, p. 795-806, 2004. p. 800. Anotam na mesma página: “embora venha caindo, ainda é significativa a participação do setor privado na oferta hospitalar pública”.

<sup>653</sup> “Privado significa, pois, estar excluído, desprovido do aparelho de Estado. Ora, fora do aparelho de Estado está o mercado, e privado vai ganhar associação a mercado”. ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia ‘público x privado’: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006. p. 12.

<sup>654</sup> ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia ‘público x privado’: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006. p. 21. Perfilham essa ótica, OCKÉ-REIS e CARDOSO, ao discorrerem sobre a regulamentação do reajuste de preços, a exprimir que: “o tema merece ser investigado pelos analistas de política de saúde preocupados com o funcionamento do *mix* público/privado, cujo subsistema privado deveria atuar em sinergia com o Sistema Único de Saúde (SUS), em vez de estabelecer com ele uma relação contraditória”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; Simone de Souza, CARDOSO. **Texto para Discussão n. 1232**. Uma descrição do comportamento dos preços dos planos de assistência à saúde – 2001-2005. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 2006.

saúde apenas em seus aspectos negativos,<sup>655</sup> a se sugerir que o país não possua condições de prosseguir com as premissas de universalidade e integralidade no acesso à saúde,<sup>656</sup> a se ignorar as iniquidades<sup>657</sup> e a se fomentar um arranjo pautado em uma *clivagem*<sup>658</sup> excludente por meio da qual,<sup>659</sup> permita-se ressaltar: o “público é privado da saúde”.

---

<sup>655</sup> É perspectiva que se reflete na visão da população sobre a saúde pública e privada: “o material de pesquisa revela, por um lado, a segurança produzida pela adesão ao plano de saúde e, por outro, a insegurança presente na condição de usuário do sistema público de saúde”. FARIAS, Luís Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo da adesão ao sistema de saúde suplementar. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 405-416, 2001. p. 411.

<sup>656</sup> Ao contrário dos discursos que procuram afirmar que o Brasil tenta atuar na saúde como um Estado Social “puro” sendo freqüente a comparação com Dinamarca e Noruega, UGA e SANTOS, em relatório já mencionado, salientam que: “o Brasil possui uma estrutura do gasto em saúde bastante diferente da dos sistemas nacionais de saúde de Estados de Bem Estar e, no que diz respeito à participação do Estado no financiamento setorial, muito assemelhada ao padrão dos E.U.A., cujo sistema de saúde é tido como típico do modelo liberal”. UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro**. Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 69.

<sup>657</sup> Nessa linha, analisando o Cadastro de Beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE) de 1998, Luiz Felipe PINTO e Daniel Ricardo SORANZ concluíram que “no Sistema de Saúde Brasileiro, os planos privados de assistência à saúde se configuram como mais um fator de geração de desigualdades sociais no acesso e na utilização de serviços de saúde, pois cobrem apenas uma parcela específica da população brasileira: pessoas de maior renda familiar, de cor branca, com maior nível de escolaridade, inseridas em determinados ramos de atividade do mercado de trabalho, moradores das capitais/regiões metropolitanas”. PINTO, Luiz Felipe; SORANZ, Daniel Ricardo. Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 1, p. 85-98, 2004. p. 96.

<sup>658</sup> A expressão é adotada por José Carvalho de NORONHA. NORONHA, José Carvalho de. Manifestação por ocasião do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Anais do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde**. Mesa 1 – Interface e articulação entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. Brasília – DF: Auditório Petrônio Portella – Senado Federal, 28 e 29 de agosto de 2001. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2003. p. 30.

<sup>659</sup> O objetivo é distante, porém, necessário; as premissas são duras, porém, conhecidas; a vida humana é frágil, porém, igual para todos. Na perspectiva de ROSENBERG e ANDERSSON: “*Lo que a continuación se propone es un proceso que incluya una serie de criterios que cubran los principales factores considerados más arriba. El primer elemento es llevar a la agenda política el tema de la exclusión. Es necesario que el tema se haga explícito y disponga de suficiente apoyo técnico como para afectar a la asignación de recursos. El cambio necesario para afrontar la exclusión solo es concebible en el marco de un debate social en el que se planteen todos los valores importantes para la decisión, incluida la equidad y la eficiencia. En segundo lugar, este amplio debate debería incluir un elemento ‘desde abajo’. Las teorías recientes del desarrollo indican que las soluciones no participativas, por correctas que sean técnicamente, tienden a alienar a los grupos excluidos. En tercer lugar, es necesario un diagnóstico de la situación particular de cada país en cuanto a la exclusión. ¿Cuáles son sus dimensiones? ¿Quiénes son los excluidos? ¿Qué políticas se han aplicado y cuáles han sido sus resultados? ¿Cuál es la estructura real del sector? ¿Dónde están las resistencias? ¿Hasta qué punto es posible alterar las fuerzas relativas de las distintas*

## 2.2.2 Os influxos entre o sistema único de saúde e o sistema de saúde exclusivo

Em harmonia com o que se expôs, sob variadas formas, expressa-se a imbricação entre público e privado,<sup>660</sup> frisando-se haver “relação sistemática entre o mercado e o Estado, na área da saúde”.<sup>661</sup> Por esse motivo, assinalam CONILL e

---

*instituciones o reasignar funciones? Solo sobre esta base será posible comparar alternativas, hacer propuestas y movilizar a los países hacia una mayor equidad en la cobertura social de salud”. ROSENBERG, Hernán; ANDERSSON, Bernt. Repensar la protección social en salud en América Latina y el Caribe. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 8, n. 1-2, p. 118-125, jul./ago. 2000. p. 124. Em tradução livre: “O que na seqüência se propõe é um processo que inclua uma série de critérios que cubram os principais fatores considerados acima. O primeiro elemento é levar a agenda política o tema da exclusão. É necessário que o tema se faça explícito e disponha de suficiente apoio técnico de modo a afetar a alocação de recurso. A mudança necessária para afrontar a exclusão somente é concebível no marco de um debate social em que se coloquem enfoquem todos os valores mais importantes para a decisão incluída a equidade e a eficiência. Em segundo lugar, este amplo debate deveria incluir um elemento “a partir de abaixo”. As teoria recentes de desenvolvimento indicam que as soluções não participativas, por mais corretas que possam ser tecnicamente, tendem a alienar os grupos excluídos. Em terceiro lugar, faz-se preciso um diagnóstico da situação particular de cada país no tocante à exclusão: Quais são suas dimensões? Quem são os excluídos? Que políticas foram aplicadas e quais foram seus resultados? Qual a estrutura real do setor? Onde estão as resistências (gargalos)? Até que ponto é possível alterar as forças relativas das distintas instituições ou redistribuir funções? Somente sobre essa base será possível comparar alternativas, elaborar propostas e mobilizar os países acerca de uma maior equidade na cobertura da saúde”.*

<sup>660</sup> No dizer de Ligia BAHIA: “Sistemas de saúde de todos os países erigem-se a partir de relações entre o público (normas sobre o direito à saúde e seus prolongamentos político-institucionais e administrativos) e o privado (produção, distribuição, compra e venda de bens, insumos e serviços da indústria de medicamentos, equipamentos, estabelecimentos e profissionais de saúde). As variações no denominado complexo industrial da saúde que integra componentes públicos e privados incidem precipuamente sobre os sub-sistemas de acesso e organização de redes prestação de serviços. Nos sistemas categorizados como ‘públicos’, como os da Europa central, Escandinávia e Canadá o acesso gratuito, ou mediado por pagamentos de taxas reduzidas, a uma rede pública (conformada por prestadores públicos e por vezes privados) é franqueado a todos. O sistema ‘privado’, cujo maior exemplo é o dos EUA, caracteriza-se, em tese, por relações, pautadas pela livre-escolha, de compra e venda de serviços intermediados ou não por contratos com empresas com feição de seguradoras”. BAHIA, Ligia. Mercantilização da saúde no Brasil: os planos e os seguros de saúde. **Nuevamerica**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 41-46, 2006. p. 42. De modo similar, ao avaliar o modelo português, Vital MOREIRA ressalta no perfil do Serviço Nacional de Saúde (SNS): “a promiscuidade do sector público e o sector privado, em prejuízo do público, o desperdício de recursos instalados”. MOREIRA, Vital. A empresarialização dos serviços públicos. In: LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; \_\_\_\_\_. **Mão Visível**. Economia de Mercado e Regulação. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 145-148. p. 147.

<sup>661</sup> OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O Mercado de Planos de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? **Texto para Discussão n. 1094**. Rio de Janeiro: IPEA, jun. 2005. p. 7. Resumo. O artigo foi publicado novamente em: **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. Haja vista a supressão dessa passagem consta, neste trabalho, referência as duas versões. Na jurisprudência colaciona-se: “a Administração Pública não está isenta de responsabilidade por dano causado por erro de diagnóstico em exame laboratorial realizado por entidade privada, por força de convênio com o Poder Público. Em tais casos, a entidade privada se equipara, para efeitos de

outros, a doutrina “deparou-se com a necessidade de focar a multiplicidade dos sistemas de cuidados que ultrapassa a dicotomia vigente entre público, como sendo sinônimo de estatal, e privado como sendo sinônimo de mercado”.<sup>662</sup> Sobre o tema, acolhe-se a posição segundo a qual:

O setor saúde, no Brasil, vem se constituindo há décadas como um **mix público/privado**, com composição variada no correr dos anos, em função da adoção desta ou daquela política de saúde, mas sempre significando um relacionamento estreito entre Estado e serviços privados de saúde, que foram se expandindo e consolidando no correr dos anos com forte financiamento público.<sup>663</sup>

Parece quase desnecessário ressaltar que o sentido de público e privado que marcam essa divisão (ou sua inaplicabilidade) não se confunde com a clássica dicotomia entre as esferas jurídicas que informa a Modernidade, retratada acima. Sob perspectiva mais ampla, todavia, as possíveis analogias e aproximações apresentam interessante campo para reflexão.

Nesse sentido, as expressões “*sistema misto*” ou “*mix público privado*”<sup>664</sup> adotadas na área da saúde refletem e defendem justamente essa interação

---

responsabilidade civil da Administração, ao agente público de que trata o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, nada impedindo que o lesado, ao invés de demandar contra a entidade realizadora do exame, o faça contra o ente estatal”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 2008.001.19483. Rel.: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento: 08/07/2008.

<sup>662</sup> CONILL, Eleonor Minho *et al.* O *mix* público-privado na utilização de serviços de saúde: um estudo dos itinerários terapêuticos de beneficiários do segmento de saúde suplementar brasileiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1501-1510, set./out. 2008. p. 1502.

<sup>663</sup> ANS. **Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde - Série Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005. (Série A). p. 68-69. Grifou-se. “[...] se a atividade privada está longe de ser marginal para o campo da saúde, o segmento chamado de Saúde Suplementar tem, há décadas, um papel relevante no sistema nacional de saúde”. BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 56.

<sup>664</sup> O tema foi o argumento de dois painéis do “II Seminário Internacional em Regulação da Saúde Suplementar - 10 anos da Lei 9656/98”, organizado pela ANS em junho de 2008. *Mix Público Privado: Experiências Internacionais; Mix Público Privado: Experiência Nacional*. ANS. **II Seminário Internacional em Regulação da Saúde Suplementar - 10 anos da Lei 9656/98**. Rio de Janeiro, jun. 2008. Outrossim, é amplamente referido na doutrina. Entre outros: MCPAKE, Barbara; MILLS, Anne. What can we learn from international comparisons of health systems and health system reform? WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Bulletin of the World Health Organization**. Genebra (Suíça), v. 78, n. 6, p. 811-820, jun. 2000. p. 812. ALMEIDA, Célia. **Texto para Discussão n. 599**. O Mercado Privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 1998. p. 11. SANTOS, Isabela Soares; UGA, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Marta. O *mix* público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1431-1440, set./out. 2008.

dialética, sem desprezar que nem o público foi absorvido pelo privado, nem o privado foi açambarcado pelo público. Apesar de a segmentação não ser suficiente para explicar o cenário, forçoso perfilhar a percepção de Ligia BAHIA de que o “SUS universal – o cartão de visitas das políticas sociais no Brasil – convive com uma inequívoca estratificação do acesso aos cuidados e serviços de saúde”.<sup>665</sup>

Em contraposição a um ponto de vista unilateral, moldados por divergências, é necessário destacar as confluências entre público e privado, a relevar, no campo da saúde, espaços de interdependência.<sup>666</sup> Recorrendo-se novamente ao pensamento de Ligia BAHIA, tem-se que:

as estimativas iniciais sobre o dimensionamento dos recursos públicos envolvidos com os planos privados de saúde sugerem que o aporte público e, sobretudo, os provenientes das contribuições de empregadores e empregados repassados aos preços dos produtos e tarifas pagos por toda a sociedade seja bastante expressivo.<sup>667</sup>

---

<sup>665</sup> BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 161. “Há, portanto, uma contradição entre o caráter universal do Sistema Único de Saúde (SUS) e a magnitude das fontes privadas que financiam a saúde”. AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 70. Criticando o empobrecimento da relação médico paciente, relata ANDRADE Jr. que, no novo cenário, tal elo, antes estabelecido com base no afeto e de natureza douradora, torna-se efêmero, baseado muitas vezes na proximidade com o consultório assim que após verificar a lista de médicos credenciados “inicia-se aí uma relação que se define por uma simples equação: *médico credenciado atende a paciente segurado*”. ANDRADE Jr., Marcos Almeida Magalhães de. Marcadores Atuais da Relação Médico-Paciente – Palco atual onde transcorre o trabalho médico. Determinantes da deflagração dos processo judiciais pacientes x médicos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 21-30. p. 26.

<sup>666</sup> De acordo com Célia ALMEIDA “o imbricamento institucional entre clientelas de planos de saúde e a oferta de serviços remunerada pelo SUS não se restringe à utilização complementar de serviços de alto custo. Da mesma forma, também é bastante complexa a interrelação entre as diferentes modalidades, tanto no que se refere à composição dos planos, quanto na diversidade do agrupamento de coberturas ofertadas e nas formas como são prestados os serviços”. ALMEIDA, Célia. **Texto para Discussão n. 599**. O Mercado Privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 1998. p. 24.

<sup>667</sup> BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 161. “São identificadas três importantes fontes de recursos públicos para os planos de saúde: a dedução dos gastos com planos de saúde dos impostos devidos pelas empresas; a dedução dos gastos com planos de saúde do imposto de renda das pessoas físicas; e os gastos públicos com planos de saúde de servidores civis”. BAHIA, Ligia. Obra citada, p. 163. Conforme SCHEFFER, em 2005, “a compra de planos de saúde para o funcionalismo público” atingirá a cifra de R\$ 1 bilhão de reais, somente no erário federal e “a dedução de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas referente a gastos em saúde, sobretudo com planos privados, vai beirar, em números oficiais subnotificados, R\$ 2,5 bilhões em 2005” e completa que “há, ainda, a isenção de impostos das Santas Casas, mesmo quando passam a vender planos de saúde, uma forma de compensar os insuficientes repasses do SUS”. SCHEFFER, Mário C. Saúde Suplementar: o que o SUS tem a ver com isso? **Jornal do Conselho Nacional de Saúde**,

Por conseguinte, entre outras faces, a lógica pela qual se articulam o público e o privado oculta<sup>668</sup>, ou revela, o financiamento público do setor de saúde privada,<sup>669</sup> a repercutir em um “volume cada vez maior de recursos públicos envolvidos com o mercado dos planos de saúde privados”.<sup>670</sup> É perspectiva que recebe dura crítica de MUSGROVE, por estar em sentido exatamente oposto de sua compreensão sobre a apropriada estruturação do financiamento do setor.<sup>671</sup>

Entre os mecanismos de transferência de recursos públicos para o setor

---

Brasília, 01 maio 2005, p. 8. Na ótica de Célia ALMEIDA: “No caso brasileiro, os subsídios e incentivos presentes no sistema configuram traços extremamente perversos que aprofundam o quadro de desigualdades do setor saúde”. ALMEIDA, Célia. **Texto para Discussão n. 599**. O Mercado Privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 1998. p. 10.

<sup>668</sup> Na compreensão de Sulamis DAIN: “Os incentivos tributários, ou renúncia de arrecadação, pelos quais o setor público financia indiretamente o setor privado, não tornam imediatamente evidentes os setores e ações beneficiadas por tais despesas tributárias, evitando enfrentamentos frontais e uma real explicitação das prioridades de gasto público. Em sociedades muito desiguais como o Brasil, esta estratégia pode abrigar uma escolha trágica e silenciosa entre os que terão acesso a serviços e os que serão mais uma vez excluídos”. DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1851-1864, nov. 2007. p. 1861.

<sup>669</sup> Para BAHIA: “esse elevado grau de imbricamento entre o público e o privado que estrutura relações financeiras e assistenciais no sistema de saúde é regulado por políticas públicas explícitas e implícitas que incluem ainda: 1) o pagamento de valores de remuneração para determinados procedimentos, por secretarias municipais e estaduais de saúde, acima da denominada tabela do SUS; 2) a contratação de cooperativas que comercializam planos de saúde para administrar serviços públicos; e 3) os sofisticados mecanismos de complementaridade da produção de ações e serviços de alto custo pelos serviços públicos, não previstos nos contratos de planos de saúde”. BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 166.

<sup>670</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 8. “Em particular, sabe-se que, no Brasil, o Estado tem uma forte tradição como financiador do setor de saúde”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. p. 160. Segundo SCHEFFER: “É possível supor que uma grande fatia deste mercado sobrevive às custas das restrições praticadas e de consequente subsídio do Sistema Único de Saúde, que arca com as despesas dos atendimentos negados pelos planos de saúde”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 243.

<sup>671</sup> MUSGROVE, após examinar as relações entre público e privado na saúde, propõe uma conclusão estrutura em duas listas: o que governos devem fazer e o que não devem. O primeiro mandamento de suas proposta preconiza que: “*The first thing governments should not do is to use the tax system, or any system of fees at public facilities, to make the poor subsidize the health care of the rich. Conceptually, subsidies are justified only for the poor, and broader financing of care through insurance is a question of efficiency rather than of equity. This is not only a matter of whether the rich*

privado, no âmbito da saúde, estão: a) a renúncia fiscal,<sup>672</sup> b) empréstimos realizados pela ANS para operadoras de planos de saúde em dificuldades financeiras, c) compra de serviços pelo SUS<sup>673</sup> e, paradoxalmente, d) a ampla contratação de planos de saúde a servidores públicos.<sup>674</sup>

Em primeiro, não deve passar despercebido que a renúncia de imposto de renda relativa à saúde atingiu, em 2008, a cifra de aproximadamente 9 bilhões de reais.<sup>675</sup>

---

*use more of publicly-financed services than the poor do, although great inequities often arise because the rich have more access to those services. Financial equity also depends on who pays the taxes. More narrowly, governments should not contribute to social security financing from general revenues, unless coverage is universal, because when only part of the population is covered it is usually the poor who are excluded. And governments should not treat private insurance coverage as a cost to employers unless it is also treated as income to beneficiaries. Such practices are not only inequitable; they are also inefficient to the extent that they lead to excessive spending on health care, or reduce labor mobility". MUSGROVE, Philip. **Public and Private Roles in Health**. Theory and Financing Patterns. Washington (Estados Unidos): The International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank, July 1996. p. 56. Em tradução livre: "A primeira coisa defesa aos governos fazer, é usar o sistema de tributação, ou qualquer sistemas de cobranças sobre serviços públicos, para impelir os pobres a subsidiar o atendimento à saúde dos ricos. Conceitualmente, subsídios são justificados, somente aos pobres, e o financiamento mais amplo do atendimento por meio de seguro é uma questão mais de eficiência do que de equidade. Não se trata de um problema de se os ricos usam mais os serviços financiados pela Administração Pública do que os pobres, não obstante, acentuadas iniquidades freqüentemente emergem de que os ricos têm mais acesso a tais serviços. Equidade financeira igualmente depende de quem paga os tributos. Mais especificamente, os governos não devem financiar a seguridade social com orçamento público, a menos que configure cobertura universal, haja vista que apenas uma parte da população é coberta e usualmente os excluídos são os pobres. E é vedado aos governos tratar a cobertura de seguros privados como custo sobre empregadores a menos que seja tomado como renda dos beneficiários. Tais práticas não são somente iníquas, são, outrossim, ineficientes para estender ao rumar para custo excessivo em atendimento à saúde, ou reduzir a mobilidade dos trabalhadores".*

<sup>672</sup> Na visão de Sulamis DAIN, na "esfera das relações público-privadas no campo da Saúde [...] floresce o espaço da renúncia de arrecadação, ou do financiamento indireto pelo Estado, de planos e seguros de saúde". DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1851-1864, nov. 2007. p. 1852.

<sup>673</sup> "O rebaixamento do SUS à condição de comprador de serviços elimina, quase que automaticamente, quaisquer outras ilações sobre as relações entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro que não aquelas relativas ao uso de procedimentos médicos hospitalares em estabelecimentos da rede pública". BAHIA, Ligia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 4, p. 1385-1397, set./out. 2008. p. 1389.

<sup>674</sup> Em sintonia com o caráter plurívoco das expressões público e privado, cabe referência à posição segundo a qual: "não restam dúvidas de que são públicos os gastos com o pagamento de planos privados de saúde para servidores públicos federais, bem como os gastos tributários decorrentes de renúncia fiscal". AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 72.

<sup>675</sup> No total, segundo o Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2008, a renúncia fiscal na saúde atingiu 8.903.632.069 de reais. Desse montante, as despesas médicas do imposto de renda de pessoa física correspondem a

Em segundo, no que concerne à contratação de planos de saúde por servidores públicos, obra publicada pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo, afirma, baseada em dados de 2005, que “a soma dos gastos com planos de saúde dos servidores federais (cujos recursos provêm diretamente do Tesouro Nacional) com os gastos de determinadas empresas estatais atinge quase 10% do total de gastos com planos privados de saúde no País”.<sup>676</sup>

Em terceiro, a reavaliação entre as delimitações e interpenetrações do público e do privado favorece a percepção de que nem o setor público nem o setor privado são homogêneos. “Basta pensar no confronto entre a lógica efficientista que todo hospital precisa buscar hoje e a forte autonomia com que atuam os médicos”.<sup>677</sup>

Em quarto, esse conjunto de reflexões conduz a reconsideração de outra dicotomia pautada na avaliação das condições patrimoniais para arcar isoladamente com os custos de acesso à saúde paga. Mister fazer ecoar a advertência de BAHIA, segundo a qual: “O sentimento predominante é que ‘assim o SUS pode atender melhor a quem realmente não pode pagar’. A aceção de que a saúde pública a ser destinada aos pobres traduz-se operacionalmente em expressões como ‘SUS

---

aproximadamente 3 bilhões de reais (3.086.253.584) e a assistência médica, odontológica e farmacêutica a empregados desonerada do imposto de renda de pessoa jurídica quase 2 bilhões de reais (1.965.056.159). BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2008**. Brasília: Receita Federal, ago. 2007. p. 16. O crescimento é acentuado. No ano anterior, a desoneração de gastos com saúde atingiu 7,7 bilhões de reais (7.739.903.308). BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2007**. Brasília: Receita Federal, ago. 2006. p. 16. Em 2006 o montante foi 6 bilhões (5.920.421.259). BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2006**. Brasília: Receita Federal, ago. 2005. p. 15. Sublinhe-se que a crítica não pretende extinguir essa forma de isenção, porém, incitar a reflexão. A própria Receita Federal preocupa-se em analisar a legitimidade, como denota a inserção no demonstrativo de 2008 do seguinte apontamento: “Em uma primeira análise, poderia se concluir que a renúncia tributária em âmbito federal não estaria atendendo a um dos preceitos mais nobres, que seria a utilização deste instrumento para promover o desenvolvimento das regiões mais carentes do país. Porém, se compararmos a renúncia tributária estimada por região com a respectiva arrecadação prevista, para o ano de 2008, verifica-se que a Região Sudeste possui uma renúncia tributária de apenas 9,47% de sua arrecadação. As regiões Norte e Nordeste, que são as menos desenvolvidas do país, possuem os maiores percentuais de participação da renúncia em relação às suas respectivas arrecadações, com 152,37% e 42,68% respectivamente”. BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2008**. Brasília: ago 2007. p. 72.

<sup>676</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 73. Além disso, “nota-se que os empregados de estatais e servidores públicos federais do Poder Legislativo e do Poder Judiciário estão cobertos por planos de saúde com valores superiores aos da média nacional”. Obra citada, p. 77.

<sup>677</sup> Os prestadores de serviços de saúde são “complexos campos de enfrentamento de lógicas e interesses distintos”. ANS. **Dois faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde - Série Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005. (Série A). p. 70-71.

dependentes' e 'pagantes e não pagantes'.<sup>678</sup>

O panorama incorpora, no entanto, certo grau de perversidade em seu financiamento, ou ao menos um caráter trágico que não se esvanece – e por vezes mesmo se fortalece – na dicotomia e nas inter-relações entre público e privado na saúde. Longe de um maniqueísmo que tome os planos de saúde como “vilões”, ou que superestime o financiamento público dos planos de saúde,<sup>679</sup> o que está em questão, antes, é o entrelaçamento entre público e privado, a construção do sistema privado nos espaços vazios deixados pelo Estado e,<sup>680</sup> seja qual o valor que atinja,

---

<sup>678</sup> BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 164. Congruente com tal pensamento delineou o então coordenador da Comissão de Saúde Suplementar do Conselho Nacional de Saúde: “Precisamos eliminar a falsa idéia de que no Brasil existem dois sistemas que não se relacionam: o SUS (Sistema Único de Saúde), o sistema dos pobres, e os planos e seguros de saúde, para os trabalhadores formais e a classe média”. No entanto, registrou haver uma “fila dupla” nos hospitais universitários, que selam convênios com os planos de saúde e impõem, na mesma unidade do SUS, dois agendamentos e duas resolutividades, instituindo os cidadãos de primeira e de segunda linha”. SCHEFFER, Mário C. Saúde Suplementar: o que o SUS tem a ver com isso? **Jornal do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, 01 maio 2005, p. 8. Nesse sentido também: GARCIA, Márcia. **A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DOS PLANOS DE SAÚDE**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Departamento de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2004. p. 96 e seguintes. “[...] os preceitos constitucionais da universalidade e da igualdade sofrem continua ameaça”, como se nota face “a presença de segmentos conservadores da sociedade e de setores do governo que querem abolir os fundamentos do Sistema Único de Saúde, público e gratuito, reforçando a medicina privada de planos e seguros de saúde e admitindo formalmente duas categorias de cidadãos, os que têm e os que não têm planos de saúde”. CEBES. **Saúde, Justiça e Inclusão Social**, Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 28, n. 68, p. 289-290, set./dez. 2004. Documento produzido na 12ª Conferência Nacional de Saúde. p. 289. Em outro texto, anota BAHIA: “apesar da sutil diferença entre os termos ‘pagante’ e ‘SUS não dependente’, a origem dos dois rótulos é a mesma. Trata-se de obter a equivalência dos planos e seguros de saúde privados ao SUS por meio da operação de uma brutal homogeneização de sentidos, valores e práticas que são completamente diferenciados”. BAHIA, Ligia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 4, p. 1385-1397, set./out. 2008. p. 1388.

<sup>679</sup> “De qualquer maneira, afirmar — hoje — que o Estado continua sustentando o mercado de planos de saúde é bastante polêmico, a despeito da presença da renúncia fiscal e da resistência das operadoras em ressarcir a ANS pelos serviços prestados pelo SUS à clientela da medicina privada”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. p. 176.

<sup>680</sup> Em texto escrito um ano antes da criação da ANS, porém sobre a vigência da Lei dos Planos de Saúde, pondera Marcos Almeida Magalhães de ANDRADE Jr., Coordenador da UTI do Hospital Mater Dei em Belo Horizonte, ao refletir sobre a relação entre médicos e pacientes: “a retirada dos órgãos governamentais de saúde do mercado assistencial, de forma quase completa, abriu espaço para o surgimento de uma nova integrante dessa relação e que simplesmente dela certamente quer usufruir: a seguradora de saúde”. ANDRADE Jr., Marcos Almeida Magalhães de. Marcadores Atuais da Relação Médico-Paciente – Palco atual onde transcorre o trabalho médico. Determinantes da deflagração dos processos judiciais pacientes x médicos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 21-30. p. 21. “A saúde suplementar inicialmente herdou a clientela corporativa excluída do sistema público”. SANTOS, Maria Angélica Borges dos; GERSCHMAN, Silvia. As segmentações da

ou a forma que assuma, o financiamento público do setor privado.<sup>681</sup> Nesse compasso, como se procura enfatizar ao longo desta pesquisa, assume-se como premissa que a oferta de assistência médica privada pelos planos de saúde é atividade desenvolvida pela iniciativa privada com grande importância social; por outro lado, a indiferença em relação às iniquidades, o silêncio diante dos paradoxos e a assimilação acrítica das contradições expressam ocultações relevantes. No pensamento de BAHIA, SIMMER e OLIVEIRA:

As facilidades de inclusão dos segmentos cobertos pelos planos permitem aos mesmos transitar nos serviços remunerados pelo SUS. Mas o atendimento de um paciente sem plano em um estabelecimento de saúde exclusivamente privado só se viabiliza em condições específicas - ser portador de uma patologia exigente da realização de um procedimento de alto custo, quase que exclusivamente financiado pelo SUS. Paradoxalmente, é o status de saúde negativo que pode conduzir o doente crônico para uma condição de cidadão de primeira classe.<sup>682</sup>

---

oferta de serviços de saúde no Brasil - arranjos institucionais, credores, pagadores e provedores. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 3, p. 795-806, 2004. p. 800. Assinalam, outrossim, que: “a implantação do SUS é acompanhada de um expressivo crescimento nos planos de saúde”, o que decorre pelo fato de que “simultaneamente, o setor privado vem incorporando competência crescente para ofertar maior complexidade, em áreas que tradicionalmente só eram cobertas pelo setor público. O contraste com a percepção de ‘simplificação’ da oferta pública, aliado às dificuldades de acesso, contribui fortemente para o crescimento dos planos de saúde”. Obra citada, p. 802.

<sup>681</sup> Recorde-se que, na forma da Constituição Federal, art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

<sup>682</sup> BAHIA, Ligia; SIMMER, Elaine; OLIVEIRA, Daniel Canavese de. Cobertura de planos privados de saúde e doenças crônicas: notas sobre utilização de procedimentos de alto custo. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 4, p. 921-929, 2004. p. 928. Ao mesmo tempo “no quadro atual, identifica-se ainda uma outra tendência nas relações entre o setor público e o setor privado, dada pelos novos convênios estabelecidos entre os ‘planos de saúde’ e hospitais públicos, os quais passam a vender para aqueles serviços de alta complexidade. [...] Tal tendência ainda está longe de se configurar um expediente já consolidado. Entretanto, o debate em torno do tema demonstra claramente o potencial de conflitos em torno da iniciativa. Para os hospitais significa o benefício de recursos extras, em meio a uma crise financeira séria, provocada pela queda acentuada nos valores do repasse de recursos federais nos últimos anos. Assim, para os que estão à frente da gestão dessas instituições, os contratos com a área privada permitem maior autonomia gerencial na medida que os recursos públicos deixam de ser a única fonte de financiamento, ainda que continue a ser a principal. Por outro lado, ao assumir como clientela os usuários do serviço privado, os hospitais públicos correm o risco de reduzir ou limitar o atendimento a sua clientela primordial, já que por falta de investimentos não ocorreu uma ampliação no número de leitos. Ou seja, os atendimentos e o número de leitos públicos, como é notório, são sempre inferiores à demanda. Além disso, o valor dos repasses federais fica sempre aquém do aumento constante dos custos hospitalares, pairando a ameaça de fechamento dos já precários leitos e atendimentos públicos especializados”. SOUZA, Rosimary Gonçalves de; BODSTEIN, Regina Cele de Andrade. Inovações na intermediação entre os setores público e privado na assistência à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 3, p. 481-492, 2002. p. 489.

Enfim, essa ordem de idéias parece favorecer a comunicação das distintas racionalidades que informam “o público e o privado” no âmbito da saúde. Frise-se o amplo potencial que emana dos influxos entre essas esferas, representado pelo intercâmbio de métodos e idéias, pela convivência (dialética) de interesses, bem como pelo distanciamento de visões unilaterais – como as de racionalidade estritamente econômica. Significa incorporar, à tão em voga discussão sobre a eficiência na prestação da saúde, parâmetros como qualidade de atendimento e vidas salvas.

## 2.3 Os produtos da *mercantilização* da prestação de serviços da saúde

### 2.3.1 Conversão da saúde em mercadoria

O debate em torno da tutela dos contratos de planos de saúde deve fazer-se acompanhar pela própria discussão em torno da visualização da prestação da saúde como uma *mercadoria*, uma *commodity*<sup>683</sup> ou um *negócio*.<sup>684</sup> A finalidade desse trabalho certamente não permite aprofundar o tema, mas exige seu destaque.

---

<sup>683</sup> ECHEVERRI, ao tratar da mercantilização da prestação dos serviços de saúde, além do equivalente em espanhol – “*mercantilización*”, faz referência a expressão em língua inglesa “*commodification*”, transformar em “*commodity*”, o qual esclarece, significa atribuir o caráter de mercancia a um bem ou serviço. ECHEVERRI, Oscar. Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo: el caso de Colombia. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 24, n. 3, p. 210-216, set. 2008. p. 211. Trabalhando sobre a temática do sagrado e do preço, ALCOFORADO salienta: “Fica pois, evidente que a Constituição Federal estabelece uma espécie de proibição da comoditização da saúde”. ALCOFORADO, Flávio. A escolha de planos de saúde pelo consumidor: uma visão antropológica. In: MIGUELES, Carmen. 1. ed. **Antropologia do Consumo: casos brasileiros**. São Paulo: FGV, 2007. p. 45-82. p. 68.

<sup>684</sup> Segundo GIRALDO, da Universidad del Rosario: “*Vivimos una época de cambio en nuestro ejercicio profesional que nos obliga a enfrentarnos [sic] a una nueva forma de ejercer la profesión. Nuestro ejercicio médico sustentado en bases puramente científicas y con claros objetivos sociales está denjado [sic] de existir y los administradores de la salud nos obligan a ver esta como un negocio*”. GIRALDO, Juan Camilo. ¿Costo-efectividad? **Revista Ciencias de la Salud**, Bogotá (Colômbia), Escuela Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario, n. 3, p. 5-8, jan./jun. 2005. Em tradução livre: “Vivemos uma época de mudanças em nosso exercício profissional que nos obriga a enfrentarmos uma nova forma de exercer a profissão. Nosso exercício médico sustentado em bases puramente científicas, e com claros objetivos sociais está deixando de existir e os administradores de saúde nos obrigam a vê-la como *negócio*”.

Sob diversos aspectos, tem-se assinalado a mercantilização dos serviços de saúde. Em que pese a nomenclatura usual para o tema seja “mercantilização da saúde”, justifica-se a designação ora adotada, indicada no título do presente capítulo, por salientar o esforço em apartar a ótica que enxerga a saúde como *produto*. Ainda, a opção por nominar o tema de “mercantilização do acesso à saúde”, remeteria a outras idéias. Seja qual o nome atribuído a esse conjunto de fenômenos, parece indiscutível que as conseqüências atingem os mais variados recantos da atividade da saúde, a afetar as relações entre médico e paciente<sup>685</sup> e a atingir a qualidade dos tratamentos.

Tragicamente, a Medicina, uma arte-ciência voltada inteiramente à proteção da pessoa, cobra-se sua “*repersonalização*”. Nessa senda, Fernando Martínez CORTÉS, em “*El ejercicio de la Medicina en México en el año 2000*”, defende:

*Hoy existe una corriente fincada en hechos indiscutibles, que lucha en favor de una práctica médica que no solamente tome en cuenta a la enfermedad, sino a la persona que la padece. La base o punto de partida de esta corriente es que una cosa es la enfermedad para las ciencias y tecnología médica y otra, esa misma enfermedad para la persona que la padece.*<sup>686</sup>

---

<sup>685</sup> Entre as conseqüências, o distanciamento e a desumanização da relação médico paciente. No dizer de Miguel SROUGI: “os médicos também se afastaram de seus parceiros. Treinados para lidar com números e estatísticas frias e tocados pelos enormes avanços da ciência, passaram a se preocupar em estender a vida, e não em expandir a existência”. SROUGI, Miguel. Como fazer um bom médico. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 25 mar. 2003, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

<sup>686</sup> CORTÉS, Fernando Martínez. El ejercicio de la Medicina en México en el año 2000. In: MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (Coord.). **Temas Selectos de Salud y Derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 1-12. (Serie Doctrina Jurídica, n. 94). p. 2. Em tradução livre: “Hoje existe uma corrente fulcrada em fatos indiscutíveis que luta em favor de uma prática médica que não somente tome em conta a doença, mas a pessoa acometida. O ponto de partida dessa corrente consiste em que, uma coisa é a doença para as ciências e à tecnologia médica, e outra coisa é a enfermidade para a pessoa que dela padece”. Analogamente a repersonalização do Direito Privado (em aproximação apenas com a finalidade de reflexão), a correspondente discussão da humanização da Medicina: CAPRARA, Andrea; FRANCO, Anamélia Lins e Silva. A Relação paciente-médico: para uma humanização da prática médica. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 15, n. 3, p. 647-654, set. 1999. HOGA, Luiza Akiko Komura. A dimensão subjetiva do profissional na humanização da assistência à saúde: uma reflexão. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, USP, v. 38, n. 1, p. 13-20, mar. 2004. SOUZA, Waldir da Silva; MOREIRA, Martha Cristina Nunes. A temática da humanização na saúde: alguns apontamentos para debate. **Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 12, n. 25, p. 327-338, jun. 2008.

Entre outras manifestações ou efeitos desse processo de transformações, observa-se, na assistência privada, a redução do tempo das consultas;<sup>687</sup> a solicitação de exames complementares desnecessários,<sup>688</sup> bem como a opção por tratamentos mais convenientes e lucrativos;<sup>689</sup> e enfim, a perda de qualidade nos exames clínicos.<sup>690</sup>

Nesse contexto, fala-se em *industrialização*<sup>691</sup> da Medicina, a suscitar acentuada preocupação diante da “aparente aproximação entre hospitais e fábricas”. Essas idéias repercutem no significativo crescimento em importância da discussão

---

<sup>687</sup> PUJOL, Luiz Ernesto. Tempo de Consulta e Intervalo Inter-atendimento. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina**, Curitiba, CRM, v. 24, n. 94, p. 61-62, abr./jun. 2007. p. 62.

<sup>688</sup> Para Drauzio VARELA: “O que os empresários dos planos de saúde parecem não enxergar é que, embora consigam mão-de-obra barata - graças à proliferação de faculdades de medicina que privilegiou números em detrimento da qualidade -, acabam perdendo dinheiro ao pagar honorários tão insignificantes: médicos que não dispõem de tempo a ‘perder’ com as queixas e o exame físico dos pacientes, pedem exames desnecessários. Tossiu? Raios X de tórax. O resultado veio normal? Tomografia computadorizada. É mais rápido do que considerar as características do quadro, dar explicações detalhadas e observar a evolução. E tem boa chance de deixar o doente com a impressão de que está sendo cuidado”. VARELA, Drauzio. Médicos versus planos de saúde. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 18 set. 2004, Caderno Ilustrada, p. E6. Segundo Júlio César Monteiro dos SANTOS Jr.: “Estima-se que 60% dos exames ditos de ‘rotina’ podem ser dispensados, sem qualquer risco para os pacientes”. SANTOS Jr., Júlio César Monteiro dos. Avaliação médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, Sociedade Brasileira de Coloproctologia, v. 26, n. 1, p. 70-85, jan./mar. 2006. p. 72.

<sup>689</sup> A questão não é nova. Relatava Carmen BARROSO, em 1984: “Não é por acaso que o Brasil é o país que tem a maior porcentagem de cesarianas. Um estudo realizado em nove hospitais de São Paulo e Rio concluiu que considerações financeiras desempenham um papel importante ao encorajar os médicos a planejar maior número de cesarianas entre clientes particulares e de convênio do que entre outras mulheres. Entre outros, estes dados refletem dois aspectos do sistema brasileiro: a submissão dos interesses da saúde à lógica do lucro e a tendência à medicalização da contracepção que faz parte de uma tendência geral de favorecimento de hospitalização e sofisticação dos serviços em detrimento das medidas preventivas e de cuidados básicos de saúde. Esta política de saúde, responsável pelos custos crescentes dos serviços, resulta no gravíssimo problema das cirurgias desnecessárias, parte das quais está ligada ao problema da esterilização”. BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, v. 18, n. 2, p. 170-180, 1984. p. 175. Não se está a dizer que o lucro é o único motivo que esclarece o quadro. A literatura médica cita outros fatores, como razões médicas, idade, a possibilidade de agendamento, suposição de que haverá menos dor e realização conjunta de outro procedimento (como a laqueadura). Entretanto, parece relevante destacar que, ainda que envolva riscos significativamente maiores, o procedimento cesariano apresenta índices maiores entre pessoas com renda superior. Conforme FREITAS: “as desigualdades socioeconômicas, de idade e etnia na chance de cesariana, com as maiores taxas nos grupos onde são esperadas melhores condições de saúde materna, menor risco obstétrico e maior exposição à tecnologia médica, sugerem abuso da mesma no atendimento ao parto”. FREITAS, Paulo Fontoura *et al.* Desigualdade social nas taxas de cesariana em primíparas no Rio Grande do Sul. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, v. 39, n. 5, p. 761-767, 2005. p. 765. Ressaltando a ligação entre maior renda e maior incidência de cesáreas confira-se: COSTA, Juvenal Soares Dias da *et al.* Assistência ao parto em São Leopoldo, RS: um estudo de base populacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, n. 0300/2007, 2007. Além da renda, demonstrou-se, inclusive no Brasil, a vinculação com o nível de cobertura do plano de saúde. CECATTI, José Guilherme *et al.* Factors associated with vaginal birth after previous cesarean section in Brazilian women. **Pan**

sobre a mercantilização da prestação dos serviços na saúde – o controle dos custos, a fragmentação do atendimento e a incorporação de novas tecnologias e tratamentos, quer no setor dos planos de saúde, quer no que tange à prestação estatal –,<sup>692</sup> a qual se revela urgente perante a essencialidade da concretização do direito fundamental à saúde.<sup>693</sup>

Representativa igualmente, a defasagem no ensino da Medicina<sup>694</sup> e o predomínio do interesse nas especializações – mais rentáveis – sobre a clínica

---

**American Journal of Public Health**, Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 18, n. 2, p. 107-113, 30 ago. 2005. p. 109-110. GOLDENBERG e MORAES apontam que sua “investigação evidenciou a predominância de ocorrência de cesáreas no sistema privado de assistência, dando conta de sua valorização em meio à ordem de trabalho médico, regida pela lógica da produtividade na organização empresarial e no atendimento em massa”. MORAES, Maria Sílvia de; GOLDENBERG, Paulete. Cesáreas: um perfil epidêmico. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 17, n. 3, p. 509-519, 2001. p. 517. Apesar de se tratar de “cirurgia de grande porte e maior risco”, atesta Jorge Francisco Kuhn SANTOS, “os índices de cesárea no país e no mundo vêm crescendo, é verdade, na maioria das vezes por razões de conveniência do médico ou da mulher”. SANTOS, Jorge Francisco Kuhn. Parto Normal ou Cesárea. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 18 set. 2008, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

<sup>690</sup> “O bom exercício da medicina exige, além do exame físico cuidadoso, observação acurada, atenção à história da moléstia, à descrição dos sintomas, aos fatores de melhora e piora, uma análise, ainda que sumária, das condições de vida e da personalidade do paciente”. VARELA, Drauzio. Médicos versus planos de saúde. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 18 set. 2004, Caderno Ilustrada, p. E6.

<sup>691</sup> Para Júlio César Monteiro dos SANTOS JR: “o comprovado domínio industrial da Medicina, a mercantilização do ato médico, isto é: visar o lucro acima de qualquer outro direito e a expropriação do bem-estar vêm transformando o médico em tratador de pacientes e fomentador do consumismo na área da saúde”. SANTOS Jr., Júlio César Monteiro dos. Avaliação médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, Sociedade Brasileira de Coloproctologia, v. 26, n. 1, p. 70-85, jan./mar. 2006. p. 72.

<sup>692</sup> Sublinha Rosalice Fidalgo PINHEIRO: “Estamos constantemente a exaltar os avanços da ciência, sem às vezes perceber, que eles não se encontram ao alcance de todos. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Sujeito de direito e bioética. **Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, UFPR, v. 30, n. 30, p. 411-430, 1998. p. 422. Sob outra ótica: AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. Obrigações governamentais em saúde, comprovações clínicas e o direito a tratamentos de alto custo. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina**, Curitiba, CRM, v. 24, n. 96, p. 187-210, out./dez. 2007.

<sup>693</sup> “Se a proteção à atenção à saúde deve ser uma preocupação constante por parte do Estado, o mesmo ocorre diante da contenção de custos por parte das operadoras de planos e seguros de saúde. Em uma atividade econômica fortemente marcada pela primazia da oferta e em um modelo assistencial que privilegia a ‘fragmentação do paciente’ por especialidades, e que estimula o consumo de tecnologia, muitas vezes, em detrimento da própria relação profissional de saúde/paciente, a preocupação com a espiral crescente de custos é consequência natural”. BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção gestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 65-66.

<sup>694</sup> Na crítica de Júlio César Monteiro dos SANTOS JR: “há muito tempo, a Saúde vem sendo ameaçada pela colonização empresarial do médico que, iniciada dentro da Universidade, se prolonga no ambiente de trabalho. Esta ação tem origem na propaganda voraz e no ensino defasado da realidade científica. Se não for assim, origina-se na asserção de tendências individuais expressando opiniões isoladas e não abalizadas”. SANTOS Jr., Júlio César Monteiro dos. Avaliação médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de

geral.<sup>695</sup> Ao retratar o resultado do que denominaram “processo de capitalização da medicina”,<sup>696</sup> consignam PIERUCCINI e BUENO: “as transformações ocorridas no mercado de trabalho médico, o agravamento da crise da atenção à saúde da população e os avanços contínuos dos recursos tecnológicos à disposição das especialidades, fizeram com que o enfoque generalista ficasse cada vez mais distante da realidade de ensino”.<sup>697</sup>

O amplo desenvolvimento tecnológico, novos equipamentos, medicamentos e tratamentos, trazem, concomitantemente, novas esperanças e elevação de custos. Tanto no setor público quanto no setor privado, **a preocupação com a escassez de recursos é justificada e deve se fazer acompanhar das reflexões acerca da lógica de custo/benefício, incorporando a essa equação, no entanto, a incógnita do valor da vida.** O cálculo se torna, sob esse enfoque, dos mais complexos, a requerer tempo de reflexão incompatível com a celeridade do deferimento de uma liminar.

Ao mesmo tempo, a saúde, sob o prisma axiológico vista como *valor*, na prática é “oferecida a preços variados”, causando um intenso choque de racionalidades. Conforme Nedy Cerqueira NEVES:

as descobertas científicas não se transformaram na panacéia esperada, tornando a Medicina cara e inacessível para os menos favorecidos. Todos estes problemas estão interligados com a apropriação da medicina pelo capital, fazendo com que a saúde, assim como a educação, faça parte da mesma categoria de bens de consumo.<sup>698</sup>

---

Janeiro, Sociedade Brasileira de Coloproctologia, v. 26, n. 1, p. 70-85, jan./mar. 2006. p. 72.

<sup>695</sup> É a posição de CRUZ Neto. CRUZ Neto, Otávio. Dificuldades da relação médico-paciente diante das pressões do “mercado da saúde”. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 8, n. 1, p. 307-308, 2003. p. 308.

<sup>696</sup> “Como resultado do processo de capitalização da medicina, iniciado em meados da década de 50, teve início o desenvolvimento das especialidades médicas, com reflexos imediatos no ensino de graduação, cujas grades curriculares passaram a adotar disciplinas com ênfase na especialização, em detrimento da formação clínica geral”. BUENO, Ronaldo da Rocha Loures; PIERUCCINI, Maria Cristina. **ABERTURA DE ESCOLAS DE MEDICINA NO BRASIL**. Relatório de um cenário sombrio. 2. ed. São Paulo: Associação Médica Brasileira - Conselho Federal de Medicina, mar. 2005. p. 16.

<sup>697</sup> BUENO, Ronaldo da Rocha Loures; PIERUCCINI, Maria Cristina. **ABERTURA DE ESCOLAS DE MEDICINA NO BRASIL**. Relatório de um cenário sombrio. 2. ed. São Paulo: Associação Médica Brasileira - Conselho Federal de Medicina, mar. 2005. p. 8.

<sup>698</sup> NEVES, Nedy Cerqueira. **Ética para os futuros médicos: é possível ensinar?** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006. p. 30.

No mesmo compasso, aduz Helena GARBIN:

O consumo de serviços de saúde é cada vez mais uma obsessão na sociedade contemporânea: consomem-se exames, medicamentos, *check-ups*, academias de ginástica, medicinas alternativas, alimentos saudáveis, e também se 'consomem' médicos, muitos médicos. As relações que se estabelecem entre pacientes, médicos e empresas de asseguramento estão permeadas pela racionalidade econômica, podendo ser denominadas relações de consumo. Se tradicionalmente o médico era procurado por seu paciente como um *expert* em assuntos de saúde, na atualidade o paciente torna-se um consumidor, sendo estimulado a agir como tal. O médico, agora um prestador de serviços, tem sua relação com o paciente regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste estudo foi possível observar uma nova modalidade de relação médico paciente na qual, mais do que uma autoridade a ser consultada e respeitada, o médico torna-se, ele mesmo, um novo bem de consumo. Mais ainda, ele também é usuário e vendedor do produto tecnologia, podendo estimular o consumo de exames, medicamentos, cirurgias, entre outros.<sup>699</sup>

Sintomática igualmente a organização pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo, em 08/11/2005, do "I Fórum Regulamentador de Publicidade Médica".<sup>700</sup> Em uma frase, o *paciente* converte-se em *cliente*.<sup>701</sup> Fala-se em invasão

---

<sup>699</sup> GARBIN, Helena. **As implicações dos planos e seguros de saúde no trabalho médico: a questão da autonomia**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) - Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Rio de Janeiro, 2005. p. 54. Ao abordar o tema no âmbito dos planos de saúde, assevera Célia ALMEIDA: "Na classificação econômica dos bens de consumo a assistência médica em geral pode ser considerada um *bem privado*, isto é, é um serviço que beneficia a pessoa que o consome e, uma vez consumido por essa pessoa, não o podem ser por outras. Obviamente esse enquadramento econômico tem que ser qualificado para o campo da saúde, que é constituído por diversas outras dimensões interconectadas através da demanda e da oferta de serviços de saúde e assistência médica (incluindo outros 'mercados'), e mediado pela concepção de direito de acesso à assistência médica como direito social, viabilizado historicamente de diversas formas mas com importante participação do seguro saúde, principalmente público". ALMEIDA, Célia. **Texto para Discussão n. 599**. O Mercado Privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 1998. p. 26.

<sup>700</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Jornal do Conselho Regional de Medicina de São Paulo**. Edição 219. São Paulo: Cremesp, 15/11/2005.

<sup>701</sup> "O rodízio de médicos para se descobrir uma conduta mais apropriada e o predomínio dos procedimentos laboratoriais no desenho e na definição do diagnóstico vêm banalizando o papel e o lugar do paciente neste processo através: (a) da limitação da capacidade de escuta, que ficou exclusivamente para psicólogos, analistas e terapeutas; (b) da redução do tempo de consulta; (c) da limitação ou interdição de escuta de informações subjetivas; (d) da dificuldade no exercício interpretativo dos achados; e (e) da perda da referência como ponto essencial. **Vai-se um paciente, surge outro cliente**". CRUZ Neto, Otávio. Dificuldades da relação médico-paciente diante das pressões do "mercado da saúde". **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 8, n. 1, p. 307-308, 2003. p. 308. Grifou-se

da lógica econômica nos hospitais,<sup>702</sup> excesso de carga de trabalho para os médicos,<sup>703</sup> balizamento de certas condutas médicas com base na conveniência ou em redução de custos, fomentando profundas tensões entre médicos e planos de saúde. Em tom crítico, asseveram FAÚNDES e CECATTI que: “se a clientela de um médico cresce demais, então uma cesárea com dia e hora marcados fica ainda mais conveniente, especialmente se dois ou mais casos podem ser ‘resolvidos’ juntos”.<sup>704</sup> Em consonância, no âmbito dos fármacos, advertem Volnei GARRAFA e outros: “os medicamentos não são mercadorias que possam ser oferecidas da mesma maneira que outros bens e serviços passíveis de regras do livre mercado”.<sup>705</sup> Não obstante,

---

<sup>702</sup> “As práticas médico-hospitalares passam por um profundo processo de racionalização que se traduz, entre outras coisas, pelo tratamento dos hospitais como empresas, portanto submetidos a uma lógica econômica, a terceirização dos serviços, a automação crescente dos processos diagnósticos”. ANS. **Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde** Suplementar. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde - ANS, 2005. (Série A). p. 70.

<sup>703</sup> Em levantamento com 350 médicos, acerca das condições de trabalho, “os resultados apontaram uma sobrecarga de trabalho entre os médicos de Salvador, especialmente nas atividades de plantão. Indicam também excesso de inserções de trabalho. Esses resultados são semelhantes aos obtidos em outros estudos. Entretanto, esta situação apresenta-se inadequada, pois a atividade médica necessita de tempo para interação entre médico e paciente, acompanhamento e estudo, bem como para atualização científico-tecnológica. [...] fica evidente que a medicina passou de um padrão artesanal para uma nova e complexa modalidade de organização do trabalho. O cenário exposto apresenta-se bastante desfavorável aos médicos de Salvador devido a: sobrecarga de trabalho, especialmente em atividades de plantão; condições de trabalho precárias, regidas preferencialmente pela remuneração por procedimento, especialmente no setor privado; baixa remuneração e elevada frequência de queixas físicas e psíquicas”. NASCIMENTO SOBRINHO, Carlito Lopes *et al.* Condições de trabalho e saúde dos médicos em Salvador, Brasil. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 2, p. 1-6, 2006. p. 4-5.

<sup>704</sup> Consoante já se retratou acima “a preferência dos médicos pela cesariana pode ter várias origens. Contudo, atualmente, o que domina é a conveniência de uma intervenção programada, que não tomará mais que uma hora de seu tempo, ao contrário do parto vaginal que pode ocorrer a qualquer hora do dia ou da noite, fins de semana ou feriados, e que ocupará um período maior e imprevisível de seu tempo”. FAÚNDES, Aníbal; CECATTI, José Guilherme. A operação cesárea no Brasil: incidência, tendências, causas, conseqüências e propostas de ação. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 7, n. 2, p. 150-173, 1991. p. 155-156.

<sup>705</sup> GARRAFA, Volnei *et al.* Análise bioética da propaganda e publicidade de medicamentos. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, n.1, p. 221-229, 2007. p. 223. Mais adiante, afirma GARRAFA: “As indústrias de medicamentos parecem estar mais preocupadas com suas vendas do que com a saúde pública, pois continuam divulgando os produtos por meio de publicidade muitas vezes inadequada e enganosa, estabelecendo conflitos permanentes entre empresas, governo e sociedade”. Obra citada, p. 228. Em concordância, Jorge Vallejos URRUTIA explicita: “*La receta médica hoy ya no hace falta, solo se va a la farmacia y se obtiene la droga como si fuera un supermercado que expende alimentos. ¡Bienvenidos psicotrópicos! Para atacar a las enfermedades de salud mental que polulan [sic] nuestra cibercultura como lo hacen los virus informáticos (...). ¿Por qué se permite la venta de sustancias que intoxican nuestro cuerpo y nuestra mente, manipulando nuestro sistema nervioso central y periférico, comando de nuestra existencia en todos sus órdenes; bio-psico-social (y espiritual)? Las enormes ganancias económicas y de poder por comerciar salud pueden dar la respuesta.*” URRUTIA, Jorge Vallejos. Salud, mercado y poder: la aventura psicotrópica del HOMO NOVO. **Nuevamerica**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 46-47, 2006. p. 47. Em tradução livre: “a receita médica hoje não faz falta, somente

acentua-se o crescimento do marketing de fármacos, de procedimentos e equipamentos<sup>706</sup> médicos – transmutando a saúde em *mercadoria*.

Ressalva-se que, neste estudo, não se explora, com profundidade, a extensão desses fenômenos. Prestam-se essas linhas apenas a acenar para a complexidade que a análise do tema exige e a inexistência de respostas fáceis. Para além disso, buscou-se tão-somente salientar, com fulcro na literatura médica, que é possível perceber um processo de transformações associáveis ao desvirtuamento de certos setores da Medicina, cuja metamorfose segue o trajeto, da prática médica ao afogamento no “negócio da saúde”;<sup>707</sup> da nobreza do ofício<sup>708</sup> à avidez.<sup>709</sup>

### 2.3.2 Diálogos entre a lógica do lucro e a lógica da vida

Cumprе consignar que não se está a propor a supressão do lucro, da

---

se vai a farmácia e se obtém o medicamento (droga) como se fosse um supermercado a vender alimentos. Bem-vindos psicotrópicos! Para atacar as enfermidades de saúde mental que pululam em nossa cibercultura como fazem os vírus informáticos [...] Por que se permite a venda de substâncias que intoxicam nosso corpo e nossa mente, manipulando nosso sistema nervoso central e periférico, comandando nossa existência em todas as suas ordens; bio-psicosocial (e espiritual)? As enormes ganâncias econômicas e de poder por comercializar a saúde podem dar a resposta.”

<sup>706</sup> “A exemplo do que ocorreu na área médica na década de 1990, também se detecta a entrada no mercado de equipamentos odontológicos de maior densidade tecnológica. Os congressos organizados pelas entidades odontológicas passam a ser espaços privilegiados para a divulgação de novos equipamentos, materiais de consumo e técnicas. Na maior parte destes eventos, a atualização técnico-científica ocupa um espaço físico mínimo ante as feiras comerciais acopladas”. MANFREDINI, Marco Antonio; BOTAZZO, Carlos. Tendências da indústria de equipamentos odontológicos no Brasil entre 1990 e 2002: notas prévias. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 11, n. 1, p. 169-177, 2006. p. 174.

<sup>707</sup> Indicativo do que se busca expor, a ironia presente na paráfrase: “saúde não se compra, porém se vende”.

<sup>708</sup> Acentua Miguel SROUGI “o exercício da medicina realizado na sua dimensão maior apóia-se em dois pilares: o conhecimento científico e o humanismo. Este conceito, aparentemente óbvio, explica por que o bom médico não é aquele apenas dotado de ilustração técnica mas também aquele que tem compaixão e estabelece relações humanas profundas, aquele que se posta ao lado do seu paciente, como leal companheiro de viagem”. SROUGI, Miguel. Alguma coisa está errada por aqui. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 24 fev. 2003, Caderno Cotidiano, p. C9. Escreve Raul CUTAIT: “na sua essência, o exercício da medicina é poético e enlewa. Na prática, existem percalços. Mas o amor pela profissão prevalece”. CUTAIT, Raul. O médico. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 19 out. 2008, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

<sup>709</sup> Recorde-se MOUNIER: “a produção não tem valor senão quando visa ao seu mais alto fim: a instauração dum mundo de pessoas. Não o vai buscar nem à organização das técnicas, nem à acumulação de produtos, nem a instalação pura e simples da prosperidade”. MOUNIER, Emmanuel. **O Personalismo**. (Trad. João Bernard da Costa). 4. ed. Lisboa (Portugal): M. Fontes, 1976. p. 55.

remuneração dos médicos ou dos serviços privados.<sup>710</sup> Centra-se a crítica na preocupação em torno da adoção de uma lógica estritamente econômica que faz da pessoa humana tão-só “coisa”. É fenômeno que alcança até mesmo a exploração econômica da monopolização do conhecimento da Medicina, como pontua Otávio CRUZ Neto, ao refletir sobre o saber médico: “questionamos seu uso indevido, pois, freqüentemente, atendendo a um ‘mercado da saúde’ frenético por lucros, a doença é vista como um potencial gerador de rendimentos”.<sup>711</sup>

O fenômeno espalha-se pelos variados campos da saúde<sup>712</sup> e se reflete nas disparidades entre o público e o privado a revelar que o país investe grandes somas em saúde e, no entanto, o acesso é insuficiente em vários aspectos.<sup>713</sup> Além da

---

<sup>710</sup> Essa perspectiva foi associada no TJMG à noção de função social nos contratos. “Atente-se que este entendimento não inviabiliza ou afasta o lucro, mas, apenas impõe que o lucro seja acompanhado de finalidade social. Demonstra, nessa condição, a necessidade do exercício do capitalismo regrado, sem exageros ou maiores abusos, respeitando-se o direito do consumidor e da função social de todos os meios de propriedade, de modo a se alcançar um equilíbrio nas relações contratuais e uma suportabilidade das obrigações dali decorrentes. Assim, as limitações contratuais referentes aos exames e às internações, que decorrem de uma ótica puramente mercantilista, não encontram fundamento de validade na Constituição Federal. A Lei Maior, ao consagrar a saúde como um direito fundamental, que possui caráter de relevância pública (art. 197), afasta qualquer possibilidade de se atribuir à saúde a condição de mercadoria e de que ela seja confundida com outras atividades econômicas”. MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.393842-3/000(1). Rel.: Edilson FERNANDES. Julgamento: 04/06/2003. DJ: 14/06/2003. Nesse trabalho são feitas outras referências a esse julgado. Em discussão, validade de limitações expressa em documento apartado.

<sup>711</sup> CRUZ Neto, Otávio. Dificuldades da relação médico-paciente diante das pressões do “mercado da saúde”. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 8, n. 1, p. 307-308, 2003. p. 308. Em sintonia, destacou SILVEIRA que com a mercantilização da prestação da saúde “os doentes crônicos passam a ser cultivados porque asseguram uma receita previsível e o exagero de exames complementares e de aplicações terapêuticas passa a ser confundido com a boa qualidade da medicina”. SILVEIRA, Paulo Flávio. Sobre a deontologia do intervencionismo estatal no setor saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, v. 22, n. 3, p. 221-232, 1988. p. 223.

<sup>712</sup> Alertam Marco Antonio MANFREDINI e Carlos BOTAZZO que “a visão de que a odontologia seria um problema a ser resolvido no mercado foi raras vezes afrontada no último século. O entendimento de que saúde bucal é direito de cidadania e dever do Estado fica restrito a momentos episódicos como as Conferências de Saúde Bucal e os encontros municipais, estaduais e nacional de serviços públicos odontológicos. Este posicionamento político é claramente minoritário no campo das entidades odontológicas, das universidades e mesmo dos serviços públicos. Desta forma, **consumir** ‘odontologia’ seria um problema a ser equacionado pelo mercado”. MANFREDINI, Marco Antonio. BOTAZZO, Carlos. Tendências da indústria de equipamentos odontológicos no Brasil entre 1990 e 2002: notas prévias. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 11, n. 1, p. 169-177, 2006. p. 172. Grifou-se.

<sup>713</sup> Segundo TEMPORÃO, descrevendo o acesso a vacinas: “Evidencia-se que a dinâmica do mercado ao estabelecer relações e fluxos obedece à lógica implícita no ciclo de vida dos distintos produtos e à estratégia de preços administrados pelos produtores centrais. Nas fases de lançamento e de penetração no mercado, quando predominam poucos produtores (normalmente apenas um) e altos preços, os produtos encontrados e utilizados nos países centrais, são oferecidos apenas no segmento privado. Já na fase de maturidade, quando a entrada de vários produtores leva à redução dos preços, os produtos são incorporados ao PNI [Programa Nacional de Imunizações] e utilizados em larga escala. Nesta fase de ‘deslocamento’, o segmento privado incorpora novos produtos, ainda

apreciação de recursos, controle sobre exames solicitados, discussões sobre as condições de trabalhos dos médicos e restrição de tratamento, no âmbito dos contratos de plano de saúde, a mercantilização apresenta-se igualmente na preocupação da literatura médica com a conversão da saúde, há tempos, em *bem de consumo*.<sup>714</sup>

Essa ordem de idéias, sob variadas formas recebe guarida jurisprudencial e influi na racionalidade que inspira as compreensões jurídicas. Nessa senda, exprimiu juiz José Domingues Ferreira ESTEVES ao apreciar ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Geraí, para ver afastada cláusula que excluía doenças preexistentes sob o argumento de inexistência de exame prévio: “a saúde é bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana e, como tal, foi elevada pela Carta Magna de 88 à condição de direito fundamental do homem, merecendo assim maior destaque e atenção, não podendo ser tida como simples mercadoria ou tratada como qualquer atividade econômica”.<sup>715</sup>

---

em fase de lançamento ou de penetração no mercado, além de manter para os produtos maduros nichos de mercado cujas características estão determinadas pela maior ou menor abrangência da política de universalização desenvolvida pelo PNI. O fato é que o PNI, por restrições orçamentárias, não pode disponibilizar aos usuários do SUS, desde o início, produtos eficazes e disponíveis no mercado, enquanto o segmento privado os oferece aos que podem pagar diretamente pelos mesmos produtos”. É preciso discordar de TEMPORÃO, contudo, quando, divergindo de consistente doutrina, procura sustentar que “este tipo de restrição ao acesso das novas tecnologias disponibilizadas em outras áreas do diagnóstico ou terapia, não parece ter paralelo no interior do SUS, onde apenas os procedimentos considerados experimentais apresentam restrições ao acesso”. TEMPORÃO, José Gomes. O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 5, p. 1323-1339, set./out. 2003. p. 1336. Assim, perfilha-se a posição de BAHIA ao assinalar que “a cobertura de planos privados de saúde representa a garantia de ingresso em serviços de saúde vetados para a maioria da população brasileira”. BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 163.

<sup>714</sup> “Desde fins da década de 1960, um número crescente de trabalhadores passou a ser coberto pelos planos de saúde, seja mediante a celebração de contratos individuais, seja mediante a adesão a um contrato empresarial ou associativo. A assistência à saúde, assim, se transformava em um bem de consumo”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. p. 159. Não obstante, ainda que colocando entre aspas a idéia de mercadoria, declinou-se no TJPR: “atente-se ao fato de que a Requerida/Apelada ao oferecer ao consumidor a sua ‘mercadoria’, vende-a através da demonstração das vantagens que ela pode oferecer”. Grifou-se. PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 0402237-3. 8ª Câmara Cível. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 23/04/2007. De modo igual: PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 0426550-3. 8ª Câmara Cível. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 25/09/2007.

<sup>715</sup> MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.320937-4/000(1). Rel.: José Domingues Ferreira ESTEVES. Julgamento: 29/08/2001. DJ: 12/09/2001. Prevaleceu a compreensão de que “é nula a cláusula contratual de plano de saúde que estipula a não cobertura dos tratamentos de doenças ou lesões preexistentes, sem que haja qualquer exigência de prévio diagnóstico, pois possibilitará a exclusão de eventual atendimento, a seu único e exclusivo critério, uma vez que o

A título de reflexão, é preciso pensar se a mercantilização da prestação dos serviços da saúde aparenta inserir-se em contexto maior: da mercantilização da vida. Sobre o tema aponta Betch CLEIMAN, “o ser humano tende a transforma-se em mais uma *commodity*, submetida às leis do mercado”.<sup>716</sup> À luz da redescoberta da pessoa pelo Direito, não se trata de remissão a um “humanismo vago”, porém, ao “humanismo mais concreto”<sup>717</sup> – e a restauração de sua primazia<sup>718</sup> – pautando-se pela consigna, alinhavada por Orlando de CARVALHO, segundo a qual “o Direito não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores”.<sup>719</sup>

A interpretação jurídica do contrato de plano de saúde não está desgarrada

---

consumidor aderente é leigo e, via de regra, não tem condições de avaliar, por si mesmo, a existência ou não de doença quando da assinatura do contrato. Perfilhando o pensamento de que a saúde não é *mercadoria*: MINAS GERAIS. TJMG. Agravo de Instrumento n.º 1.0525.08.130409-5/001(1). Rel.: Nicolau MASSELLI. Julgamento: 11/06/2008. DJ: 27/06/2008. MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0024.07.689276-9/001(1). Rel.: Eulina do Carmo ALMEIDA. Julgamento: 08/05/2008. DJ: 21/06/2008. PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 392.979-1. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 14/05/2007. Há farta jurisprudência vinculando o direito fundamental à resistência ao processo de mercantilização da prestação da saúde, a usual construção segundo a qual: “a saúde, como um bem extraordinariamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, não podendo ela ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas”. Nessa orientação: PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0500103-6. 9ª Câmara Cível. Rel.: José Augusto Gomes ANICETO. Julgamento: 01/07/2008. SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 3248/2008. Acórdão n.º 6765/2008. Rel.: Cezário SIQUEIRA Neto. Julgamento: 14/10/2008; SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 3548/2007. Acórdão n.º 4858/2008. Rel.: Cezário SIQUEIRA Neto. Julgamento: 15/06/2008. O trecho está presente (sem remissão) em muitos julgados de vários tribunais. Entre os mais antigos identificados: MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.305154-9/000(1). (ou n.º 305.154-9) Rel.: Jurema MIRANDA. Julgamento: 03/05/2000. DJ: 13/05/2000; MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.302377-0/000(1) (ou n.º 302.377-0). Rel.: Duarte de PAULA. Julgamento: 24/05/2000. DJ: 03/06/2000; PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0191773-1. Rel.: Lauro Augusto Fabrício de MELO. DJ: 01/08/2003.

<sup>716</sup> CLEIMAN, Betch. Comércio de luas e estrelas. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=68>>. Acesso em 15/03/2006.

<sup>717</sup> As expressões são de Orlando de CARVALHO. CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 91.

<sup>718</sup> Em pensamento consagrada, exprime Orlando de CARVALHO: “Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil – independentemente de um sistema de exposição favorecer ou não favorecer esse primado da pessoa e independentemente de se aderir ou não aderir a qualquer sorte ou sucedâneo do jusnaturalismo”. CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 93.

<sup>719</sup> CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 90-91. Em harmonia, segundo Joaquín Arce y FLÓREZ-VALDÉS: “*En la plasmación constitucional de los valores superiores, hemos de reconocer, sin embargo, una dimensión axiológica*”. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991. p. 87. Em tradução livre: “Na consagração constitucional dos valores superiores, devemos reconhecer, todavia, uma dimensão axiológica”.

da contextualização do papel que desempenha, da grande importância de que seja um setor lucrativo, das expectativas dos contratantes, da primazia do direito à saúde e do potencial desse tipo de avença como ferramenta interessante à sua concretização.<sup>720</sup> Nessa trilha, “o relevo de uma perspectiva funcional, sempre em confronto com a perspectiva estrutural que se preocupa em descrever aqueles meios do Direito”<sup>721</sup> e da imperatividade de um direito à “serviço da vida”.<sup>722</sup> Na dicção Graciela LOVECE, em “*El derecho a salud como nuevo derecho civil constitucional*”:

*El empresario que se dedica a la actividad comercial; tiene como objetivo primordial la obtención de una tasa de beneficio motivo último de su actividad; pero este interés perfectamente válido dentro del sistema económico capitalista, se torna preocupante cuando el objeto social de la empresa es la prestación de la salud.*<sup>723</sup>

O que está em pauta, dessa feita, não é negar o lucro na prestação de serviços de saúde, mas a visão da doença como negócio, que desemboca na concepção da saúde como produto e da pessoa como “matéria-prima – reciclável”.

---

<sup>720</sup> No TJMG, consignou-se: “à luz dos textos constitucionais ora invocados, denota-se que a saúde, inobstante constitua um dever primacial do Estado, não é um monopólio deste, configurando-se uma atividade aberta à iniciativa privada, valendo ainda anotar que a mesma não se caracteriza como uma **mercadoria** qualquer, e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas, à vista de configurar-se um **meio fundamental de se garantir o direito impostergável à vida e à dignidade humanas**, do que resume que o particular, prestando os serviços médicos e de saúde, possui os **mesmos deveres do Estado**, consistentes no fornecimento de assistência médica integral para os aderentes dos respectivos serviços. Partindo dessa conformação constitucional, o fato de a assistência à saúde afigurar-se livre à iniciativa privada não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de dar ao conveniado assistência integral, à vista de não se constituir como absoluta a liberdade econômica”. MINAS GERAIS. TJMG. Agravo de Instrumento n.º 1.0518.07.132773-9/001(1). Rel.: Otávio PORTES. Julgamento: 26/03/2008. DJ: 11/04/2008. Grifou-se. Com a mesma redação, muito antes: MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.305154-9/000(1). Rel.: Jurema MIRANDA. Julgamento: 03/05/2000. DJ: 13/05/2000. (Consta também n.º 305.154-9)

<sup>721</sup> CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 94-95.

<sup>722</sup> CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 94. O autor fez remissão a HECK na obra “*Begriffsbildung*”.

<sup>723</sup> LOVECE, Graciela. El derecho a salud como nuevo derecho civil constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, v. 9, n. 34, p. 34-44, abr./jun. 2000. p. 38. Em tradução livre: “O empresário que se dedica à atividade comercial; possui como objetivo primordial a obtenção de uma taxa de retorno motivo último de sua atividade; porém, este interesse perfeitamente válido dentro do sistema capitalista, torna-se preocupante quando o objeto social da empresa é a prestação da saúde”.

## 2.4 Diagnóstico das desigualdades na saúde

### 2.4.1 Os sintomas da iniquidade

Novas luzes atingem à saúde, sob os prismas da renda e do acesso.<sup>724</sup> De pronto, rejeita-se a usual denominação com que se adjetivam os valores aplicados em saúde, sejam denominados gastos ou despesas. Nessa esteira, a opção por designá-los *investimentos* é proposital e assenta-se na concepção de que as quantias empregadas em tratamentos, diagnósticos, medicamentos, revertem, tanto para a comunidade como para cada um de seus integrantes.<sup>725</sup> Além disso, o que explica sua natureza não é especificamente o fato de que os investimentos em saúde são a “fundo perdido”. Ao contrário, o que os caracteriza é sua necessidade, e – se, assim, quiser-se desdobrar –, sua essencialidade, relevância, e, muitas vezes, sua urgência. Nessa esteira, Oscar ECHEVERRI, descrevendo a experiência colombiana, traçando a ligação que se procurou evidenciar entre o acesso e a mercantilização da prestação saúde, assevera:

*Simultáneamente con los cambios en el rol del Estado, los economistas cambiaron el carácter de ‘bienes meritorios’ o ‘cuasi-públicos’ de los servicios de salud y los convirtieron en una mercancía, ¡como los zapatos o las papas! No cabe duda de que debe haber una diferencia entre el acceso económico a las papas y aquel correspondiente a los servicios de salud.*<sup>726</sup>

---

<sup>724</sup> Em belo ensaio Eroulths CORTIANO Jr. procura identificar as fundações do novo direito civil. Assim, escreve: “A quarta fundação do direito civil está em construção: é a fundação de um direito civil de acesso. Um direito civil de dignidade”. CORTIANO Junior, Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. p. 102. É dessa construção, a que refere CORTIANO Jr., que se está a tratar.

<sup>725</sup> Nesse passo, a Corte Suprema Argentina se posicionou no sentido de que “*se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria*”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 186. XXXIV. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. Buenos Aires, 01/06/2000. Em tradução livre: “infere-se que a proteção do direito à saúde, segundo essa Corte, é uma obrigação impostergável do Estado Nacional de investimento prioritário”.

<sup>726</sup> ECHEVERRI, Oscar. Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo: el caso de Colombia. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 24, n. 3, p. 210-216, set. 2008. p. 211. Em tradução livre: “Simultaneamente, com as modificações no papel do Estado, os economistas substituíram o caráter de ‘bens meritórios’ ou ‘quase públicos’ dos serviços de saúde e os

A seu turno, a atividade de “gastar” absorve uma pesada carga semântica, a qual se tenta colocar como obstáculo para os investimentos. “Gasto” remete de modo pejorativo ao que foi perdido, deteriorado,<sup>727</sup> vale realçar, em desprestígio à importância do respeito à vida (e à morte). Ademais, propagar o termo “despesas”, sem ressalvas, serve à validação acrítica do discurso que tenta sustentar que os direitos sociais devem ser vistos apenas como custos, ou que apenas os direitos sociais tenham custos. A respeito, consagrada lição de Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN:

*Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to preservation of rights. To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of picture.*<sup>728</sup>

converteram em mercancia, como sapatos e batatas! Não resta dúvida de que deve haver uma diferença entre o acesso econômico às batatas e aquele correspondente aos serviços de saúde”.

<sup>727</sup> Verbete Gasto. “Acepções. <adjetivo>. 1. que se gastou; gastado. Ex.: foi um dinheiro bem g. 2. que se despendeu; desembolsado. 3. que se desperdiçou; malbaratado. Ex.: o dinheiro foi todo g. estupidamente. 4. que se estragou; deteriorado. Ex.: roupas batidas e g. 5. que se danificou; destruído, deteriorado Ex.: o piso foi g. pelo tempo. 6. que se encontra enfraquecido, debilitado, avelhantado. Ex.: o sofrimento o transformou num homem g. <substantivo masculino>. 7. ato ou efeito de gastar; gastamento. 8. Derivação: por metonímia. o que se gastou; dispêndio, despesa. 9. consumição pelo tempo, pelo uso; desgaste, deterioração”. Prossegue-se com os termos associados. “Sinônimos. como adj.: acabado, batido, coçado, desgastado, puído, surrado, usado, velho; ver tb. sinonímia de cansado e rombudo; como subst.: ver sinonímia de despesa. Antônimos. como adj.: conservado, fresco, intocado, moderno, novo, recém-chegado, recente”. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva (Instituto Antonio Houaiss), 2001. p. 1433. Na transcrição suprimiram-se as locuções, homônimos e outros elementos que não contribuíam ao aspecto ressaltado.

<sup>728</sup> Em tradução livre: “embora seja uma obviedade que os direitos possuem custos, soa, todavia, como um paradoxo, uma ofensa às boas maneiras, ou mesmo uma ameaça à preservação de direitos. Asseverar que um direito possui custos é confessar que é preciso deixar algo de modo a adquiri-lo e assegurá-lo. Ignorar os custos significa deixar escolhas sacrificantes, convenientemente, fora do quadro”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. New York (Estados Unidos): Norton & Company, 2000. p. 24-25. Mais adiante, desdobra esse pensamento no âmbito das titularidades: “*A liberal system does not merely protect and defend property, it defines and thus created that property. Without legislation and adjudication that can be no property rights the way American understand that term*”, ao que acrescenta, frisando o custo de sua proteção, que “*What needs to be added to these observations is the correlative proposition that property rights depend on state that is willing to tax and spend. Property rights are costly to enforce. To identify precise monetary sum devoted to the protection of property rights, of course, it raises difficult issues on accounting. But this much is clear: a state that could not, under specified conditions, ‘take’ private assets could not protect them effectively, either. The security of acquisitions and transactions depend, in a rudimentary sense, on the government’s ability to extract resources from private citizens and apply them to public purposes. On balance, property rights may even place a charge upon the public treasury that vies with the burden of our massive entitlement programs*”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Obra citada, p. 60-61. Em tradução livre, respectivamente: “Um sistema liberal não apenas protege e defende a propriedade, ele define, e, pois, cria a propriedade. Sem legislação e jurisdição não existiria a propriedade como os americanos a concebem” e, em seguida, “o que se deve acrescentar a tais observações é a correlata proposição de que direitos de propriedade dependem do Estado e de sua disposição para tributar e gastar. Direitos

Na mesma trilha, José Casalta NABAIS acentua que:

Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra, mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito.<sup>729</sup>

É preciso justificar a breve incursão sobre a associação entre renda e investimento em saúde. De fato, o tema, à primeira vista, aparenta se distanciar do assunto central. Não obstante, entende-se incoerente desconsiderar por completo a apreciação dos contornos da saúde do Brasil.<sup>730</sup> De todo modo, não há intenção de qualquer estudo mais detido. O que se pretende é tão-somente chamar a atenção a

---

de propriedade são caros para fazer respeitar. Identificar preciso montante destinado à proteção do direito de propriedade, por óbvio, esbarra em difícil contabilidade. Porém, isso é muito claro: o Estado o qual não possa, sob certas condições, tomar ativos privados, igualmente, não pode protegê-los efetivamente. A segurança das aquisições e transações depende, de modo rudimentar, na habilidade governamental de extrair recursos dos cidadãos particulares e aplicá-los para propósitos públicos. Na balança, o direito de propriedade pode até mesmo impor um custo (preço) aos tesouro público com o orçamento de massivos programas de ajuda social". Notas da tradução, as quais seguem a sequência dos termos mencionados: "*Adjudication*" é um falso cognato, ou seja, não equivale ao instituto brasileiro da adjudicação. Está relacionado à idéia de decisão ou arbitragem. Nessa quadra, confere-se na primeira acepção do verbete "*adjudication*" "Oxford Law Dictionary" o sentido de: "*The formal judgment or decision of a court or tribunal*". **Oxford Law Dictionary**. Verbetes *adjudication*. 5. ed. Londres (Reino Unido): Oxford University Press, 2003. p. 11. Em linha, o "Webster" aponta que o verbo "*adjudicate*" designa: "decidir", "pronunciar", "prolatar decisão". **New Webster's Dictionary and Thesaurus**. Estados Unidos: Ottenheimer Publishers – World Inc. Publications, 1992. p. 16. O termo "*tax*" não corresponde à idéia de taxa do direito brasileiro, sendo mais adequada a aproximação ao gênero tributo ou a tributar. Significa "*a compulsory contribution to the state's fund. It levied either directly on the tax-payer by means of income tax, capital gains tax, inheritance tax, and corporation tax; or indirectly through tax on purchases of goods and services and through various kinds of duty, e. g., road tax, stamp duty*". **Oxford Law Dictionary**. Verbetes *tax*. 5. ed. Londres (Reino Unido): Oxford University Press, 2003. p. 491. A correspondência entre "*Property rights*" e direito de propriedade talvez mereça alguma ressalva, inclusive diante das diferenças do uso do singular e plural. No entanto, a opção por verter para a língua portuguesa no singular deve-se a que seu uso no plural poderia conduzir a equivocada impressão de que se estivesse a aludir à idéia de pluralidade de propriedades (multipropriedade). A possibilidade de usar o termo "titularidades", por seu turno, envolveria espectro mais amplo, conforme é sabido acerca dos institutos dos Direitos Reais. Com mais amplitude do que fazer respeitar, como se traduziu, o vocábulo "*enforce*", significa "fazer cumprir", "fazer valer", "fazer impor", "compelir". **Oxford Spanish Dictionary**. 3 ed. New York (Estados Unidos): Oxford Press, 2003. p. 1193. A tradução de "*assets*" como sendo "ativos" corresponde a idéia de conjunto de imóveis, equipamentos e outros bens que podem ser convertidos em pecúnia. Literalmente, "*burden*" designa carga ou responsabilidade. A expressão "*entitlement program*", no inglês falado nos Estados Unidos, significa programa de ajuda social. **Oxford Spanish Dictionary**. 3 ed. New York (Estados Unidos): Oxford Press, 2003. p. 1195.

<sup>729</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007. p. 164.

<sup>730</sup> Além da exigência "metodológica", incompatível desenvolver uma dissertação sobre saúde, em *campus* ao lado do posto central do INSS, em Curitiba, e por completo se ignorar o panorama da saúde pública.

que, diante da potencial transformação da saúde em um *produto*<sup>731</sup>, há uma marginalização econômica que atinge o *acesso*<sup>732</sup> aos serviços e “produtos” da *saúde paga*, a fortalecer a importância de prestação fora do âmbito da saúde suplementar haja vista que sua negação implica a negação do próprio direito à vida, o qual se supõe, senão absoluto,<sup>733</sup> ao menos basilar para todo ordenamento.

No pensamento de Volnei GARRAFA: “a equidade é, assim, um dos caminhos da ética prática para a realização dos direitos humanos universais, entre eles o direito a uma vida digna, representado nesta discussão pelo acesso à saúde e demais bens de consumo indispensáveis à sobrevivência”.<sup>734</sup> Nessa senda, anotam OCKÉ-REIS e CARDOSO que “no Brasil, constata-se o peso crescente da saúde no orçamento das famílias e a elevada participação de seus produtos na formação das taxas dos índices de preço ao consumidor”.<sup>735</sup> Há notável disparidade entre o acesso à saúde no âmbito da saúde suplementar e no setor público, a qual se revela com nitidez na acentuada desproporção entre investimentos nesses subsistemas.<sup>736</sup>

---

<sup>731</sup> Nesta dissertação, ver o capítulo precedente: “Os produtos da *mercantilização* da prestação de serviços da saúde” (2.3).

<sup>732</sup> “A segmentação do acesso tem se constituído em uma das questões centrais na análise dos problemas dos sistemas de saúde contemporâneos e em particular àqueles que se referem ao Sistema Único de Saúde/SUS”. CONILL, Eleonor Minho *et al.* O *mix* público-privado na utilização de serviços de saúde: um estudo dos itinerários terapêuticos de beneficiários do segmento de saúde suplementar brasileiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1501-1510, set./out. 2008. p. 1502.

<sup>733</sup> Em aula proferida no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, manifestou-se Francisco AMARAL sobre o tema ponderando que “o direito à vida é *quase*-absoluto”. AMARAL, Francisco. Aula proferida no curso de Graduação de Direito da Universidade Federal do Paraná, junto à disciplina de Direito Civil D, 19/05/2008. Essa análise, embora em um primeiro momento possa ser chocante, parece estar em coerência com a defesa da aproximação da realidade jurídica da realidade concreta, defendida nesse trabalho. Ilustrativamente, admite-se que pessoas morram de fome ou por falta de acesso a medicamentos e tratamentos médicos (por razões econômicas); igualmente, poucos se opõem a perseguição armada de assaltantes de banco, a qual coloca em risco a vida de várias pessoas. Ademais, há situações em que os médicos precisam definir em poucos instantes qual paciente deve ser tratado primeiro (ou tratado), como nos casos em que não há salas de cirurgia ou estoque de sangue suficientes. Sobre decisões trágicas na saúde ver: AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001. (Biblioteca de Teses). SCHEFFER, Mário C.; ROSENTHAL, Caio. As escolhas de Sofia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 16 abr. 2005, Caderno Opinião, p. A3.

<sup>734</sup> GARRAFA, Volnei. Por uma ética periférica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 26 out. 2002, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

<sup>735</sup> OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; Simone de Souza, CARDOSO. **Texto para Discussão n. 1232**. Uma descrição do comportamento dos preços dos planos de assistência à saúde – 2001-2005. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 2006. p. 10.

<sup>736</sup> “Um dos efeitos mais expressivos dessa estratificação é a diferenciação dos gastos com saúde para os que estão vinculados aos planos e seguros de saúde e os que se destinam àqueles que não possuem esse tipo de cobertura. Cerca de 35 bilhões de reais, segundo informações sobre o faturamento ao das empresas de assistência médica suplementar, foram alocados em 2005 para

Cabe referência, ademais, a relatório de UGA e SANTOS, intitulado “Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro”,<sup>737</sup> em que se demonstrou que a relação renda/investimentos em saúde reflete acentuada desigualdade, seja sob o crivo quantitativo, seja sob o prisma qualitativo.<sup>738</sup> Adotando a designação “gasto privado direto”<sup>739</sup> para os investimentos invertidos em saúde subtraídos os planos de saúde, esse relatório aponta que: “enquanto os dez

---

propiciar assistência médico-hospitalar para 25% da população, enquanto que a mesma ordem de grandeza de recursos do Ministério da Saúde, destinou-se a custear a assistência médico-hospitalar e os cuidados de promoção à saúde, incluindo vigilância epidemiológica e sanitária para todos”. BAHIA, Ligia. Mercantilização da saúde no Brasil: os planos e os seguros de saúde. *Nuevamerica*, Rio de Janeiro, v. 112, p. 41-46, 2006. p. 44. Na dicção de SANTOS, UGA e PORTO: “A maior parte da oferta de serviços hospitalares é de propriedade privada: 62% dos estabelecimentos com internação e 68% dos leitos do país. Uma concentração ainda maior observa-se em relação às unidades prestadoras de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico - SADT (92%). Contrariamente, a maior parte das unidades ambulatoriais (78%) é de propriedade estatal. Cabe lembrar que não foram contabilizados os consultórios médicos privados”. SANTOS, Isabela Soares; UGA, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1431-1440, set./out. 2008. p. 1434.

<sup>737</sup> UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro**. Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. Os autores examinaram dados de 2002.

<sup>738</sup> Ainda que fuja do espectro desta dissertação, outro tema que merece atenção é o chamado *tratamento diferenciado*, ou seja, a possibilidade de uma paciente do Sistema Único de Saúde pagar pelo uso de acomodações e de serviços não custeados pelo SUS. Em julgamento sobre o tema, assim consignou a Des. Federal Silvia GORAIEB, em voto vencedor: “Sabemos que Constituição Federal contém regras que não estão sendo cumpridas pelo Estado. O sistema de saúde no Brasil é uma vergonha, pessoas morrem aguardando a data para fazer um exame. É certo que há os planos de saúde, que proporcionam atendimento mais rápido, só que, pela atual conjuntura econômica do País, verificamos que a grande maioria da população não tem hoje condições de pagar um plano de saúde nos moldes em que estão sendo oferecidos. De um lado, temos a realidade econômica do País, que leva as pessoas a fugir de um plano de saúde porque não têm condições financeiras. De outro lado, o sistema público, que é caótico e tem sérias dificuldades, porque a massa da população é muito grande, e o empobrecimento está aumentando de tal forma que tem sobrecarregado a Previdência Social. Os médicos têm feito milagres para poder atender. Então, a bem de garantir aquilo que a Constituição assegura, que é a saúde como um direito de todos, se pudermos, devemos minorar as consequências do descaso do Poder Público com a saúde pública e evitar até que médicos respondam, quando, na realidade, não lhe deram condições para prestar atendimento. Não vejo a quebra de isonomia pelo fato de a pessoa que tem um pouco mais de condições ter a possibilidade de pagar pela acomodação separada e pela assistência de seu médico”. 4ª. REGIÃO. TRF4ª. Apelação Cível n.º 2003.71.10.008446-6/RS. Rel. para o acórdão: Silvia GORAIEB. DJ: 19/10/2005. Apreciando a questão também: BRASIL. STF. RE n.º 261.268. 1ª Turma. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 28/08/2001. DJ: 05/10/2001.

<sup>739</sup> Apesar da obviedade, útil transcrever a advertência de que os “gastos diretos” estão vinculados diretamente à saúde, assim “estão sendo considerados apenas os pagamentos diretos com saúde, sem considerar os demais custos de vida para a sobrevivência humana”. UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro**. Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 65.

por cento mais pobres efetuam fundamentalmente gasto privado direto em saúde - principalmente em medicamentos, que absorvem quase a totalidade (82,5%) desse gasto privado o segmento de mais elevada renda aloca apenas 3,1% para esse tipo de gasto catastrófico”.<sup>740</sup>

Por conseguinte, a partir do binômio renda e investimento<sup>741</sup> em saúde, observam-se com nitidez os desníveis de acesso:

o peso do gasto privado direto sobre as famílias mais pobres: este gasto – que, por definição, é catastrófico, ou seja, não decorre de uma escolha e sim de uma necessidade – representa nada menos que 6,8% da renda das famílias do primeiro decil e sua participação é inversamente proporcional à renda, diminuindo nos decis superiores, representando apenas 3,1% da renda do último decil.<sup>742</sup>

---

<sup>740</sup> UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro**. Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 46-47. Com isso não se quer indicar que em todos os tipos de gasto com saúde os percentuais sejam equivalentes. Com efeito, o mesmo estudo aponta que “os serviços auxiliares de diagnóstico e terapia – SADT – penalizam igualmente os nove primeiros decis, independentemente de sua renda, sendo o decil mais rico da população protegido desse gasto, provavelmente pelo fato de ser coberto com esquemas de saúde suplementar”. Obra citada, p. 48. Para maior detalhamento, veja-se também a TABELA 4 – DISTRIBUIÇÃO DO PESO DO FINANCIAMENTO DO SETOR SAÚDE SOBRE A RENDA FAMILIAR PER CAPITA, POR TIPO DE DESPESA, SEGUNDO DECIL DE RENDA. BRASIL, 2002 em: UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. Obra citada, p. 46. Em 1998, a desigualdade de distribuição apresentava lógica similar verificando-se que “à medida que sobe a renda familiar per capita, cai a participação do gasto com medicamentos e sobe a participação do gasto com planos de saúde e com odontologia no gasto total com saúde das famílias”. KILSZTAJN, Samuel; CAMARA, Marcelo Bozzini da; CARMO, Manuela Santos Nunes do. Gasto privado com saúde por classes de renda. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, Associação Médica Brasileira, v. 48, n. 3, p. 258-262, jul./set. 2002. p. 259.

<sup>741</sup> De acordo com a pesquisa “Economia da Saúde”, divulgada pelo IBGE, as famílias brasileiras respondem, diretamente, por 60% (sessenta por cento) das “despesas de consumo final com bens e serviços de saúde”, ou seja, “medicamentos, terapias, exames e afins”. Informa que, esse investimento total no Brasil “em 2005, foi de R\$ 171,6 bilhões (8,0% do PIB). Desse total, as famílias investiram: R\$ 103,2 bilhões (4,8% do PIB), a administração pública aplicou R\$ 66,6 bilhões (3,1%) e as instituições sem fins de lucro a serviço das famílias (ISFL), R\$ 1,8 bilhão (0,1%). Essas participações variaram pouco ao longo da série (2000 – 2005): a despesa das famílias correspondeu, em média, a 4,9% do PIB nesse período; as despesas do governo foram de 3,2% do PIB; e as das instituições sem fins de lucro a serviço das famílias, de 0,1% do PIB. Em relação ao total das despesas relacionadas à saúde, a administração pública respondeu, em 2005, 38,8%, enquanto as famílias ficaram com 60,2%, e as instituições sem fins lucrativos a serviço das famílias, com 1,0%”. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Economia da Saúde 2000-2005 uma perspectiva macroeconômica - 2000-2005**. Atividades de saúde representam 5,3% da economia brasileira. Online em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1218&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1218&id_pagina=1)>. Acesso em 10/09/2008.

<sup>742</sup> UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro**. Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 45.

Em sintonia, o exame da “Despesa familiar com saúde como proporção da renda familiar” exposta nos “Indicadores e Dados Básicos - Brasil – 2007”,<sup>743</sup> publicado pelo DATASUS, assinala:

Pode-se observar que, em todas as regiões, o comprometimento da renda familiar com assistência à saúde decresce na medida em que aumenta a renda familiar, com exceção da região Nordeste. Em todas as situações, a maior parcela de gastos é com medicamentos, em proporção mais elevada nas classes com renda mais baixa. Já os gastos com planos e seguros de saúde aumentam com a renda familiar.<sup>744</sup>

Esse resultado obtido pelo SUS está em consonância com a análise calcada na segmentação da população pelo nível de renda, elaborada por SANTOS e UGÁ. Seu levantamento demonstra que no Brasil, em 2002, “enquanto para o primeiro decil da população, ordenada por sua renda familiar *per capita*, a saúde absorve mais de dez por cento (10,6%)” de sua renda, no último “décimo populacional este percentual diminui para 9,1%”.<sup>745</sup> Além disso, “enquanto o primeiro decil, que

<sup>743</sup> BRASIL. Ministério da Saúde / Sistema Único de Saúde. **Indicadores e Dados Básicos para a Saúde - 2007**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2007.

<sup>744</sup> BRASIL. Ministério da Saúde / Sistema Único de Saúde. **Indicadores e Dados Básicos para a Saúde - 2007**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2007. Tabela E-9 (Despesa familiar com saúde como proporção da renda familiar), p. 253. A própria estruturação do sistema de saúde, por vezes, deturpa prioridades e, ao pretensamente adotar uma racionalidade econômica, gasta mais, porque, sabidamente, prevenir é mais barato e humano do que combater doenças. Sintetiza BAHIA: “Não há dúvidas sobre o interesse das empresas de planos e seguros de saúde pelas medidas de prevenção (especialmente no que tange aos estilos de vida)”. BAHIA, Ligia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 4, p. 1385-1397, set./out. 2008. p. 1395. Amparando essa ótica, clarificam ROSENBERG e ANDERSSON: “*La falta de PSS ocasiona un gasto en salud exagerado e ineficiente para los excluidos. Ante la perspectiva de tener que pagar de su bolsillo una prestación, la tendencia natural es a postergar el gasto todo lo posible. Esto conlleva gastos inoportunos y a menudo innecesariamente altos, o bien un uso fraudulento de las instalaciones más caras de los servicios de salud, como los servicios de urgencias. Este fenómeno suele afectar más a la población más pobre. En efecto, las encuestas de hogar han comprobado que las personas de los quintiles inferiores terminan gastando en salud una proporción mucho mayor de su ingreso que las de los quintiles superiores*”. ROSENBERG, Hernán; ANDERSSON, Bernt. Repensar la protección social en salud en América Latina y el Caribe. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 8, n. 1-2, p. 118-125, jul./ago. 2000. p. 119. Em tradução livre: “a falta de pronto-socorro ocasiona um gasto com saúde exagerado e insuficiente aos excluídos. Ante a perspectiva de precisar arcar por si com os custos de uma prestação, a tendência natural é postergar o gasto o máximo possível. Isto acarreta gastos inoportunos e, com frequência desnecessariamente elevados, ou ainda, o uso fraudulento das instalações mais caras dos serviços de saúde como serviços de urgência. Este fenômeno costuma afetar com maior incidência a população mais pobre. Com efeito, os levantamentos comprovaram que as pessoas das frações mais pobres, terminam gastando em saúde uma proporção muito maior de seu orçamento do que nas parcelas mais ricas”.

<sup>745</sup> UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma**

concentra 1,00% da renda, concentra 1,76% do gasto privado direto, o decil mais rico, que concentra 46,10% da renda, efetua 37,05% desse gasto”.<sup>746</sup> Dessa maneira, há clara regressividade na contribuição para os investimentos na saúde.

Considerando o salário-mínimo em R\$ 1.200 (mil e duzentos reais) *anuais* SANTOS e UGA, extraem da Pesquisa de Orçamentos Familiares realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), que 19,3% (dezenove por cento e três décimos) da população brasileira estavam, em 2002, abaixo da linha da pobreza, porém, “o efeito catastrófico dos pagamentos diretos com saúde faz com que a parcela da população indulgente após tais pagamentos aumente para 20,7%”.<sup>747</sup>

A teor desse relatório nota-se, pois, uma injusta relação entre renda e investimentos com saúde. Apesar de significativa melhora, o país apresenta ainda grandes e graves dificuldades no âmbito da saúde.

Nesse compasso, o discurso segundo o qual o direito fundamental à saúde consagrado na Constituição não pode ser atendido plenamente procura ofuscar, muitas vezes, o fato de que, com freqüência, não é atendido sequer minimamente. Para BAHIA: “As condições atuais, desde as atinentes ao financiamento, passando pela organização institucional, até o apoio político, que caracterizam o SUS real, distanciam-no do SUS constitucional”.<sup>748</sup> Assim a percepção é, por conseguinte, da existência de um “hiato entre os indicadores de saúde e o estágio de desenvolvimento econômico alcançado pelo país”.<sup>749</sup>

---

**Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro.** Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 45.

<sup>746</sup> UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro.** Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 50. Acesso em 20/08/2008. No que tange aos investimentos em medicamentos: “O decil mais pobre, que concentra apenas 1,00% da renda, absorve 2,59% do ônus desse gasto, enquanto o decil mais rico, que detém, como já referido, 46,10% da renda, efetua apenas 27,84% do gasto em medicamentos. Essa regressividade se repete ao interior do último decil de renda: o último percentil mais rico, que concentra 13,14% da renda, participa apenas com 5,41% do gasto em medicamentos, diferentemente do primeiro percentil do último décimo, que, concentrando 2,20% da renda, efetua 2,07% desses gastos”. Obra citada, p. 51.

<sup>747</sup> UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro.** Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005. p. 50.

<sup>748</sup> BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 160.

<sup>749</sup> BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 160.

#### 2.4.2 Interfaces entre renda e cobertura de planos de saúde

Os planos de saúde no Brasil, conforme acima se afirmou, aproximam-se de cinquenta milhões, em 2008.<sup>750</sup> Retrospectivamente, as informações obtidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) 2003, revelaram que 43,2 milhões (quarenta e três milhões e duzentos mil) de brasileiros contavam com a cobertura de plano de saúde, o correspondente a vinte e quatro e seis décimos por cento da população do País.<sup>751</sup>

Ao cotejar os dados fornecidos pelo IBGE e pelo DATASUS, observa-se uma razoável estabilidade na parcela da população brasileira coberta por planos de saúde em cerca de um quarto da população, entre 1998 e 2008, vale realçar, desde a edição da Lei n.º 9.656/98.<sup>752</sup> Com efeito, a ANS havia registrado que:

O mercado de planos privados de assistência à saúde apresentava, em dezembro de 2006, cerca de 45 milhões de vínculos de beneficiários. No mesmo período, atuavam no mercado um total de 2.091 operadoras entre as médico-hospitalares e exclusivamente odontológicas, distribuídas da seguinte forma: 12 seguradoras especializadas em saúde com 10,40% do total de beneficiários de planos privados de saúde, 683 operadoras de medicina de grupo com 33,31% dos beneficiários, 358 cooperativas médicas com 26,92% dos beneficiários, 307 autogestões com 12,24% dos beneficiários, além das 107 operadoras filantrópicas que detinham 2,78 do total de beneficiários. Entre as operadoras exclusivamente odontológicas, as 154 cooperativas odontológicas e as 428 odontologias de grupo que, juntas, atingiam 14,35% do total de beneficiários.<sup>753</sup>

---

<sup>750</sup> Ver supra o início do capítulo: “Contornos e Formas da Saúde Suplementar no Brasil” - 2.1.

<sup>751</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2003**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. p. 5.

<sup>752</sup> Em 1998, o percentual era 24,4% (vinte e quatro e quarto décimos por cento) da população do País. BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **Indicadores e Dados Básicos para a Saúde - 2005**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2005. Capítulo F, p. 221. Disponível online em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2005/CapituloF.pdf>>. Acesso em 02/09/2007. Em 2003, a cobertura abrangia 24,6% (vinte e quatro e seis décimos por cento). Nesse sentido: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2003**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. p. 5. BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **Indicadores básicos para a saúde no Brasil: conceitos e aplicações**. 2. ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2008. Capítulo F, p. 299. Os dados de 2008, consoante nota n.º 2 da Introdução, baseiam-se em população de cento e oitenta e nove milhões e seiscentos mil habitantes e pouco mais de cinquenta milhões de vínculos de planos de saúde. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: ANS, dez. 2008. p. 15-16. Cabe salientar a indicação da ANS no sentido de que “os primeiros dados nacionais sobre cobertura por planos privados de saúde são oriundos do Suplemento Saúde, da Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNAD/IBGE) de 1998, levada a campo novamente em 2003”. ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008.

Outro aspecto a ser ressaltado versa sobre o estabelecimento de liame entre renda e acesso à saúde suplementar, a qual pouco se distancia da lógica de iniquidades verificada na saúde brasileira como um todo.<sup>754</sup> Retrocedendo uma década,<sup>755</sup> com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1998, elaborada pelo IBGE, em artigo conjunto, sublinham KILSZTAJN, CAMARA e CARMO que no Brasil:

Apenas 7,2% da população com renda familiar per capita até 1 salário mínimo em 1998 tinha direito a algum plano de saúde, e o gasto privado com saúde das famílias desta classe, que representava 52,5% da população, era em média de R\$ 5,36 por pessoa. Para as pessoas com renda familiar per capita acima de 9 salários mínimos, os planos de saúde atingiam 83,2% da população e o gasto privado com saúde das famílias R\$ 133,04.<sup>756</sup>

É correto que renda não é o único fator a determinar a escolha/necessidade de contratar um plano de saúde, haja vista que fatores como mobilidade, experiências de doenças na família, estado de saúde, proximidade com instituições que prestam serviços gratuitos e, com destaque, o financiamento pelo empregador,

---

<sup>753</sup> ANS. **Qualificação da Saúde Suplementar**. Nova perspectiva no processo de regulação. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2007. p. 13.

<sup>754</sup> Conforme KILSZTAJN, CAMARA e CARMO: “mesmo se todo o gasto público com saúde fosse destinado à população sem planos de saúde, ainda assim o gasto destas pessoas em 1998 só alcançaria R\$ 352,62, ou seja, 43% do gasto com saúde das pessoas com planos, [o qual atinge] R\$ 819,08”. KILSZTAJN, Samuel; CAMARA, Marcelo Bozzini da; CARMO, Manuela Santos Nunes do. Gasto privado com saúde por classes de renda. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, Associação Médica Brasileira, v. 48, n. 3, p. 258-262, jul./set. 2002. p. 258. Em 1996, os investimentos privados em saúde, já havia alcançados o montante do investimento público. ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de. **Teias e Tramas: Relações Público-Privadas no Setor Saúde Brasileiro dos anos 90**. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2002. p. 17.

<sup>755</sup> Elegeu-se 1998, novamente, como parâmetro devido a uma favorável soma de fatores: pela disponibilidade de dados e pesquisa, pela representatividade do período de 10 anos para comparação e por se tratar do ano de edição da Lei Lei n.º 9.656/98, que regulamentou os planos de saúde. Além disso, “o Suplemento Saúde da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, conduzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 1998 (PNAD/98), é o primeiro levantamento de base populacional com abrangência nacional sobre cobertura de planos e seguros privados de saúde”. BAHIA, Ligia *et al.* Segmentação da demanda dos planos e seguros privados de saúde: uma análise das informações da PNAD/98. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 4, p. 671-686, 2002. p. 672. Para dados anteriores, todavia, veja-se: ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de. **Teias e Tramas: Relações Público-Privadas no Setor Saúde Brasileiro dos anos 90**. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2002. p. 180.

<sup>756</sup> KILSZTAJN, Samuel; CAMARA, Marcelo Bozzini da; CARMO, Manuela Santos Nunes do. Gasto privado com saúde por classes de renda. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, Associação Médica Brasileira, v. 48, n. 3, p. 258-262, jul./set. 2002. p. 258.

são descritos pela doutrina como elementos relevantes.<sup>757</sup> Não obstante, é relatada amplamente a associação entre renda e acesso à saúde privada.<sup>758</sup> Demais disso, exame mais detido dos dados do PNAD 2003, coletados pelo IBGE, expõe perversa relação entre renda e nível de cobertura do plano de saúde, salientando que:

Observou-se, também, uma forte associação positiva entre cobertura de plano de saúde e rendimento familiar, isto é, quanto maior o rendimento maior a cobertura por plano de saúde. Na classe de rendimento familiar inferior a 1 salário mínimo a cobertura era de 2,9%, enquanto na classe de 20 salários mínimos ou mais atingia 83,8% das pessoas, marcando um perfil de desigualdade social no acesso da população à Saúde Suplementar.<sup>759</sup>

O nexo entre a extensão da cobertura e renda faz ainda mais relevante os esforços no tocante à definição das “cláusulas obrigatórias” a estipular coberturas mínimas, a correlata discussão acerca das cláusulas restritivas e a relevância da tutela do contratante.<sup>760</sup> Certamente, não se trata de caridade, como pretendeu – de

---

<sup>757</sup> Nesse sentido: BRITO, Rubens José; ANDRADE, Amaral de Mônica Viegas; PERPÉTUO, Ignez Helena Oliva. Demanda por serviços de Saúde. In: SILVEIRA, Fernando Gaiger *et al.* (Org.). **Gasto e Consumo das Famílias Brasileiras Contemporâneas**. v. I. 1. ed. Brasília: Editora do IPEA, 2006. Capítulo 13. p. 345-374. Ilustrativamente, examinado as determinantes de uso de serviços médicos, em 2003, dos usuários do seguro da Sabesp (gestora do Fundo de Assistência e Previdência dos Funcionários da Companhia de Água e Esgoto do Estado de São Paulo-Sabesp) BRITO, ANDRADE e PERPÉTUO puderam notar que “a demanda por serviços ambulatoriais é mais elástica em relação à idade do que ao sexo, talvez corroborando a forma de discriminação existente na legislação brasileira. A demanda ambulatorial também possui elasticidade elevada em relação ao estado de saúde passado dos indivíduos”. Em que pese a extensão da pesquisa, é útil a percepção de que o critério econômico não é exclusivo na compreensão da demanda por serviços de saúde. Obra citada, p. 367.

<sup>758</sup> Assim, baseando-se em dados do PNAD-1998 do IBGE, Gustavo CORRÊA ressalta que “ao considerar-se o perfil do usuário, percebe-se que a distribuição proporcional de indivíduos com planos de saúde cresce, de fato, em relação direta com o crescimento da renda”. CORRÊA, Gustavo. A necessidade da regulação do setor privado de saúde no Brasil – razões e perspectivas. In: PIOLA, Sérgio Francisco; JORGE, Elias Antonio (Org.). **Economia da Saúde**. 1º. Prêmio Nacional – 2004. Brasília: IPEA, jun. 2005. p. 45-77. p. 56.

<sup>759</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2003**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. p. 6.

<sup>760</sup> Sobre os contratos de assistência privada de saúde, escreve BAHIA, em 2001, que “estes planos obedecem, em geral, regras claramente identificáveis associadas a uma hierarquização das demandas segundo *status* socioeconômico. Os planos diferem quanto à possibilidade de escolha do médico e acesso/tipo de acomodações em hospitais. Identificam-se três níveis de planos/seguros: 1) os voltados para o atendimento dos executivos e clientes individuais com alto poder aquisitivo, que associam um valor de reembolso compatível com o acesso a consultas médicas realizadas por profissionais de prestígio – que não estão credenciados pelas empresas de planos e seguros – com a utilização de quartos particulares em hospitais privados de excelência, primeira linha; 2) aqueles destinados aos níveis gerenciais intermediários que permitem a internação em quartos particulares de hospitais de “segunda linha” e não prevêm reembolso ou o desestimulam, incitando o atendimento ambulatorial através da rede credenciada ou própria da operadora de planos/seguros; 3) os que abrangem o maior contingente de clientes e restringem a cobertura a uma rede credenciada específica, centros médicos ambulatoriais das operadoras com acomodações em enfermarias de hospitais ‘mais simples’ ou a um único provedor”. BAHIA, Lígia. Planos privados de saúde: luzes e

maneira reducionista – acórdão do magistrado Silvio MARQUES Neto do TJSP.<sup>761</sup>

Subsidiariamente, presta-se a enfatizar a importância da saúde pública, universal e gratuita,<sup>762</sup> seja para acolher os que não têm acesso nenhum à saúde suplementar, seja para contemplar aqueles cujo plano, dentro dos limites constitucionais e legais, não incorpora determinado tratamento, ilustrativamente o obstétrico.

Registre-se também a notável coincidência entre o *mapa econômico* e a *geografia da cobertura* dos planos de saúde.<sup>763</sup> Com efeito, consolidando informações de 2006, a publicação “ANS Informação 2007”, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, registra que “as maiores taxas de cobertura encontram-se nos municípios com maior atividade econômica, situados principalmente na região sudeste, em especial no estado de São Paulo, no qual 38% dos habitantes têm

---

sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 329-339, 2001. p. 334

<sup>761</sup> “Na seqüência daquela inicial, e pela leitura das demais peças da apelada, conclui-se que pretende antes uma decisão sentimental, por caridade, do que pela segurança jurídica que se tira da interpretação do conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais. Acontece que esta é a casa da Justiça. A da caridade deve ser buscada alhures”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 223.547.4/7. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Silvio MARQUES Neto. Julgamento: 14/12/2005. Registro: 18/01/2006. Com mais acerto, no mesmo tribunal, expressiu-se que “o objetivo do controle judicial não é o de decidir com benevolência ou impor encargos imprevistos, porque a decisão visa adequar a função social do contrato aos objetivos desejados e que são possíveis de ser e que são possíveis de ser alcançados sem traumas financeiros”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 396.952-4/3 (ou n.º 3969524300). 4ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Enio Santarelli ZULIANI. Julgamento: 30/08/2007.

<sup>762</sup> Narrando o processo de mercantilização dos serviços de saúde na Colômbia, exprime Oscar ECHEVERRI “*La equidad y la inclusión eran asuntos relativamente ajenos a los economistas impulsores de estos cambios y la epidemiología era innecesaria para tomar decisiones en materia de salud. Olvidaron que la política de salud no se puede basar en el mercado, porque existe un importante segmento de población pobre que no participa de él en igualdad de condiciones, lo que implica una violación al derecho a la vida y a la salud con consecuencias negativas para el bienestar de dicha población*”. ECHEVERRI, Oscar. Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo: el caso de Colombia. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 24, n. 3, p. 210-216, set. 2008. p. 211. Em tradução livre: “A equidade e inclusão eram assuntos relativamente distantes para os economistas impulsores dessas mudanças e a epidemiologia era desnecessária para tomar decisões em matéria de saúde. Esqueceram-se de que a política de saúde não pode se basear no mercado, porque existe um importante segmento da população pobre que não participa dele em igualdade de condições, o que implica violação ao direito à vida e à saúde com consequências negativas para o bemestar dessa população”.

<sup>763</sup> Nesse esteira: ANS. **Atlas Econômico Financeiro da Saúde Suplementar**. Anuário Estatístico da Saúde Suplementar ano base 2007. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, jun. 2008. (Ano 3). ANS. **Atlas Econômico Financeiro da Saúde Suplementar**. Anuário Estatístico da Saúde Suplementar ano base 2006. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, jul. 2007. (Ano 2). BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde. Indicadores básicos para a saúde no Brasil: conceitos e aplicações**. 2. ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2008. p. 299, 301.

planos de assistência médica, cobertura que na capital atinge 59,2%”.<sup>764</sup> Em consonância, o “Caderno de Informação da Saúde Suplementar”, editado em 2008 pela ANS, aponta que “a região Sudeste, que detém 42,6% da população, tem 67,0% dos beneficiários de planos de assistência”, revelando ainda que “as capitais, com 23,8% da população, participam com 44,6% dos beneficiários”<sup>765</sup> de planos de saúde.

Cumprir destacar, sintetizando essa seção, duas relações de marcada relevância. A primeira consiste na vinculação entre renda e acesso aos planos de saúde. A segunda, coerente com a anterior, traça a conexão entre poder aquisitivo e respectivo nível de cobertura do plano de saúde.

Estabelecer tais conexões faz emergir, aparentemente, uma contradição entre a defesa de um sistema universal e o estabelecimento de regulação no âmbito da saúde suplementar; mas tão-somente aparentemente. Os desafios contemporâneos não são enfrentados à distância; arrostar a realidade é colocar-se perante injustiças, incertezas, complexidade, pluralidade e, certamente, contradições.<sup>766</sup> Consoante se escreveu, “as tensões e paradoxos incorporam-se aos afazeres cotidianos da atividade interpretativa”.<sup>767</sup> Nessa senda, diante do possível<sup>768</sup> dilema entre discutir uma tutela adequada no âmbito dos planos de saúde e discrepância no perfil da saúde pública parece necessário assumir duas atitudes. Trazer luzes à saúde pública e suas condições, às relações entre saúde e riqueza pessoal, o que, ao menos de maneira incipiente, tentou-se fazer. Além disso, incorporar as

---

<sup>764</sup> Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS Informação 2007**. Rio de Janeiro: ANS, 2007. p. 2. Informa igualmente que “Com relação à cobertura de planos de assistência médica por município, dos 5.564 municípios do país, 72% apresentam menos de 5% da população coberta e 2% dos municípios não possuem beneficiários. Por outro lado, 95% dos beneficiários estão concentrados em cerca de 690 municípios (12% do total de municípios e 65% da população do país”. Obra citada, p. 2.

<sup>765</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008. p. 15.

<sup>766</sup> FACHIN, Luiz Edson. A reconstitucionalização do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. **Revista jurídica**, Curitiba, v. 52, n. 324, p. 16-19, 2004. p. 18.

<sup>767</sup> Permita-se a remissão: FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno *et al.* (Org.). **Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois**. v. IV. Estado e Economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 347-377. p. 353-354. Segundo PERLINGIERI: “Contradições e incertezas (também na magistratura) caracterizam o debate”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19.

<sup>768</sup> A existência de um dilema é sempre uma possibilidade, porque um dilema não existe, é construído.

contradições que informam a saúde no Brasil, sem, contudo, utilizá-las como justificativa para ausentar-se da discussão em torno da proteção na esfera da saúde suplementar.<sup>769</sup>

Em sintonia, preconiza Ligia BAHIA que: “o crescimento das alternativas particulares, corporativas e meritocráticas desafia a construção de um sistema de proteção social universal e redistributivo, por outro, evidencia perspectivas para a regulação de uma segmentação já consolidada”.<sup>770</sup> Imperativo mencionar, igualmente, a exposição dos motivos de decisão do TJMG ao considerar que não prevalecem cláusulas restritivas estipuladas em instrumento apartado. Rechaçando a argumentação de que não seriam devidos os procedimentos que não constam em tabela de honorários da operadora de plano de saúde, exprimiu-se:

infere-se que o intuito maior do texto constitucional foi o de assegurar, efetivamente, a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde. Para tanto, foi imposto ao Estado o dever constitucional de garantir, por meio de políticas econômicas e sociais, uma série de ações que possam permitir a efetivação do direito à saúde. O constituinte, no entanto, ciente de que o Estado não conseguiria sozinho desempenhar tal mister constitucional, permitiu que a assistência à saúde fosse prestada também pela livre iniciativa, ressaltando, contudo, como forma de evitar abusos do setor privado, que os serviços de saúde são de relevância pública, de modo que o Poder Público possa regulamentar, fiscalizar e controlar aqueles serviços. Assim, face ao texto constitucional, conclui-se que a saúde embora dever do Estado, não é monopólio deste, mas constitui atividade aberta à iniciativa privada. Entretanto, como a saúde não se caracteriza como uma mercadoria qualquer e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas, visto ser um meio importantíssimo de se garantir o direito fundamental à vida e à dignidade humana, tem-se que o particular, que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar uma assistência médica e integral para os consumidores dos seus serviços.<sup>771</sup>

---

<sup>769</sup> Há um indício dessa temática em LORENZETTI, quanto aponta que na Argentina, a instituição do *Sistema Nacional del Seguro Salud*, buscava “*otorgar prestaciones igualitarias*”, embora a possibilidade de contratação, permita níveis distintos de prestação. Procurando uma explicação conciliatória, afirma “*el principio igualitario se manifiesta en el nivel de garantía mínima y en el acceso*”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Los Servicios de salud*. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Edição Especial. Porto Alegre, Ajuris, p. 283-308, mar. 1998. p. 286. Em tradução livre, respectivamente: “outorgar prestações igualitárias”; “o princípio igualitário se manifesta no nível de garantia mínima e no acesso”.

<sup>770</sup> BAHIA, Ligia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 329-339, 2001. p. 330. No mesmo texto, Ligia BAHIA ressaltou que “estão disponíveis para o total de clientes de planos de saúde cerca de 80% dos médicos com atividade em consultório particular e mais 50% do total de hospitais”. Obra citada, p. 333.

<sup>771</sup> MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.393842-3/000(1). Rel.: Edilson FERNANDES. Julgamento: 04/06/2003. DJ: 14/06/2003.

O exame da incidência do direito fundamental à saúde, nos contratos de plano de saúde, faz-se acompanhar pelo confronto e harmonização, não apenas de distintas racionalidades, mas também, entre a técnica e o real. À luz da *concretude*, enfoca-se na análise das relações “juridicamente reconhecidas”, o conhecimento da realidade material em se insere. Destarte, imprescindível a análise do caso concreto, porém, igualmente, sua localização no tempo e no espaço.<sup>772</sup> A substancialização, por conseguinte, é composta por um par – sem é claro, qualquer remissão aos mecanismos binários. Em uma face, sinaliza a preocupação com a leitura axiológica, em detrimento da supremacia da forma – à qual também se confere *valor*. Complementarmente, demanda a adequada contextualização, trazendo o crivo do real.

Em coerência, procurou-se, até aqui, traçar alguns aspectos relevantes da saúde e de sua prestação, colaborando com sua apreciação, por assim dizer, jurídica. Frisou-se a sinergia existente na prestação da assistência pública e privada da saúde. O cenário evidencia que o tema da incidência do direito fundamental à saúde é profícuo em indagações, imprimindo a marca da insuficiência no discurso que proclama que a sua eficácia nas relações interprivadas é inconcebível, quer sob a argumentação da separação entre público e privado, quer sob a alegação de que se trata de transferência do papel do Estado.

Além disso, a circunstância de haver liame – estatisticamente fincado – entre a cobertura mais restrita e a menor renda obriga a atenção nas discussões sobre restrições de cobertura e esclarecimento do contratante.<sup>773</sup> A seu turno, as preocupações em torno da mercantilização da prestação da assistência da saúde privada se decompõem em reflexões de duas ordens. Importam em contrapor à prevalência do contratado a necessária “sabatina” do conteúdo do contrato, passando-o pelos devidos crivos, problematizando sua tutela ao indagar sobre sua finalidade e sobre seus efeitos. Ao mesmo tempo, nota-se que o critério econômico se não mais prevalece, igualmente não desaparece. Com efeito, no TJRS entendeu-se, quanto à exigibilidade de *stent*, que:

---

<sup>772</sup> Aqui se fundem duas lições de PERLINGIERI. Sublinha-se que “considerar fato e efeito como entidades incomunicáveis, cada uma portadora de uma lógica própria, é a atitude mental típica do formalismo, a qual conduz ao total afastamento do intérprete da realidade, dos êxitos práticos de sua atividade”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 657. Ao que se acrescenta que “cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade”. Obra citada, p. 639.

<sup>773</sup> De modo algum se está a dizer que menor ou maior riqueza esteja associada à maior ou menor compreensão do contrato de plano de saúde. A conexão é outra de todo diversa: menor renda, maior necessidade

quando se está diante de uma doença que envolve a vida de um segurado, os planos de saúde, sejam os mantidos pelo Poder Público ou os mantidos pela iniciativa privada, devem ser responsáveis e fornecer o tratamento mais adequado à enfermidade que lhe acomete, **inaceitável a escolha embasada em critérios unicamente econômicos**, uma vez que a vida e a qualidade de vida do segurado e de seus dependentes **não podem ser mensuradas economicamente**. E é precisamente por essa razão que os planos são montados com base numa equação atuarial que considera todos os fatores, entre eles, os econômicos e os de idade.<sup>774</sup>

*Grosso modo*, não oferecem solução adequada nem as propostas que definem os deveres de cobertura por decalque do texto do contrato, nem as que, no outro extremo, não consideram os custos envolvidos e as limitações razoáveis. A primeira postura ignora que o texto também é objeto de interpretação e que, além disso, as lentes protetivas (do contratante, do aderente, do consumidor etc.) fazem com que algumas cláusulas sejam tidas como não-escritas. A segunda desconsidera que não há, efetivamente, limites para gastos em saúde, bem como que, faticamente, haverá com grande habitualidade a possibilidade de um tratamento mais avançado e de menor risco.

A mercantilização da prestação dos serviços da saúde é confrontada, no plano jurídico, com a *repersonalização*, impondo a preocupação simultânea de valores existências e patrimoniais,<sup>775</sup> a estabelecer missão que não pode ser tida por impossível, na medida em que, é indispensável para o presente, e para o futuro. Na reflexão de FACHIN, em “Luzes e Sombras no Diálogo entre Direito e Medicina”:

É o tempo presente clamando por ousadia, audácia e firmeza que não podem desafinar diante da voracidade econômica que torna cidadãos apenas consumidores. Nesse momento, porque somos sujeitos de direito e não objeto de crédito, compete rejeitar, no máximo de nossas forças, na advocacia, no magistério e na magistratura, e em todas as funções, a ‘reificação’ de todos e a propaganda subliminar de que a história acabou e só nos restaria asilar o avassalador contemporâneo que aí está.<sup>776</sup>

---

<sup>774</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Agravo n.º 70023634488. Rel.: Liselena Schifino Robles RIBEIRO. Julgamento: 09/04/2008. DJ. 29/04/2008. De modo similar, inclusive remetendo a esse julgado: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70016334088. Rel.: Marilene Bonzanini BERNARDI. Julgamento: 09/10/2008. Marcando a proximidade entre a prestação pública e privada na saúde, destaque-se que a primeira decisão foi proferida contra o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua vez, a segunda, em desfavor de operadora de plano de saúde. Ambas, contudo, versavam sobre o custeio de *stent* farmacológico.

<sup>775</sup> “Afim, a hierarquia estabelecida entre situação existencial e situação patrimonial não pressupõe uma relação dicotômica entre essas esferas”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 462.

<sup>776</sup> FACHIN, Luiz Edson. Luzes e Sombras no Diálogo entre Direito e Medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 11-20. p. 18.

Travar o diálogo entre Saúde e Direito, revela-se, destarte, simultaneamente, caminho e desafio. Na lapidar lição de Enrique Ruiz VADILLO, então presidente do Tribunal Supremo da Espanha, “*Medicina y Salud, Derecho y Justicia se encuentran constantemente porque su último destino, directo e inmediato, es la Persona humana en todas sus dimensiones física y psíquica, individual y social*”.<sup>777</sup>

Exposto esse panorama, na seqüência, passa-se a aprofundar a análise dos efeitos da incidência do direito fundamental à saúde nas relações privadas, especialmente na assistência privada suplementar. Há por fim que assentar dois aspectos. Em primeiro a relevância da leitura interdisciplinar e multidisciplinar.<sup>778</sup> Em segundo, ao permear a leitura do contrato de plano de saúde por considerações sobre a estruturação da saúde suplementar no Brasil buscou-se apenas apontar para possíveis enfoques e abordagens. Em outras palavras, não se pretendeu traçar um quadro conclusivo, mas apenas abrir uma janela.

## 2.5 Saúde, direitos humanos e relações interprivadas

Descortinou-se acima o cenário da saúde suplementar no Brasil, de maneira a incorporar, no exame da eficácia do direito fundamental à saúde, sua contextualização. Revela-se útil neste momento a referência aos direitos humanos a qual oferece subsídios teóricos interessantes ao presente estudo, como se verá. Ademais, permite repisar sua dupla fundamentalidade formal e material.

Nessa quadra, a posição da saúde como direito fundamental (Constituição brasileira, art. 6º, art. 7º, inc. IV e art. 196) é reflexo de sua *constitucionalização*, aqui tomada em sentido material e não simplesmente formal (ou topográfica).<sup>779</sup> Desta forma, sublinhe-se: “os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de

---

<sup>777</sup> VADILLO, Enrique Ruiz. **Derecho y Salud**, Barcelona (Espanha), v. 1, n. 1, p. 1-2, jul./dez. 1993. p. 1. Apresentação do primeiro número da revista. Em tradução livre: “Medicina e Saúde, Direito e Justiça se encontram constantemente porque seu último destino, direto e imediato, é a pessoa humana em todas suas dimensões física e psíquica, individual e social”.

<sup>778</sup> “[...] a vida com saúde é algo que só pode ser possível se for constantemente reinventada, num agir compartilhado entre os diferentes saberes”. CRUZ Neto, Otávio. Dificuldades da relação médico-paciente diante das pressões do “mercado da saúde”. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 8, n. 1, p. 307-308, 2003. p. 307. Na medida das possibilidades, buscaram-se mediações no campo da saúde.

<sup>779</sup> Ver supra, na Parte I, o capítulo: “Uma *janela* para a *praça*: a leitura a partir da Constituição” (1.3), especialmente a seção: “Legalidade constitucional” - 1.3.2.

sua positivação constitucional: se assim fosse, o lugar da codificação estaria sendo ocupado por outro Código, mas amplo, consubstanciado na Constituição”.<sup>780</sup>

Vários autores propõem a divisão entre direitos fundamentais e direitos humanos.<sup>781</sup> Conforme SARLET, o elemento caracterizador dos direitos fundamentais reside na recepção pelo ordenamento constitucional.<sup>782</sup> Em complemento indica que a locução “direitos humanos” designa direitos positivados no âmbito do direito internacional ao passo que os “direitos do homem” são não-positivados.<sup>783</sup>

Os direitos fundamentais são “direitos constitucionais e sujeitos ao duplo grau de fundamentalidade formal e material”.<sup>784</sup> Além de sua essencialidade/fundamentalidade intrínseca – aspecto material –, os direitos para serem fundamentais devem estar alçados a essa categoria pelo texto constitucional (aspecto formal).

Em que pese se adotem tais denominações para fins de exposição, sublinha-se uma essência comum entre direitos fundamentais e direitos humanos, algo que com certa imprecisão terminológica poder-se-ia qualificar de “*nota de fundamentalidade*”.<sup>785</sup> Assim, a utilização dessa nomenclatura não pretende

<sup>780</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104. p. 105.

<sup>781</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 561. RIBERA, Willman Ruperto Duran. La Protección de los Derechos Fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional. **Ius et Práxis**, Talca (Chile), Universidad de Talca, v. 8, n. 2, p. 177-194, 2002. p. 178.

<sup>782</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35-36. Consoante CANOTILHO, “segundo sua origem e significado” pode-se distinguir-se entre “os direitos do homem” os quais são “válidos para todos os povos em todos os tempos” e os direitos fundamentais os quais “seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 393. Reitera a idéia, implicitamente, ao tratar dos direitos fundamentais dos estrangeiros. Obra citada, p. 418.

<sup>783</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

<sup>784</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37. Acolhendo esse posicionamento em face do Estado: 4ª REGIÃO. TRF4ª. 1ª. Turma Recursal da JFRS. Recurso de Medida Cautelar n.º 2006.71.95.021477-8. Rel.: Juiz Federal Daniel Machado da ROCHA. Julgamento: 28/03/2007.

<sup>785</sup> Para SARLET direitos humanos e direitos fundamentais guardam “íntima relação”. Nesse sentido, aponta ainda que, a despeito da estrutura distinta dos ordenamentos, há certo consenso acerca de que tanto direitos humanos quanto fundamentais estão cobertos pelo “manto da ‘fundamentalidade’”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39 e 97. Além disso, o catálogo dos direitos fundamentais é, para SARLET, dotado uma “abertura material”, isto é, “não exaustividade”. Obra citada, p. 98. Em

enfraquecer a proteção dos direitos humanos,<sup>786</sup> mas tão-somente ressaltar que o direito fundamental à saúde se apresenta como norma cuja fundamentalidade é reconhecida em diversos tratados internacionais,<sup>787</sup> mas também, explicitamente, pela Constituição brasileira.

Sobre a presença dos direitos humanos na esfera privada é interessante referir a perspectiva de Christian COURTIS. Exprime o autor: “*no creo que exista inconveniente teórico en afirmar que la positivación de derechos humanos puede obligar también a particulares*”.<sup>788</sup> Em sintonia, a doutrina relata inúmeros casos de eficácia dos direitos humanos nas relações privadas, tais como: a vedação de demissão de uma trabalhadora por usar véu que compõe sua crença religiosa,<sup>789</sup> citada por SINGER; a impossibilidade da prática do “lançamento de anão”<sup>790</sup> por violação à dignidade da pessoa humana; a inconstitucionalidade da prisão do

---

sentido próximo Jorge MIRANDA aponta para direitos fundamentais em sentido formal e material, frisando a possibilidade de incorporação de “novos” direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, ano XX, n. 82, p. 5-27, abr./jun. 1987. p. 6-8. Na Constituição brasileira, tal possibilidade decorre do teor dos seguintes dispositivos: art. 5º § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>786</sup> Nesse sentido, seria possível a utilização do termo “direitos humanos e fundamentais”, proposta por Manoel Gonçalves FERREIRA Filho. Assim, esclarece Melina Girardi FACHIN que “conquanto essa denominação não espere as diferenças inexoráveis entre as duas categorias, aproxima-as sublinhando, sobretudo a *fundamentalidade em sentido material* desses direitos”. FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Fundamentais**. Do Discurso à prática efetiva. Um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007. p. 60.

<sup>787</sup> Conforme se extrai da jurisprudência argentina adiante examinada.

<sup>788</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 82. Em tradução livre: “Não acredito que haja inconveniente teórico em afirmar que a positivação dos direitos humanos pode obrigar também particulares”. O foco do autor, sobre o direito argentino, não elimina a utilidade de suas lições.

<sup>789</sup> SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no Direito do Trabalho. (Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo). In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 325-356. p. 330 e 335.

<sup>790</sup> TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71. p. 58-61. Em síntese, entendeu-se que, mesmo que assim quisesse, um artista de Morsang-sur-Orge não poderia realizar espetáculo que fosse ofensivo à sua dignidade. MARÇAL Justen Filho faz referência ao caso ao estudar o poder de polícia, sabiamente analisando-o ao dedicar-se a examinar sua “instrumentalização à proteção dos direitos fundamentais”, bem como ressaltando que sob o renovado enfoque “não se busca meramente evitar que um particular produza lesões a terceiros, mas que promova condutas que satisfaçam, de modo mais adequado, os direitos fundamentais e interesses alheios”. JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 388-389.

depositário infiel;<sup>791</sup> a admissão da cirurgia de adequação de gênero<sup>792</sup> e a possibilidade de alteração do registro civil; possibilidade de exigir o exame de DNA do réu em investigação de paternidade, descritos por Gustavo TEPEDINO;<sup>793</sup> a demissão de um aprendiz por ter publicado artigo contra a construção de uma usina nuclear, inspirando temor em seu empregador de que o jovem poderia atuar com violência contra a construção, relatada por CANARIS,<sup>794</sup> o não-prevalecimento de cláusula que previa revogação da deixa testamentária em caso de casamento com judia.<sup>795</sup>

Além de sublinhar sua “fundamentalidade”, a apreciação dos direitos humanos serve de referência ao estudo sobre o alcance dos direitos fundamentais. A respeito, anote-se haver alguma divergência no tocante à sua extensão aos particulares. Nessa linha, a partir da diferenciação entre dever e respectiva

<sup>791</sup> O tema foi objeto de amplo debate no STF em 2008, tendo prevalecido o entendimento de que por força dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, é inconstitucional a prisão do depositário infiel. Complementarmente, cabe assinalar ter havido divergência no tocante a posição que assumem os direitos humanos, como normas supralegais (em posição intermediária, entre as normas constitucionais e o restante da legislação), ou com hierarquia constitucional. Em voto prolatado no HC n.º 95.967/MS a Min.ª Ellen GRACIE consignou que “a matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional”. Com fulcro no art. 7º, 7, do Pacto, julgou inconstitucional a prisão do depositário infiel, compreendendo que o “status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. BRASIL. STF. HC n.º 95.967/MS. 2a. Turma. Rel.: Min.ª Ellen GRACIE. Julgamento: 11/11/2008. Dje: 27/11/2008. Dje: 28/11/2008. Para o Min. Celso de MELLO, em voto vista, no HC n.º 87.585-8/TO, defendeu que os tratados de direitos humanos devem ser recepcionados pelo ordenamento brasileiro com “qualificação constitucional”. A respeito, pondera que tal *status* não será admitido se transgredirem a Constituição “na hipótese de o Estado brasileiro subscrever tratados internacionais ofensivos e graves aos regimes das liberdades públicas consagrado pela própria Lei Fundamental”. BRASIL. STF. HC n.º 87.585-8/TO. Tribunal Pleno. Voto-vista do Min. Celso de MELLO. Datado de: 12/03/2008.

<sup>792</sup> Nesse sentido, recorde-se o enunciado n.º 276 da IV Jornada de Direito Civil da CJF: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). v. I. Brasília: Conselho da Justiça Federal - CJF, 2007. p. 35.

<sup>793</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71.

<sup>794</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha (Trad. Peter Naumann). In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 225-245. p. 232-233.

<sup>795</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 203. Conforme explicita na nota de rodapé n. 66, o caso foi citado originalmente por David CAPITANT, havendo sido julgado em 1947. No Brasil, Gustavo TEPEDINO, ressalta a importância do julgamento do HC n.º 82.424 (Caso Ellwanger), em que se entendeu que se qualifica como crime de racismo a publicação de livros que discriminam a comunidade judaica, considerando não ser absoluto o direito fundamental à liberdade de expressão. BRASIL. STF. HC 82.424/RS. Tribunal Pleno. Rel. para o acórdão: Min. Maurício CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003. DJ: 19/03/2004. TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez ano 54, n. 361, p. 11-26, mar. 2006. p. 17.

responsabilidade, salienta COURTIS que a responsabilidade estatal, decorrente da ratificação do tratado em âmbito internacional, não elide a existência de dever de particulares.<sup>796</sup> Ao contrário, destaca que certos direitos humanos apenas têm sentido em face de particulares,<sup>797</sup> ilustrando com os direitos trabalhistas – como o direito a salário, descanso, higiene previsto em tratados internacionais.<sup>798</sup>

Ao Estado, defende COURTIS, incumbe o papel de fiscalizar o cumprimento, assentando um verdadeiro “dever de proteção”<sup>799</sup> o qual implica que *“todo derecho humano genera obligaciones de protección para el Estado y ello hace aplicable a todo derecho el razonamiento expuesto anteriormente: los particulares agresores deben soportar la acción protectora estatal y tienen la obligación directa de no afectar aquellos bienes”*.<sup>800</sup>

Retrata ainda o amplo desenvolvimento jurisprudencial na Argentina onde *“los tribunales han reconocido la jerarquía constitucional del derecho a la salud merced de su consagración en pactos internacionales de derechos humanos y, a la vez, han aceptado la tutela de ese cuando el obligado era un particular”*.<sup>801</sup> Assim, explana CAYUSO que no ordenamento argentino (até 1994), a saúde não figurava expressamente como direito fundamental, no entanto, sua fundamentalidade material conduziu ao seu reconhecimento como direito implícito de maneira que *“la doctrina más calificada sostenía que una interpretación dinámica del texto*

---

<sup>796</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 82 e 84.

<sup>797</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 85.

<sup>798</sup> Ressalta ademais (ainda que referindo-se a direitos fundamentais extraídos das leis): *“Tampoco es infrecuente que una constitución, – y mucho más las leyes – establezcan derechos fundamentales entre particulares”*, citando, entre outros exemplos, o reconhecimento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de direitos trabalhistas aos imigrantes em situação irregular (p. 85-86), a vedação de discriminação (p. 87), Convenção sobre Direitos das Crianças e a Convenção para Eliminação de toda forma Todas as formas de discriminação contra a mulher (p. 94). Em tradução livre: “Tampouco é infrequente que uma constituição – e muito mais as leis –, estabeleça direitos fundamentais entre particulares”. COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 89.

<sup>799</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 95. No original, consta: *“obligaciones de protección”*.

<sup>800</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 95. Em tradução livre: “todo direito humano gera obrigações de proteção para o Estado e faz aplicável a todo direito o raciocínio anteriormente exposto: os particulares agressores devem suportar a ação protetor estatal e possuem obrigação direta de não afetar aqueles bens”.

*constitucional obligaba a reconocerlo en la norma de derechos implícitos*”.<sup>802</sup>

Para COURTIS, desde que as obrigações estejam estabelecidas pela via legislativa,<sup>803</sup> “*sujetos privados – obras sociales y empresas de medicina prepaga – son responsables de la garantía del derecho humano a la salud y pueden ser objeto de reclamo por parte de los titulares del derecho en caso de incumplimiento de sus obligaciones*”.<sup>804</sup>

É interessante, nessa toada, apreciar algumas decisões da jurisprudência argentina. Em primeiro, no paradigmático caso Etcheverry, a *Corte Suprema de*

---

<sup>801</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 103. Em tradução livre: “os tribunais reconheceram a hierarquia constitucional ao direito à saúde diante de sua consagração em pactos internacionais de direitos humanos, e ao mesmo tempo aceitaram a tutela desse direito quando o obrigado era um particular”. No primeiro sentido, cite-se: ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 186. XXXIV. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. Buenos Aires, 01/06/2000.

<sup>802</sup> CAYUSO, Susana Graciela. El derecho a salud: un derecho de protección y prestación. In: MACKINSON, Gladys (Dir.); FARINATI, Alicia (Coord.). **Salud, Derecho y Equidad**. Principios constitucionales, Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo. Buenos Aires: Adhoc, 2001. p. 29-45. p. 33. Em tradução livre: “A doutrina argentina mais qualificada sustentava que uma interpretação dinâmica do texto constitucional obrigava a reconhecê-lo com base na norma de direitos implícitos [art. 33]”. Analogamente na Colômbia, “*la Corte desarrolla una línea jurisprudencial que se centra en la solución de los casos en los cuales es evidente una conexión determinante entre el derecho a la salud y un derecho fundamental como el derecho a la vida o el mínimo vital*”. RUDAS, Mónica Arbeláez. La Protección Constitucional del Derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Derecho y Salud**, Barcelona (Espanha), v. 14, n. 2, p. 205-240, jul./dez. 2006. p. 216. Em tradução livre: “a Corte Constitucional colombiana desenvolve uma linha jurisprudencial a qual se centra na solução dos casos em que é evidente conexão determinante entre o direito à saúde e um direito fundamental como o direito à vida ou ao mínimo vital [mínimo existencial]”. No Brasil, a previsão expressa do direito fundamental à saúde na constituição federal toma a construção desnecessária, e, de outra banda, potencializa a eficácia interprivada do direito fundamental à saúde. Ainda, para SARLET e FIGUEIREDO “a saúde, na condição de bem jurídico, é tutelada tanto como direito humano quanto fundamental”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53. p. 39.

<sup>803</sup> Desse maneira, COURTIS ressalta ser imprescindível a especificação legislativa dos deveres decorrentes do direito humano à saúde. Linhas acima havia apontado tal autor que o foco não é a “*autoejecutividad*” (autoexecutividade) dos tratados de direitos humanos, todavia, a existência de certas obrigações “*directamente operativas, y otras obligaciones que requieren de [sic] desarrollo normativo inferior*”. COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 101. Em tradução livre: “diretamente operativas e outras obrigações as quais requerem posterior desenvolvimento normativo”. Claus-Wilhelm CANARIS, adotando a nomenclatura de “*imperativos de tutela*” esclarece se tratar de “explicação dogmática convincente para a ‘eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre terceiros’, porque “designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai as obrigações de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são atingidos e os direitos fundamentais produzem – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro. Esta

*Justicia de la Nación* examinou a conduta da empresa de medicina pré-paga<sup>805</sup> “Omint Sociedad Anónima y Servicios”, a qual considerou extinto, após a demissão, o vínculo contratual pertinente a plano de saúde coletivo, estabelecido por intermédio da antiga empregadora.<sup>806</sup> Entre os aspectos salientados na decisão, a negativa pela empresa, quer da continuidade dos pagamentos pelo ex-empregado, quer da possibilidade de adesão individual; a manutenção do vínculo com a empresa de medicina pré-paga após a terceirização do empregado; a circunstância de que, ao longo dos últimos meses antes de sua demissão (e do “consequente”) término do

---

perspectiva corresponde, hoje, à doutrina amplamente dominante, subjaz reconhecivelmente à jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional Federal [Alemão] – como se manifesta nas decisões sobre o representante comercial, e sobretudo, sobre a fiança, bem como, por último, na decisão sobre o direito do filho a obter da mãe informações sobre a identidade do pai biológico”. CANARIS, Claus-Wilhelm **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. (Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 58. Na síntese de VIEIRA DE ANDRADE, sob essa ótica “a vinculação estatal, não se limitaria ao cumprimento do dever principal respectivo (de abstenção, ou ainda de prestação ou de garantia da participação, conforme o tipo de direito do particular), antes implicaria o dever de promoção e de *protecção* dos direitos perante quaisquer ameaças, a fim de assegurar a sua efectividade”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 257. Tal dever se concretizaria com “recurso a instrumentos de direito ordinário. Onde este apresente lacunas de protecção inconstitucionais, o juiz está autorizado a cumprir essa tarefa, designadamente através do desenvolvimento judicial do direito”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 42, p. 5-34, 2005. p. 11. Nesse sentido também: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 26; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 211-229. p. 217; GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192. p. 162.

<sup>804</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110. p. 103. Em tradução livre: “sujeitos privados – obras sociais e empresas de plano de saúde – são responsáveis pela garantia do direito humano à saúde e podem ser objeto de *reclamo* por parte dos titulares do direito em caso de inadimplemento de suas obrigações”. Manteve-se a denominação “*reclamo*” como no original, por corresponder a um recurso próprio do ordenamento jurídico argentino.

<sup>805</sup> Na tradução da expressão “*medicina prepaga*”, adotou-se o equivalente “medicina pré-paga”, deixando-se de proceder à comparação em relação aos seguros-saúde ou planos de saúde do direito brasileiro. Em 1999, escreveu Adalberto PASQUALOTTO, que na seguradora não há prestação do serviço, porém, reembolso, ao passo que “na medicina pré-paga, o beneficiário recebe, diretamente do empreendedor, determinada assistência à sua saúde, realizando, em contraprestação, um pagamento em dinheiro, geralmente periódico. Na maioria das vezes o sujeito ativo da contratação funciona como organizador do serviço de saúde subcontratando ou delegando a terceiros a efetiva prestação do serviço”. PASQUALOTTO, Adalberto. Regulamentação de Planos e Seguros. In: MARQUES, Claudia Lima, *et al.* **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada**. 1. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: RT, 1999. p. 23-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 13). p. 39. Tal posição poderia, contudo, ser revista em face das múltiplas modificações legislativas posteriores que ensejaram o distanciamento do plano de saúde do regime típico do seguro. Ainda, Silvio Luís Ferreira da ROCHA, sugere denominar os planos de saúde de “contratos de assistência

contrato) descobriu-se portador do vírus HIV.

Entendeu a *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, revendo a decisão da instância anterior – *Cámara de Apelaciones* –, por manter Roberto Eduardo Etcheverry vinculado ao plano de saúde. Extraem-se da fundamentação da decisão relevantes excertos:<sup>807</sup>

a) *más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial.*<sup>808</sup>

b) *cabe observar que la cámara de apelaciones no reparó en que lo importante para la solución del caso no era determinar la naturaleza de la relación entre las partes, ya que independientemente de que se tratase de una relación directa o una estipulación a favor de un tercero, lo que debía dilucidarse era si la resolución de los beneficios de que gozaba el actor y la negativa a restablecerlos por parte de Omint S.A. vulneraba o no las disposiciones vigentes y derechos constitucionalmente comprometidos.*<sup>809</sup>

c) *los contratos de medicina prepaga - que son aquéllos en los que una empresa especializada se obliga a prestar el servicio de asistencia médica a un persona o grupo de ellas recibiendo, como contraprestación, el pago de una suma de dinero que generalmente es periódico -, no están contemplados dentro de ninguna de las figuras previstas por los códigos de fondo o leyes especiales, siendo en consecuencia innominados o atípicos. La característica principal de estos negocios jurídicos es que, a través del ahorro consistente en pagos anticipados verificados en el transcurso del tiempo, los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida o salud.*<sup>810</sup>

médica pré-pagos”. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656 de 3 de junho de 1998. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 2008. p. 230-240. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 36). Inversamente, na jurisprudência argentina, a “*medicina prepaga*” foi indicada como espécie do gênero “*planes de salud*”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. H. 90. XXXIV. Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). Buenos Aires, 13/03/2001.

<sup>806</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. E. 34. XXXV. Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios. ley 16.986. Buenos Aires, 13/03/2001.

<sup>807</sup> A disposição em itens em ordem alfabética não consta no original, sendo feita para fins de exposição. Manteve-se a seqüência dos trechos.

<sup>808</sup> Em tradução livre: “para além de sua constituição como empresas de plano de saúde, as operadoras de planos de saúde têm a seu cargo transcendental função social a qual se sobrepõe a qualquer questão comercial”. No mesmo sentido: ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. H. 90. XXXIV. Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). Buenos Aires, 13/03/2001.

<sup>809</sup> Em tradução livre: “cabe observar que a Câmara de Apelação não considerou que o importante à solução do caso não era determinar a natureza da relação entre as partes, eis que independientemente de se tratar de uma relação direta ou de uma estipulação em favor de terceiro, o que havia de elucidar-se era se a resolução dos benefícios dos quais gozava o autor e a negativa, por parte *Omint S.A.*, de restabelecê-los, violava ou não disposições vigentes e direitos constitucionalmente comprometidos”.

<sup>810</sup> Em tradução livre: “Os contratos de medicina pré-paga (planos de saúde) – que são os que uma empresa especializada se obriga a prestar o serviço de assistência médica a uma pessoa ou grupo de recebendo como contraprestação, o pagamento de uma soma em dinheiro que geralmente é periódico –, não estão contemplados dentro de nenhuma das figuras previstas pelos códigos de

d) si bien es cierto que en determinado momento la ecuación económica pareció alterarse como consecuencia de la decisión de ISC Bunker Ramo de dejar de abonar la cobertura contratada, el actor garantizó su equilibrio al manifestar que en adelante se haría cargo de su pago en forma personal”.<sup>811</sup>

e) resulta imposible pensar que tiene posibilidades de acceder a una institución similar encontrándose ya instalada en él una enfermedad como el SIDA. En este aspecto, cabe hacer hincapié en que la conceptualización del derecho como justicia y equidad imponía al tribunal a quo la necesidad de afirmar que valores tales como la salud y la vida están por encima de todo criterio económico”.<sup>812</sup>

f) por último, no es ocioso observar que dado que las empresas de medicina prepaga y las obras sociales tienen numerosos rasgos y objetivos en común, la accionada debió actuar haciendo extensivo a su caso lo determinado respecto a estas últimas en cuanto son consideradas agentes del seguro de salud (conf. leyes 23.660 y 23.661), a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (...) en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto”.<sup>813</sup>

---

fundo ou leis especiais, sendo em consequência inominados ou atípicos. A característica principal destes negócios jurídicos é que, mediante a poupança consistente em pagamentos antecipados verificados no transcurso do tempo, os pacientes se protegem de riscos futuros em sua vida ou saúde”. No plano contratual considerou-se a expectativa gerada: “*Es decir, el beneficiario se asegura de que si necesita los servicios prometidos, podrá tomarlos, aunque no tenga certeza de cuándo ni en qué cantidad, pudiendo ocurrir inclusive que nunca los requiera, en cuyo caso el gasto realizado se traducirá únicamente en la tranquilidad que le dio la cobertura durante todo ese tiempo*”. Em tradução livre: “É dizer, ao beneficiário é assegurado que ao precisar dos serviços prometidos, poderá usá-los, ainda que não esteja certo de quando ou em qual quantidade, podendo ocorrer inclusive que nunca os requeira, hipótese em que o gasto realizado se traduzirá unicamente na tranquilidade de que possuía cobertura durante todo esse tempo”. Tomou-se em conta ainda que “*el amparista por ser portador del virus HIV requerirá atención médica especial de por vida, puede extraerse que la negativa de la prepaga obedeció a su intención de liberarse del riesgo empresario*”. Em tradução livre: “o recorrente por ser portador do vírus HIV requeria atenção médica especial durante sua vida, pode-se concluir que a negativa da empresa de medicina pré-paga obedeceu a sua intenção de se liberar do risco empresarial”.

<sup>811</sup> Em tradução livre: “em que pese seja certo que em determinado momento a equação econômica pareceu alterar-se diante da decisão de ISC Bunker Ramo [empregadora] de deixar de pagar pela cobertura contratada, o autor garantiu o equilíbrio ao manifestar que em diante tomaria para si, pessoalmente, os pagamentos futuros”.

<sup>812</sup> Em tradução livre: “é impossível admitir a possibilidade de contratar instituição similar uma vez portador da AIDS. Nesse aspecto, cabe enfatizar que a conceituação do direito como justiça e equidade impunha ao tribunal a quo a necessidade de afirmar que valores tais como a saúde e a vida se sobrepõe ao critério econômico”. Em sua manifestação, a *Procuración General de la Nación* anotou ainda a vinculação a diversos tratados de direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 3º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 4º e 5º).

<sup>813</sup> Em tradução livre: “por último, não sem utilidade observar que haja vista que as empresas de medicina pré-paga e as de obras sociais possuem numerosos traços e objetivos em comum, a demandada devia atuar estendendo a si o respeito a essas enquanto consideradas agentes do seguro de saúde, (a teor das leis de n.º 23.660 e 23.661), por consequência, buscando o pleno gozo do direito à saúde para todos os habitantes do país, sem discriminação social, econômica, cultural ou geográfica [...] em tais condições as garantias constitucionais que invocadas como vulneradas guardam relação direta e imediata com o que se resolve”.

Por conseguinte, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* reconheceu a função social da instituição (embasamento a), ainda que inexista a previsão expressa da figura da função social do contrato, como previsto no Código Civil brasileiro (arts. 421 e 2035).<sup>814</sup> Salientou a incidência de direitos constitucionais, negando a solução da instância de apelação que tomara como norte, estritamente, o exame dogmático da natureza do contrato. Ao mesmo tempo, não se desprezou a apreciação de aspectos contratuais, acolhendo o pensamento segundo o qual os planos de saúde configuram contratos para o futuro, de maneira que não pode frustrar as expectativas do contratante quando se torna economicamente desinteressante. Sobre esse ponto, a *Procuración General de la Nación*, em sua manifestação no feito, destacou que a utilidade marginal que liga as partes é inversa,<sup>815</sup> ou seja, o contrato de plano de saúde é inicialmente vantajoso à empresa de medicina pré-paga devido ao gasto tendencialmente menor dos pacientes e, posteriormente, há uma elevação de custos, diante do envelhecimento e das enfermidades.

É marcante no julgado a incidência do direito à saúde permeando a análise contratual. Em linha com o exposto, destacou-se que cumpre ao Direito contemporâneo frear o anseio de uma leitura das relações jurídicas desvinculada da realidade concreta. Assim, contrapôs-se ao “toque de Midas” que informou a contratualidade clássica e o Direito moderno, valorizando-se a apreciação dos valores em jogo, frisando a relevância de atender à finalidade econômica (como denota a ênfase ao prosseguimento do pagamento pelo beneficiário), em harmonia com direitos constitucionalmente assegurados.

Em outro caso interessante, apreciado em 2008, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* entendeu que a realização de aborto ilegal não excluía os deveres de posterior tratamento por parte da empresa de medicina pré-paga. Assentou, a *Procuración General de la Nación*,<sup>816</sup> estar-se diante de caso com densidade pouco

---

<sup>814</sup> Na mesma orientação: ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. H. 90. XXXIV. Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). Buenos Aires, 13/03/2001.

<sup>815</sup> No original: “la curva de utilidad marginal que atañe a las parte es inversa”. Assim também: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Los Servicios de salud*. **Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Edição Especial. Porto Alegre, Ajuris, p. 283-308, mar. 1998. p. 290.

<sup>816</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Amparo n. 1 289; L. XLIII. Buenos Aires, 16/04/2008. O tema foi objeto de julgamento meses mais tarde: ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Reclamo n. 289. XLIII. Nuñez de Zanetti Monica Viviana - Famy S.A. Salud. Buenos Aires, 09/09/2008.

comum, entendendo ser “evidente a direta dependência que existe entre a manutenção da vida de la sra. Núñez e a prestação cuja cobertura se debate”.<sup>817</sup> Externou a *Procuración General de la Nación*:

*En primer lugar, creo que no es ocioso sino constructivo, comenzar por ubicar el problema en su lugar adecuado, que - a mi juicio - escapa del ámbito de lo propiamente contractual, para adentrarse en el campo de los derechos humanos. Un corolario inmediato de esta observación, es que la labor de los jueces debe asirse a la directiva axiológica y hermenéutica pro homine, norte que informa en toda su extensión al campo de los derechos humanos.*

Asseverou-se ainda que “el hombre es la razón de todo el sistema jurídico; y que, en tanto fin en sí mismo - más allá de su naturaleza trascendente--, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes tienen siempre un carácter instrumental”.<sup>818</sup> Nesse sentido, salientou-se a ausência de demonstração da capacidade da contratante de custear seu tratamento, a circunstância de que possui expectativa de vida breve, entendendo haver uma conduta “antifuncional” em negar o pedido diante da iminente necessidade de propor outra demanda para que pudesse sobreviver<sup>819</sup> havendo risco de falecer em virtude da simples interrupção do tratamento.

Destacou-se ainda se tratar de contrato de adesão e de relação de consumo, de sorte que a “responsabilidad social de la empresa médica”, é “más allá de las coberturas pactuadas, aquellas legalmente establecidas - tal la requerida en autos -, en tanto ellas tiendan a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas”.<sup>820</sup> A Corte Suprema de Justicia de la Nación

---

<sup>817</sup> Tradução livre, extraindo a idéia central. No original consta, literalmente: “Como puede advertirse, la índole del dilema que llega hoy a esta sede tiene una densidad poco común, desde que resulta patente la conexión de directa dependencia que existe entre el mantenimiento mismo de la vida de la sra. Núñez, y la prestación cuya cobertura se debate”.

<sup>818</sup> “O homem é a razão de todo o sistema jurídico; e, dessa feita, um fim em sim mesmo – além de sua natureza transcendente – sua pessoa é inviolável e constitui um valor fundamental, a respeito do qual os restantes têm sempre um caráter instrumental”.

<sup>819</sup> De forma mais contundente do que se propõe neste estudo, a *Procuración General de la Nación* defendeu que: “la actividad de las empresas de medicina prepaga presenta ciertos rasgos mercantiles, dichas entidades adquieren paralelamente, un compromiso social para con los usuarios, lo cual supone una responsabilidad que trasciende el mero plano negocial”. Em tradução livre: “a atividade das empresas de medicina pré-paga apresenta certos traços mercantis, tais entidades adquirem paralelamente, um compromisso social para com os usuários, o qual supõe uma responsabilidade que transcende o mero plano negocial”.

<sup>820</sup> Em tradução livre, respectivamente: “responsabilidade social da empresa médica”; “para além das coberturas pactuadas, aquelas legalmente estabelecidas - tal como a requerida nos autos -, porquanto tendem a proteger as garantias constitucionais a vida, saúde, segurança e integridade das pessoas”.

em voto unânime acatou as razões da *Procuración* para determinar o dever da empresa de medicina pré-paga, em face da inexistência de argumentos para restrição de sua responsabilidade.

Em complemento, é interessante mencionar a posição expressa pelo ministro Ricardo LORENZETTI, em voto dissidente proferido no caso *Cambiaso Péres de Nealón*.<sup>821</sup> Tratava-se de pleito por parte de jovem acometido de epilepsia, requerendo o fornecimento de fraldas e o custeamento integral dos medicamentos de que carecia, para além dos 40% pagos pela empresa de medicina pré-paga. Nas instâncias inferiores havia sido acolhido o pedido. Acompanhando a compreensão dos demais julgadores, LORENZETTI entendeu que a lei que embasava a solicitação não se estendia às empresas de medicina pré-paga, razão pela qual não assistia razão ao requerente.

Há intrigantes aspectos do voto que merecem atenção.

Em primeiro, mesmo decidindo pela ausência de fundamento para o pedido, salientou LORENZETTI a necessidade de uma ponderação de princípios constitucionais<sup>822</sup> o que desde logo afasta a argumentação maliciosa de que o recurso à Constituição (ou aos direitos fundamentais) visa sempre a uma futura conclusão pró-contratante.<sup>823</sup>

Em segundo, assentou a relevância da efetividade do direito à saúde e a indispensabilidade de sua prestação integral pelo Estado.<sup>824</sup>

---

<sup>821</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. C.595. XLI. *Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas*. Buenos Aires, 28/08/2007.

<sup>822</sup> “*La decisión debe fundarse, entonces, en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la resolución que se adopte*”. Em tradução livre: “A decisão deve fundar-se, pois, em uma razoável ponderação dos princípios constitucionais em jogo e em uma adequada consideração das consequências econômicas e sociais da resolução que se adote”.

<sup>823</sup> Nesse compasso, pontua UBILLOS que “*la eficacia inmediata no tiene por qué conducir a soluciones distintas, más incisivas o arrolladoras, que las que resultan de la aplicación de otras teorías. Ese es, probablemente, uno de los estereotipos más extendidos*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 319. Em tradução livre: “a eficácia imediata não tem por que conduzir a soluções distintas, mais incisivas ou progressistas do que as que resultam da aplicação de outras teorias. Esse é, provavelmente, um dos estereótipos mais difundidos”.

<sup>824</sup> Decidiu-se: “*corresponde afirmar claramente que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger [...] La protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del estado de derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. Llamar ciudadano a quien no*

Em terceiro, considerou que a cessação da prestação implicaria risco à saúde, de modo que a revogação do tratamento deveria ser em período não inferior a um ano (salvo substituição anterior pelo Estado). Considerou que a empresa poderia absorver os gastos transitoriamente e frisou que o valor despendido constituiria crédito em face do Estado.

Embasou tal decisão na circunstância de que ***“la imposición transitoria de cargas públicas es, en este caso, compatible con el contrato celebrado que se caracteriza porque su objeto y su causa están relacionados directamente con derechos fundamentales vinculados a la protección del estatuto de la persona”***.<sup>825</sup> Dessa maneira, LORENZETTI fez aplicar o direito fundamental à saúde ao contrato de medicina pré-paga, impondo um dever não previsto no instrumento contratual, nem na lei, vale realçar: de arcar com um valor de um tratamento em curso, de adimplir obrigação que, logicamente, não fazia parte do contrato.

Dos julgamentos examinados extraem-se importantes lições. De modo conciso, infere-se: a) com clareza a *fundamentalidade material* do direito à saúde; b) a incidência do direito à saúde como critério interpretativo dos contratos de medicina pré-paga (tomados aqui como correspondentes aos planos de saúde); c) a relevância das características do contrato de plano de saúde na incidência do direito fundamental,<sup>826</sup> entre as quais: as expectativas dos contratantes, o interesse crescente do contratante, e decrescente da operadora de plano de saúde, o tipo de direito protegido, os efeitos do inadimplemento da contratada; d) haver certos espaços em que as tarefas estatais e os deveres impostos aos particulares que assumem a atividade de prestação da saúde se tangenciam; e) afastamento da figura do plano de saúde em relação ao contrato de seguro. Tais ilações, conforme

---

*tiene trabajo, vivienda o prestaciones básicas de salud constituye una afrenta, ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social*”. Em tradução livre: “corresponde afirmar claramente que os direitos vinculados ao acesso a prestações de saúde integrais não podem ser meramente declaratórios, porque seu gozo efetivo é o que permite a uma pessoa desenvolver plenamente seu valor eminente como agente moral autônomo, base da dignidade humana que esta Corte deve proteger [...] A proteção dos cidadãos é um assunto fundamental para o funcionamento do Estado de Direito, e ela está fortemente relacionada com o gozo de bens primários com um conteúdo mínimo. Chamar cidadão a quem não tem trabalho, moradia ou prestações básicas de saúde constitui uma afronta, afinal quem é privado desses, resta excluído, condenado ao ostracismo social”.

<sup>825</sup> Em tradução livre: “a imposição transitória de deveres públicos é, neste caso, compatível com o contrato celebrado que se caracteriza porque seu objeto e sua causa estão relacionados diretamente com direitos fundamentais vinculados à proteção do estatuto da pessoa”.

<sup>826</sup> Aqui não se usou a expressão direitos humanos porque a recepção pela jurisprudência da Argentina como princípio implícito “converte” o direito à saúde em direito fundamental, o que apenas reforça sua relevância. Veja-se, acima, as notas de rodapé de n.º 786, 801 e 802.

se demonstra adiante, estão presentes de modo similar na eficácia da saúde como direito fundamental nos planos de saúde no Brasil.

## 2.6 Instrumentos, garantias e ressignificações na *saúde* das relações contratuais

### 2.6.1 Entre a relevância pública e o contrato

Além da vasta gama de argumentos já analisados em favor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, na seara da saúde suplementar, parece interessante explorar dois aspectos: *a)* a proximidade entre a assistência privada e a prestação estatal; *b)* forte presença do Estado no setor da saúde suplementar.

Cabe assinalar o refinamento da dogmática<sup>827</sup> dos direitos fundamentais, a qual se desdobra por várias correntes e categorias, as quais, em vista da finalidade do presente estudo, não serão objeto de maior detalhamento. Não obstante, a fundamentação que se apresentará, guarda alguma correspondência em relação à doutrina da *state action*, a qual, por essa razão, será sucintamente tratada. Desde logo, adverte-se que nem se está a propor a adoção dessa teoria no Brasil,<sup>828</sup> muito menos, conforme se verá, sua necessidade.

Simplificadamente a doutrina da *state action*,<sup>829</sup> do Direito norte-americano, propõe que se possa imprimir deveres aos particulares, ampliando o raio das

<sup>827</sup> Aqui o termo não é usado em sentido pejorativo ou crítico; remete à idéia de desenvolvimento doutrinário.

<sup>828</sup> A inaplicabilidade, no caso brasileiro, decorre da própria desnecessidade. Já para STEINMETZ, de modo mais contundente: “trata-se de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal. Assim, a *state action doctrine* não é relevante – não encontra referibilidade – no marco de constituições desenhadas segundo os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático. Para ser mais preciso e já exemplificando, a *state action doctrine* no marco da CF não é uma teoria constitucionalmente adequada”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. (Teoria & Direito Público). p. 181.

<sup>829</sup> Falar-se em uma única doutrina da *state action*, explana Virgílio Afonso da SILVA, é incorrer em grave simplificação. Há várias vertentes doutrinárias, atenuações e variações, assim como fases na jurisprudência da Suprema Corte do Estados Unidos. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 99.

garantais constitucionais<sup>830</sup> se houver exercício de atividade próxima à “função pública”<sup>831</sup> ou com forte “implicação estatal”<sup>832</sup>:

*en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analógicamente una función propia del Estado; y en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado con esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades.*<sup>833</sup>

Na visão de UBILLOS, a teoria demonstra a crise da separação dicotomia público e privado, contudo, encobre a análise da eficácia dos direitos fundamentais; não a discute, a evita.<sup>834</sup>

<sup>830</sup> Esclarece Jane Reis GONÇALVES PEREIRA que: “como regra, a jurisprudência norte-americana só admite a invocação dos preceitos constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal (*state action*)”. GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192. p. 170.

<sup>831</sup> “É quando o particular exerce uma espécie de ‘função pública’ ou ‘quase pública’”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. (Teoria & Direito Público). p. 180.

<sup>832</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 320.

<sup>833</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 320. Muitas vezes, aponta, tais argumentos vem justapostos. Em tradução livre: “na primeira hipótese, se a atividade desenvolvida por atores privados pode considerar-se, analogicamente uma função própria do Estado; na segunda, se o poder público está suficientemente involucrado com essa atividade: os tribunais se encarregariam de medir a intensidade dos contatos ou das complicitades”.

<sup>834</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 320. Segundo SARMENTO o modelo da *state action* nega a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, fundando-se na preservação da autonomia privada e no formato federativo dos Estados Unidos (no qual os estados é que legislam em matéria privada). SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18. Criticando expressamente a posição de SARMENTO, Virgílio Afonso da SILVA entende que tal teoria não nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas apenas restringe essa vinculação a certas hipóteses. Em realidade, tal discussão não influi nas idéias aqui lançadas e, ademais, os autores tomam em sua argumentação referencial diverso de modo que conclusões diversas não são incongruentes. SARMENTO, ao avaliar a *doutrina*, julga que não há vinculatividade. Virgílio Afonso da SILVA ressalta, a partir da *jurisprudência*, observar-se que a equiparação de ato particular a ato estatal (*state action*) revela-se sobremaneira artificial de tal maneira que, em tese nega-se tal vinculatividade, contudo, mas admite-se no âmbito dos tribunais. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 100-101. Na visão de VIEIRA DE ANDRADE: “nos Estados Unidos, a partir da concepção da *state action*, sustenta-se há muito que o Estado é responsável por discriminações privadas quando *as podia e devia evitar e não evitou*, quando *as encoraja ou aprova* ou quando *as torna efectiva através dos tribunais*”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 257. Nota de rodapé n.º 24.

Por dever de coerência, assinala-se veemente discordância com premissa central da *state action*, segundo a qual *prima facie* os direitos fundamentais não vinculam os particulares, mas poderão vinculá-los na hipótese de se configurar em sua atividade uma ação estatal (*state action*). A considerar o caso brasileiro, afirmar que haveria tão-somente uma distante vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na medida em que, ao desempenhar atividade a qual se encontra ligada ao Estado – quer pela natureza da prestação/função desempenhada quer pela imbricação do Estado – é desconsiderar a força normativa dos preceitos constitucionais.

A menção a *state action* faz-se, pois, apenas como exercício de reflexão, de maneira a traçar uma analogia segundo a qual, fosse necessário empregar essa teoria para promover a eficácia interprivada, o caso dos planos de saúde seria emblemático para sua aplicação.<sup>835</sup>

Significa dizer que a saúde suplementar atende a uma função que, quase se pode dizer, não é “estritamente privada”,<sup>836</sup> bem assim que se apresenta como atividade dotada de profundo envolvimento estatal.<sup>837</sup> A jurisprudência, embora sem

---

<sup>835</sup> Explanou o TJMG: “à medida que o setor privado se aproveita da notória incapacidade do Poder Público de prover toda a população de assistência médica para entrar num mercado altamente lucrativo, que é o da prestação de serviços de saúde, deve ele assumir todos os riscos oriundos dessa atividade econômica. Afirmar que o setor privado está desobrigado de prestar cobertura integral, sob o argumento de que o Estado descumpriu o dever de atender às moléstias mais onerosas, deixando a complementação menos custosa (capaz de proporcionar lucro) à iniciativa privada, é descurar da máxima capitalista de que, quanto maior o lucro, maior também é o risco”. MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0693.05.041128-1/001(1). Rel.: Antônio de PÁDUA. Julgamento: 10/08/2007. DJ: 01/09/2007.

<sup>836</sup> SCHEFFER chega a propor que a atividade dos planos de saúde tem caráter público. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**, Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 232. Em conformidade com tal pensamento, o TJRN entendeu que: “assistência à saúde seja de livre iniciativa privada, conforme já realçado, encontra-se sujeita a limitações e fiscalizações, **por ser de natureza pública**, não podendo prevalecer cláusula que exclua procedimentos necessários à vida do usuário”, bem como que “o particular, prestador de uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de uma assistência médica integral para os consumidores dos seus serviços”. RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2006.001428-9. 2ª Câmara Cível. Rel.: Cláudio SANTOS. Julgamento: 12/06/2006. Grifou-se. O teor do acórdão, o qual poderia fazer supor se tratar de discussão sobre prestação privada no âmbito do SUS, em realidade versava sobre cláusula de plano de saúde que excluía hemodiálise. Mais próximo do embasamento que se sugere, destacou-se, na mesma decisão, a incompatibilidade da saúde com a natureza de mercadoria e que “a nossa Carta Magna garante a todos os cidadãos uma existência digna, elevando a saúde à condição de direito fundamental do homem”.

<sup>837</sup> Em sentido próximo, com as devidas adequações, colacione-se o seguinte entendimento jurisprudencial: “O art. 196 da CF preceitua que a saúde é direito de todos. As seguradoras não podem malferir esse direito ao argumento de que é somente o Estado que tem o dever de preservá-la. São coadjuvantes do Poder Público nessa atividade, que não é puramente comercial. Não se pode restringir em contrato direitos fundamentais. Destarte, a escolha pelo tratamento mais adequado,

referir-se à *state action*,<sup>838</sup> tem frisado especialmente o primeiro aspecto, advertindo, como fez o TJRJ, se “tratar de um serviço que é público em sua origem, sendo apenas administrado e executado em caráter privado, sem, contudo, perder a sua relevância pública, como impõe o artigo 197 da Constituição Federal”.<sup>839</sup> Assim naquele tribunal se asseverou:

a Lei n.º 9.656/98 não pode ter sua interpretação apartada dos preceitos e princípios consumeristas, visto que **as empresas operadoras dos planos de saúde atuam coadjuvando o Poder Público no atendimento a indiscutível direito fundamental do indivíduo** e, assim, não comporta a utilização de método interpretativo que a isole nas cercanias do direito privado, devendo ser observada a carpintaria jurídica multifacetária que envolve os princípios de direito público e de direito privado, o que conduz à conclusão de que o aludido ordenamento ordinário deve integral obediência aos comandos constitucionais que realçam a necessidade do respeito à dignidade humana e erigem a saúde à condição de direito fundamental do indivíduo – artigos 1º, inciso III, 196 e 197 da Carta da República.<sup>840</sup>

Não segue que a prestação pela operadora de plano de saúde tenha natureza de pública, que deva atender a alguma política pública ou ainda que configure um *múnus*. Muito menos se cogita que essa atividade constitua um serviço público.<sup>841</sup> Entretanto, é bastante forte o argumento segundo o qual o objeto da prestação extrapola uma finalidade exclusivamente econômica, como denota a circunstância de haver prestação estatal similar, lei específica para disciplinar o regime da

---

seguindo orientações médicas, corresponde a direito potestativo do paciente. Por fim, não é demais invocar a regra contida no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. BAHIA. TJBA. Recurso n.º 40109-9/2002. 4ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais. Rel.: Ilza Maria da ANUNCIAÇÃO. Julgamento: 25/11/2004.

<sup>838</sup> Na concepção de Virgílio Afonso da SILVA é possível notar na jurisprudência brasileira uma aproximação (implícita) com a *state action* na construção jurisprudencial que admite *habeas corpus* contra ato de hospital privado que impede a liberação de paciente até o pagamento integral do débito pelo tratamento. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 100-103.

<sup>839</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.39415. 10ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Celso Luiz de Matos PERES. Julgamento: 05/11/2008.

<sup>840</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.39415. 10ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Celso Luiz de Matos PERES. Julgamento: 05/11/2008. Em acórdão proferido pelo TJSP, na mesma data, consignou-se: “Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que este contrato não pode servir apenas aos interesses da prestadora dos serviços, mas, deve, antes de qualquer coisa, estar em consonância com o objetivo público, a fim de produzir efeitos úteis aos cidadãos de um modo geral. Nesse sentido, é que o Código Civil estabeleceu, em seu artigo 421, a função social do contrato como limite à autonomia privada”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 413.2704/2-00. Voto n.º 15790. 5ª. Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. A. C. Mathias COLTRO. Julgamento: 05/11/2008. Registro: 24/11/2008.

<sup>841</sup> Observe-se que sequer a Suprema Corte dos Estados Unidos exige que haja delegação para aplicar a doutrina da *state action*. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190-191.

atividade e agência reguladora do setor de saúde suplementar. Em sentido similar, estabeleceu o TJRJ em outra ocasião: “as cláusulas limitativas do direito do consumidor devem ser interpretadas restritivamente, dado o aspecto público e social do vínculo, prevalecendo os interesses coletivos sobre os individuais, bem como a preservação de direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista, inclusive, que foi celebrado contrato de adesão”.<sup>842</sup>

Outrossim, consoante exposto supra,<sup>843</sup> a prestação da saúde no Brasil é estruturada mediante um sistema público (SUS) o qual é complementado pela prestação particular (saúde suplementar e clínicas e hospitais privados). Apesar da divisão, a prestação é estruturada sobre o que a doutrina da seara da saúde tem denominado *mix público privado*, havendo significativa presença de recursos públicos no âmbito da prestação suplementar.<sup>844</sup> Igualmente, há intensos influxos entre o Sistema Único de Saúde e o sistema de prestação privada, havendo compartilhamento de infra-estrutura, materiais e, sob variadas formas, de recursos.<sup>845</sup>

---

<sup>842</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 20691/07. 12ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Siro Darlan de OLIVEIRA. Julgamento: 17/06/2007.

<sup>843</sup> Veja-se em especial o capítulo: “Articulações entre Público e Privado na Prestação da Saúde” (2.2), desenvolvido supra nesta Parte II.

<sup>844</sup> AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 8. Conforme relatório da CPI dos Planos de Saúde: “O mercado de planos de saúde é em grande parte sustentado por um financiamento com forte participação das empresas empregadoras, acompanhado por políticas fiscais que reafirmam o direito de acesso diferenciado aos serviços de saúde, segundo capacidade contributiva e não de acordo com as necessidades clínicas e de saúde”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final - Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde**. Brasília: Câmara dos Deputados, nov. 2003. p. 165.

<sup>845</sup> Conforme largamente tratado anteriormente, nos capítulos precedentes. Nessa quadra, Ligia BAHIA adverte haver importantes fontes de recursos que contribuem ao financiamento público da assistência à saúde privada, a saber, incentivos fiscais tais como desconto no imposto de renda de pessoa física e inserção de gastos com planos coletivos como custo operacional nas empresas, gastos com o pagamento de planos de saúde privados para funcionários públicos. BAHIA, Ligia. **Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006. p. 162-164. No mesmo diapasão: BAHIA, Ligia. **As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 4, p. 1385-1397, set./out. 2008. Por sua vez o Conselho Regional de Medicina de São Paulo cobra: “o posicionamento claro da ANS sobre a utilização de recursos públicos envolvidos direta e indiretamente com os planos de saúde privados; e sobre a relação da saúde suplementar com o Sistema Único de Saúde”. AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 81.

Feita essa breve referência a *state action* atente-se para três ressalvas. Desde logo, reitera-se não ser, em nenhuma hipótese, imprescindível o recurso a essa teoria – ou sua analogia – para que se possa estabelecer ligação entre particulares e os direitos fundamentais nas relações interprivadas. Igualmente, a aplicação de tal construção não exclui outras possibilidades. Serve apenas para fornecer indícios relevantes em favor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Complementarmente, permita-se frisar que, o que se procurou demonstrar é que, fosse preciso atender, **analogicamente**,<sup>846</sup> aos requisitos da *state action*, seus pressupostos estariam preenchidos.<sup>847</sup>

## 2.6.2 O argumento da transferência de deveres estatais ao particular

Uma das objeções recorrentes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas tem sido a tentativa de se sustentar que essa incidência poderia configurar uma transferência de responsabilidade estatal. A natureza das relações é diversa, mas comum é o objeto da tutela: a *pessoa*. Assim, concorda-se que os efeitos da eficácia podem variar conforme o tipo de relação, o que passa ao largo da tese de que os direitos fundamentais não vinculariam os particulares. Nessa toada, tem-se como premissa que “os parâmetros da aplicação do direito fundamental à saúde face ao Estado de certo, portanto, não podem ser simplesmente transplantados para o ‘Direito Privado’”.<sup>848</sup>

Como avalia CANOTILHO, apenas rechaçar uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares da mesma maneira que se admite nas relações entre Estado e cidadão, não soluciona o “verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas”.<sup>849</sup> Importante ainda, absorver a pluralidade de eficácias e efeitos, de sorte que, como propõe o mesmo autor, os direitos fundamentais são dotados de “*multifuncionalidade* ou *pluralidade*

---

<sup>846</sup> Com tal indicação pretende-se ressaltar que não se buscou qualquer tipo de análise de Direito Comparado, evitando-se traçar aproximações indevidas com institutos de diferentes sistemas jurídicos, tão-somente sublinhado o contexto da incidência do direito fundamental à saúde na esfera da saúde suplementar.

<sup>847</sup> Não se descuida de que há várias vertentes da doutrina. Seu estudo, no entanto, não se revela útil porque não se preconiza a adoção da *state action*, mas apenas aproveita-se uma fração de seu pensamento para refletir sobre o direito fundamental à saúde.

de funções”, razão pela qual, é adequada, em certo sentido, a proposta de considerar-se a “especificidade do direito privado”, como propõe.<sup>850</sup>

Em consonância, pondera UBILLOS que “*la polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una transposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas*”.<sup>851</sup> Assevera também que externar a preocupação com o “frágil equilíbrio”<sup>852</sup> entre o princípio da autonomia negocial e os direitos e liberdades não implica excluir a incidência dos direitos fundamentais; conforme se sublinhou, não significa que a relação negocial deva prescindir de liberdade.<sup>853</sup> Não obstante, sustenta Luiz FUX que o direito,

---

<sup>848</sup> SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 345-381. p. 362. Nessa esteira, é preciso ter em conta, consoante assinala UBILLOS que “*en la esfera de las relaciones Estado-ciudadano, el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no lo es. En cambio, el conflicto en la esfera de relaciones ciudadano-ciudadano surge normalmente entre titulares de derechos fundamentales que entran en colisión*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 310. Em tradução livre: “na esfera das relações Estado-cidadão, o conflito se apresenta entre o titular de um direito fundamental e um poder público que, em princípio, não o é. Distintamente, o conflito na esfera de relações cidadão-cidadão surge normalmente entre titulares de direitos fundamentais que entram em colisão”. Na visão de VIEIRA DE ANDRADE: “a vinculação das entidades privadas poderosas aos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 265-266. Na mesma toada: HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 65. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 24. Especificamente no que atine ao direito à saúde: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. p. 7-33. p. 6.

<sup>849</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1288.

<sup>850</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 1289

<sup>851</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 334. Em tradução livre: “a polivalência dos direitos fundamentais não se resolve mediante uma transposição mecânica e incondicionada destes ao campo das relações jurídico-privadas”.

<sup>852</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 334.

<sup>853</sup> Juan María Bilbao UBILLOS menciona que um comerciante não precisa cobrar da mesma maneira seus fornecedores ou oferecer a mesma vantagem a todos seus clientes por conta do princípio da igualdade. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. p. 335. Ao mesmo

constitucionalmente assegurado, à saúde tem por destinatário apenas o Estado. Em sua ótica:

repassar o dever para o particular, mercê de desautorizado pela Carta Magna, em função da necessária convivência harmônica entre atividade estatal e a iniciativa livre e privada, rompe os princípios que norteiam o contrato, de seguro, desequilibra a igualdade entre os contratantes, não obstante, ainda, desfalcar a economia das entidades em favor de um, em detrimento dos outros beneficiários.<sup>854</sup>

Essa posição remete a uma divisão pura entre público e privado, comungando, pacificamente, com uma pretensa impossibilidade de atuação do Estado no âmbito privado e com a suposta prevalência de princípios peculiares do Direito Securitário – autônomos em relação ao ordenamento. Contraditoriamente, FUX rejeitou a aplicação da Constituição, porém, com fulcro no princípio da igualdade. Além disso, imprimir um dever ou, nesse caso, limitar o direito de um único contratante, não coaduna com o que o magistrado denominou “os princípios que norteiam o contrato, de seguro”.

Embasa sua compreensão no reconhecimento dos efeitos do contrato perante pessoas que não compõem, sob o prisma formal, o contrato (nota da visão contemporânea do contrato), para concluir, todavia, sem maior profundidade, que deve prevalecer o contratado para não prejudicar os demais (essência da concepção tradicional do contrato). Outrossim, traz a lume o problema da consideração da viabilidade econômica de determinada prestação exigida por um contratante como requisito para sua exigência o que destoa fortemente da própria concepção de contrato na qual o julgador parece basear-se (na qual as obrigações vinculam as partes, independentemente de sua natureza ou valor).

Há ainda outras ambigüidades relevantes a seres sublinhadas.

Foi cogitado no julgado um conflito entre o direito à saúde de determinado contratante (cuja necessidade é atual) e dos demais contratantes, os quais pretendem a proteção para situações futuras.

Em primeiro, essa linha procura justificar a restrição a um contratante com

---

tempo, por força da igualdade, não se justifica que tal comerciante ao oferecer um cargo de gerência, fixe valores diferenciados conforme o cargo seja atribuído a um homem ou uma mulher.

<sup>854</sup> FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 283-300. p. 297.

base no argumento de que o interesse dessa limitação é coletivo. O faz, no entanto, tutelando direitos que em realidade são individuais. Além disso, protege um grupo do qual se desconhece qualquer manifestação, o que se justifica, nas entrelinhas, por conta da percepção de que o benefício em realidade é ao plano de saúde.

Em outras palavras, procura-se assim justificar um direito individual sob o argumento de interesse coletivo para, ao final, se proteger apenas interesses individuais, que pretensamente seriam dos demais contratantes, mas ao que tudo indica favorecem a operadora.

Em segundo, sob ângulo diverso, a decisão adota, sem maior reflexão, a presunção de que o atendimento de um “segurado”<sup>855</sup> prejudica os demais. Ocorre que – dentro da lógica da decisão – um precedente desfavorável ao contrato de que são aderentes não é necessariamente favorável aos outros contratantes.

Em terceiro, observe-se que a fundamentação da interpretação “restritiva” do conteúdo do contrato de plano de saúde, com base na relevância social da viabilidade econômica da operadora de assistência privada não é usual em outros setores, circunstância que não pode ser ignorada.<sup>856</sup> Por outro lado, recorde-se que a importância da preservação do patrimônio da operadora de modo a permitir sua atividade econômica é premissa de nossa compreensão, bem como acolhida pela legislação.

Mais abaixo, sustenta FUX:

o rompimento do contrato, e em última análise da própria *ratio essendi* constitucional, somente deve ser engendrado nas situações-limite, em que não haja outra solução para salvar a vida humana senão recorrer ao subsídio particular. Caso contrário, a promiscuidade do uso do setor privado fora do pactuado, através de liminares, encerrará decisão ‘supostamente caridosa’ porquanto olvida as carências relegadas a outros que também precisam da *saúde financeira das entidades securitárias*. Como coloquialmente se diz no pródigo vernáculo brasileiro.<sup>857</sup>

---

<sup>855</sup> O texto de FUX é anterior à Lei n.º 10.185/2001 que unificou determinou a necessidade das seguradoras de saúde especializarem-se nesse segmento, bem como, determinou sua subordinação à Lei n.º 9.656/98. No estágio atual, entende-se preferível a adoção da expressão “plano de saúde” em detrimento de “seguro saúde”.

<sup>856</sup> Ilustrativamente, diante a queda de um avião, não se cogitaria eximir as companhias aéreas de indenizar a família das vítimas para assegurar as passagens já compradas por outros passageiros.

<sup>857</sup> FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 283-300. p. 297. Cogita ainda um ressarcimento das operadoras, pelo erário público, por serviços prestados além do contratado por determinação judicial, o que seria o espelho do ressarcimento pelo SUS. FUX, Luiz. Obra citada, p. 298-299.

A contraposição dessa visão parte da compreensão do setor da saúde à luz dos influxos do público e privado, sob pena de entender-se que sua “normalidade” é a polarização, quando se mostra justamente como inter-relação.<sup>858</sup> A oposição prossegue pela rejeição à ótica segundo a qual estabelecer o diálogo entre interesses econômicos e existenciais seja fazer caridade. De outra banda, forçoso admitir que a incidência do direito fundamental à saúde em relação aos particulares não assume o mesmo sentido que na relação entre cidadão e Estado, isto é, o plano não garante a proteção integral do direito fundamental à saúde.<sup>859</sup>

Em que pese o presente estudo desvie do tema do ressarcimento ao SUS, merecem menção alguns pontos ressaltados na apelação cível de n.º 200151010089540 julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª. Região. O voto vencedor de Castro AGUIAR salientou quatro aspectos em favor da ilegalidade do ressarcimento: a) transferência de dever estatal ao particular<sup>860</sup> b) inviabilidade

---

<sup>858</sup> “Nesta perspectiva, defendida pelo CNS [Conselho Nacional de Saúde], que é a instância maior de controle social das políticas de saúde, os problemas relacionados à saúde suplementar – a exemplo das coberturas assistenciais – devem ser abordados não apenas como um assunto que diz respeito aos mais de 35 milhões de brasileiros ligados aos planos de saúde privados, mas também considerando as repercussões da configuração e das práticas deste setor nas diretrizes da política nacional de saúde”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**, Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 234.

<sup>859</sup> Contra essa posição, é freqüente ler-se a atribuição ao particular de dever igual ao estatal, conferindo-lhe a missão de integral atendimento do direito à saúde. Ocorre que tal imputação é indevida, por significar uma ampliação excessiva de seus deveres. O que se propõe é muito menos. Em síntese, o estabelecimento certos parâmetros às cláusulas contratuais e a prestação. É preciso notar que atender ao direito à saúde em sua plenitude açambarca educação para saúde, alimentação, saneamento básico, moradia adequada, fornecimento de medicamentos, atendimento psicológico e outras prestações as quais nem sempre (ou nunca) são cobertas pelos planos de saúde. Tal concepção é, por outro lado, significativa da existência de certo grau de indefinição de tarefas que decorre por força da natureza da prestação de saúde. Nesse sentido, confira-se a justificação ao Projeto de Lei n.º 3.107/2000 (convertido na Lei n.º 10.223/2001), que incluiu o art. 10-A na Lei n.º 9.656/98, para determinar às operadoras de plano de saúde o dever de “prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer”. Expôs-se como embasamento para esse dever que: “o governo e os órgãos públicos já são obrigados por lei a realizar este tipo de procedimento, dessa forma temos o dever de garantir os mesmos direitos para as mulheres que optaram por pagar e utilizar os serviços de planos e seguros privados de saúde”. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 3.107/2000. **Diário do Senado Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 24/03/2001, p. 3868. Sancionada a lei foi publicada em: BRASIL. Lei n.º 10.223/2001. **Diário Oficial da União**. Brasília: Imprensa Oficial, 16/05/2001, p. 1.

<sup>860</sup> “Em primeiro plano, o malsinado art. 32 [da Lei n.º 9.656/98] transfere, unilateralmente, à esfera privada o dever constitucional e originário do Estado de prestar, em caráter universal, serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, como prescrito no art. 196 da Constituição”. 2ª. REGIÃO. TRF2ª. Apelação Cível de n.º 200151010089540. 2ª Turma. Rel.: Sergio Feltrin CORREA. Julgamento: 15/09/2004.

econômica do ressarcimento;<sup>861</sup> c) violação da igualdade diante do financiamento isolado da saúde por determinado setor privado;<sup>862</sup> d) liberdade do cidadão de optar entre o serviço público (universal) e o serviço particular pelo qual pagou.

Por sua vez o relator Sergio Feltrin CORREA exprimiu:

O ressarcimento tem como fundamento, a uma, o princípio geral do direito do não enriquecimento sem causa, face às empresas exercerem atividade lucrativa, também devendo arcar com os ônus e riscos do negócio; a duas, o princípio da moralidade, uma vez que, à luz do art. 199, parágrafo 1o da Constituição Federal, é o setor privado que deve participar de forma complementar do SUS, não cabendo ao Erário fomentar, de forma indireta, os lucros da atividade privada; e a três, o próprio princípio da isonomia, pois o ressarcimento não afasta o dever do Estado de prover saúde a todos os cidadãos indiscriminadamente, mas muito ao contrário, propicia a aplicação de recursos em maior cobertura à expansão dos serviços, em consonância com os princípios da generalidade e da regularidade dos serviços públicos de saúde.<sup>863</sup>

Extraem-se desse julgamento questões interessantes. No que tange ao papel das operadoras, em primeiro, emerge certo espaço de indefinição acerca de seu papel diante da natureza da prestação e da incidência do direito fundamental. De acordo com Gérman Bipdart CAMPOS, da Universidad de Buenos Aires: *“la ambivalencia de los derechos, que son oponibles tanto al Estado como entre particulares, cobra realce cuando en materia de salud ha alcanzado difusión creciente una amplia serie de entidades privadas que prestan servicios a sus socios, como son, por ejemplo, las de medicina prepaga”*.<sup>864</sup>

---

<sup>861</sup> “Não é imprestável o argumento de que os recursos das operadoras de planos de saúde não surgem do nada, vindo, como é óbvio, dos seus segurados. E é claro que o aumento de custo, imputado às operadoras, mesmo por lei, resultará, mais cedo ou mais tarde, infalivelmente, em aumento das prestações de seus conveniados, impingindo-lhes a obrigatoriedade de novo pagamento, para subsidiar o próprio sistema público de saúde”.

<sup>862</sup> “Claro que o ressarcimento ao SUS, como determinado pelo citado art. 32, [da Lei n.º 9.656/98,] constitui fórmula nova de custeio da saúde, imposta apenas a uma classe de pessoas jurídicas e não de modo igual para toda a sociedade, o que implica violência ao princípio constitucional de isonomia”.

<sup>863</sup> 2ª. REGIÃO. TRF2ª. Apelação Cível de n.º 200151010089540. 2ª Turma. Rel.: Sergio Feltrin CORREA. Julgamento: 15/09/2004.

<sup>864</sup> CAMPOS, Gérman Bipdart. Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien constitucional. In: MACKINSON, Gladys (Dir.); FARINATI, Alicia (Coord.). **Salud, Derecho y Equidad**. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo. Buenos Aires: Adhoc, 2001. p. 21-28. p. 22. Em tradução livre: “a ambivalência dos direitos oponíveis tanto em face do Estado como entre particulares, cobra realce quando em matéria de saúde alcançou difusão crescente uma ampla série de entidades privadas que prestam serviços a seus integrantes, como são, por exemplo, as de medicina pré-paga (operadoras de planos de saúde)”.

Ademais, note-se, no voto vencedor, a objeção atinente à alegação de que caberia exclusivamente às operadoras o custeio de um direito fundamental. Contra essa idéia, há que se observar que não se está propriamente exigindo da operadora a plena concretização do direito fundamental à saúde, porém, a ter em conta sua atividade, derivar desse direito alguns deveres.

Igualmente, deve-se problematizar a adoção da impossibilidade de custeio como baliza para negativa do ressarcimento. O amparo dado a esse parâmetro revela a utilização, sem maior análise, da suposição da inexistência de recursos, assim como, em outros momentos, o Poder Judiciário justifica medidas desfavoráveis aos planos de saúde na suposição hipotética de que possuem a capacidade econômico-financeira para tal.<sup>865</sup>

Igualmente relevante o julgamento acerca da licitude ou abusividade de cláusula limitativa do tempo de internação em UTI, no recurso especial n.º 242.550. Para o Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr, a limitação não prevalece, diante da “natureza desse contrato e a especificidade do direito a que visa proteger”.<sup>866</sup> Em oposição, o voto-vencedor, prolatado pelo Min. Aldir PASSARINHO Júnior, restou assim fundamentado:

assim colocada a questão, e muito embora sensível aos apelos humanitários da argumentação do recorrido e autor, entendo que não se pode nulificar cláusulas quando inexistia, à época da avença, vedação legal à sua celebração, com tais restrições. Isso seria possível, fosse a assistência recusada por um ente estatal, por um hospital/público, mas não por uma instituição privada de assistência à saúde, porque esta opera dentro dos ditames legais e dentro do que reza o contrato, não estando obrigada pela Constituição a substituir o Estado em dar assistência. Essa assistência é dada, evidentemente, dentro dos limites das forças da instituição privada, que são aqueles contratados.<sup>867</sup>

---

<sup>865</sup> Sem apreciar números, a jurisprudência paulista considerou que “A arrecadação dos prêmios dos mais jovens, que raramente utilizam os planos de saúde, já é suficiente para manter o sistema equilibrado, não se justificando reajustes expressivos impostos àqueles que, justamente com o avanço da idade, mais necessitam e, por já se encontrarem fora do mercado de trabalho, têm seus rendimentos sensivelmente diminuídos, não podendo suportar aumentos além dos reajustes decorrentes da inflação. Nem se alegue que, com a idade avançada do consumidor, há aumento do risco do negócio a justificar a majoração dos prêmios”. SÃO PAULO. TJSP. Ação Civil Pública de n.º 583.00.2007.250550-0. 12ª Vara Cível de São Paulo. Sentença prolatada pela Juíza Laura de Mattos ALMEIDA. Julgamento: 01/08/2008. No TJRS asseverou-se: “a situação demonstra haver um enriquecimento ilícito por parte da ré, pois a autora mantém com ela contrato há pelo menos 10 anos, pagando sempre em dia as contribuições. Cita doutrina e jurisprudência a corroborar sua tese”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70007203961. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. 17/03/2004.

<sup>866</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 242.550/SP. Rel. para acórdão: Min. Aldir PASSARINHO. Julgamento: 02/03/2000. DJ: 18/02/2002.

<sup>867</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 242.550/SP. Rel. para acórdão: Min. Aldir PASSARINHO Júnior. Julgamento: 02/03/2000. DJ: 18/02/2002. A contraposição foi enfatizada na ementa: “I. Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. II. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em

É preciso rejeitar tal argumentação a qual se exime da difícil tarefa de filtrar sob o crivo legalidade constitucional as disposições contratuais. Vincular os particulares ao direito fundamental à saúde não se equipara a transferir-lhe a prestação estatal. Nesse sentido, perfilha-se a posição de Min. Maurício CORRÊA, ao julgar a ADI-MC n.º 1931, ao confrontar a afirmação da Confederação Nacional de Saúde – Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS, na inicial, no sentido de que “o Estado está transferindo para a iniciativa privada tarefa que lhe incumbe cumprir constitucionalmente (CF, art. 196), fugindo assim ao dever imposto”.

Esclareceu o julgador que o dever estatal de prestar a saúde “não deixa qualquer dúvida que o Estado pode disciplinar sua realização”<sup>868</sup> pelos particulares. Assim, por se inserir em “delicado setor social” a prestação privada subordina-se à atividade de fiscalização.<sup>869</sup>

Congruente a tal pensamento, a tese exposta no voto do Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr., no recém-mencionado recurso especial n.º 242.550, a sublinhar “a natureza desse contrato e a especificidade do direito a que visa proteger”. Sua posição restou convertida na súmula n.º 302 do STJ, a qual consagrou, após vários precedentes,<sup>870</sup> que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.<sup>871</sup>

Além disso, exerce grande influência na contratação de planos de saúde a (má) qualidade da prestação estatal,<sup>872</sup> o que reforça a possibilidade de se estipular

---

planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento”.

<sup>868</sup> BRASIL. STF. ADI-MC n.º 1931/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício CORRÊA. Julgamento: 21/08/2003. DJ: 28/05/2004.

<sup>869</sup> BRASIL. STF. ADI-MC n.º 1931/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício CORRÊA. Julgamento: 21/08/2003. DJ: 28/05/2004.

<sup>870</sup> Constatam da súmula, como precedentes os recursos especiais de n.º: 158.728, 249.423, 242.550, 402.727, julgados entre 1999 e 2003.

<sup>871</sup> BRASIL. STJ. 2ª. Seção. Súmula n.º 302. Julgamento: 18/10/2004. DJ: 11/04/2004.

<sup>872</sup> FARIAS, Luís Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo da adesão ao sistema de saúde suplementar. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 405-416, 2001. Nas elucidativas palavras de Fátima, 51 anos: “Você chega no INPS, quantas vezes aconteceu comigo, e eu vejo até com meus filhos. Os médicos às vezes nem põem a mão no doente. Passam receitas e... vai comprar o remédio. Não sabe se as pessoas às vezes está com uma pneumonia, não sabe, não sabe o problema da pessoa. **Já pelo plano não.** [...] Não acredito que o INPS atende bem. Não acredito, sabe por que? – não é falar mal dos médicos – é que muitas vezes, muitas pessoas, então não têm... o médico chega ali, ta cinquenta pessoas. Como é que ele vai atender bem, né?”. Obra citada, p. 408. Grifou-se. A sigla INPS corresponde a Instituto Nacional de Previdência Social. Trata-se de órgão público instituído pelo Decreto-lei n.º 72/1966, o qual reuniu os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões. Posteriormente, o Decreto n.º 99.350/1990, por meio da fusão do IAPAS com o INPS, instituiu o

certos parâmetros para o desenvolvimento da atividade pela iniciativa privada.<sup>873</sup> Nesse diapasão, o TJRJ, na apelação cível n.º 2008.001.55428, ao julgar incabível a limitação contratual do período de internação em UTI, ressaltou a inviabilidade de dessa restrição, quer por ato particular, quer por ato administrativo, declinando que:

a conclusão diversa não se poderia chegar quando se considerasse a nota de suplementação dos contratos privados do setor de saúde, que, se não os desfigura como pacto privado de índole cativa ou de longa duração, e nem desautoriza o lucro como consequência dos serviços prestados ou por prestar –, não deixa, entretanto, de orientar, considerada a função social que cumpre, a respectiva interpretação no sentido da proteção do contratante tecnicamente hipossuficiente diante de um novo tipo de poder dos respectivos grupos do setor – o econômico –, já enfatizada, aliás, pelas normas de proteção do consumidor que, também elas, regulam a respectiva relação jurídica.<sup>874</sup>

Em decisão que negou provimento aos embargos declaratórios, novamente foram explorados os fundamentos do caso:<sup>875</sup>

ato jurídico perfeito e acabado numa área de absoluta prioridade constitucional (CRB, artigo 227) - e de *altíssima rentabilidade* - a que o setor privado voluntariamente aderiu (CRB artigo 199), sujeita à intensa regulamentação do poder público, sem prejuízo dos efeitos que diretamente se irradiam desde os direitos fundamentais em sua dimensão horizontal, a limitarem a autonomia privada e, em consequência, a própria liberdade de contratar, é leitura que se prende a uma concepção vencida de estado liberal que o artigo 170 da Constituição República repele a mais não poder, tanto mais quanto se considere a essencialidade do bem objeto do contrato, a vida, pressuposto necessário da dignidade da pessoa, princípio estruturante do estado constitucional de direito.<sup>876</sup>

Além disso, não se deixou de examinar as normas infraconstitucionais,

---

Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Histórico da Previdência Social**. <[http://www.previdenciasocial.gov.br/pg\\_secundarias/previdencia\\_social\\_12\\_04-C.asp](http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_12_04-C.asp)>. Acesso em: 14/08/2008. Posterior a 2000, o artigo capta justamente a *representação* acerca dos planos de saúde.

<sup>873</sup> “Notória a crise da saúde pública que assola o país, sendo cada vez maior o número de pessoas que, ainda que de poucos recursos, ingressam em planos de saúde privados, procurando salvar-se contra o risco de verem negados os direitos constitucionais à vida e a saúde”. RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2003.003684-9. 2ª Câmara Cível. Rel.: Anderson SILVINO. Julgamento: 11/10/2005.

<sup>874</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (ou n.º 55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 08/10/2008.

<sup>875</sup> Apesar da sistemática própria dos embargos declaratórios, a qual não objetiva exposição dos fundamentos (mas suprir omissão, obscuridade ou contradição), expressou o julgador: “Satisfaça-se-lhe, entretanto, a curiosidade”.

<sup>876</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (ou n.º 55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 22/10/2008.

porém, entendeu-se que a cláusula em controvérsia “cede diante dos termos dos artigos 12, I, b), V, c) e 35-C, I, da Lei 9.656/98, tanto mais quanto a carência de cobertura, na espécie, pura e simplesmente não se compatibilizaria com os próprios fins do contrato, de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida”.<sup>877</sup>

Reitere-se que a contratação por particular de plano de saúde não ilide o dever estatal de prestação da saúde. Assim, acompanha-se Fernando Facury SCAFF quando exprime que: “o atendimento de necessidades básicas, como educação, saúde, habitação, saneamento etc. deve ser feito pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado”.<sup>878</sup> No entanto, a natureza do contrato (cativo, longa duração, consumo) e o seu objeto, cuja essencialidade é proeminente, faz razoável compreender por uma tutela diferenciada.<sup>879</sup> Concilia-se, justamente ao não se confundirem, dever estatal e dever particular, fundados ambos no direito fundamental.

Com efeito, o TJRJ definiu em outro julgamento que o atendimento de emergência não está condicionado a período de carência, por força da boa-fé, de disposição expressa da Lei n.º 9.656/98 (arts. 12 e 35-C), observando, em sua argumentação, em consonância à posição esposada: “Note-se, que a proteção à saúde não é apenas um dever do Estado, mas estende-se como princípio ético em

---

<sup>877</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (ou n.º 55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 22/10/2008.

<sup>878</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Tôrres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 115-131. p. 119. Essas considerações nem abarcam o exame do ressarcimento ao SUS, nem significam que os contratos de plano de saúde possa estabelecer quaisquer limitações ao argumento de que o que não seja atendido no âmbito da assistência suplementar privada será dever estatal.

<sup>879</sup> Nessa toada, em sintonia com as preocupações externadas no capítulo designado “Os produtos da mercantilização da prestação de serviços da saúde” - 2.3, a posição de Vital MOREIRA. Em texto intitulado a *empresarialização dos serviços públicos* – de certo uma das marcas do fluir entre público e privado –, destaca que no campo dos estabelecimentos de saúde, as experiências dos hospitais S. Sebastião (Feira) e do Barlavento Algarvio (Portimão), ilustram o modelo de empresarialização prudente, “visto que por um lado estabeleceram exceções ao regime empresarial (por exemplo, no que respeita à aquisição de bens e serviços por via de concurso), e por outro lado se ficou aquém da ‘mercadorização’ das prestações da saúde, tendo-se antes optado pela figura do contrato-programa como forma de ligar o financiamento ao desempenho”. MOREIRA, Vital. A empresarialização dos serviços públicos. In: LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; \_\_\_\_\_. **Mão Visível**. Economia de Mercado e Regulação. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 145-148. p. 146. Grifou-se.

que deve se pautar o fornecedor de um serviço interligado a direito fundamental”.<sup>880</sup>

### 2.6.3 Tutela coletiva

A incidência do direito fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde permite que, em certas hipóteses, a proteção de um contratante se traduza na proteção de interesses metaindividuais, abarcando **interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**,<sup>881</sup> na forma do Código de Defesa do Consumidor<sup>882</sup> e da Lei da Ação Civil Pública.<sup>883</sup>

Em proposta que desafia a dicotomia entre público e privado,<sup>884</sup> alarga-se a

---

<sup>880</sup> RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.57161. 1ª Câmara Cível. Des.: Vera Maria Soares Van HOMBEECK. Julgamento: 16/10/2008. DJ: 14/10/2008. Da mesma julgadora: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo Inominado n.º 2007.001.34811. 1ª Câmara Cível. Des.: Vera Maria Soares Van HOMBEECK. Julgamento: 28/08/2007.

<sup>881</sup> Consoante explica Ruy Rosado de AGUIAR Jr. interesses ou direitos *difusos* envolvem “os transindividuais, indivisíveis, de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; os interesses *coletivos* os quais designam “os transindividuais, indivisíveis, de grupo, de categoria ou classe de pessoas e ligadas ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” e interesses ou direitos *individuais homogêneos* que se referem aos “decorrentes de origem comum”. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Reflexões sobre a Ética Médica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180. p. 169.

<sup>882</sup> Lei n.º 8.078/90, art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>883</sup> Lei n.º 7.347/85, art. 21. “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Incluído pelo art. 117 da Lei n.º 8.078/90.

<sup>884</sup> Confira-se o voto proferido pelo Min. Carlos BRITTO por ocasião da ADI-MC n.º 1931/DF: “Vejam os senhores que o próprio Ministério Público - e aí peço a devida atenção ao eminente Procurador Geral da República -, entre as suas funções institucionais, foi habilitado a zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública - e, sem dúvida, aí que os planos coletivos de medicina estão incluídos - aos direitos assegurados nesta constituição. Então por que o Ministério Público está habilitado constitucionalmente, a interceder nessa matéria? Exatamente porque os serviços de relevância pública saem da esfera da atividade econômica, *stricto sensu*, e passam a trabalhar sob a óptica constitucional dos direitos sociais. Caso típico, por exemplo, da educação - que **é dever do Estado, mas é atividade franqueada à iniciativa privada e, portanto, atividade mistamente pública e privada e não exclusivamente pública. É o caso típico da saúde**”. BRASIL. STF. ADI-MC n.º 1931/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício CORRÊA.

legitimidade ativa, em certas controvérsias, para fazer incluir Ministério Público, e eventualmente associações,<sup>885</sup> assegurando ampla tutela dos contratantes em juízo.<sup>886</sup> Além disso, a conexão entre os beneficiários de vários contratos faz suscitar a possibilidade, em algumas circunstâncias, de demandas propostas por grupos “não-formalizados” de contratantes.

No magistério de Paulo LÔBO:

Mas o quê, afinal, vai caracterizar esses contratos do modelo contemporâneo? São contratos de massa, despersonalizados, contratos que não defluem de manifestações de vontades livres, não se originando da igualdade formal das partes. Distanciando-se da liberdade e igualdade formais das partes, seria outra categoria ou talvez o contrato renascido, a partir de pressupostos diferentes. Nunca se contratou tanto, nunca se usou tanto essa forma de relação jurídica como nesse final de século. Há situações que nos chamam a atenção e nos fazem indagar se ainda estamos diante do contrato. **Imaginemos o contrato em que quarenta milhões de brasileiros estão inseridos, que são os contratos de seguro saúde;** neste a impessoalidade da relação se dá sobretudo em face daquele que necessita do serviço e não pode realizar o contrato segundo o modelo que as grandes codificações estabeleceram, que pressupõe a livre manifestação de vontade, a liberdade de escolher o contratante, o tipo contratual e o conteúdo contratual.<sup>887</sup>

Dessa sorte:

Esse contrato não consegue mais se enquadrar em nenhum dos princípios referidos, particularmente no princípio da autonomia da vontade (...) permite, inclusive, a um membro do Ministério Público instaurar um inquérito civil para evitar que aquele instrumento contratual seja adotado nas relações de massa, porque contém cláusulas abusivas? Essas cláusulas não resultaram ainda de contrato concreto, e podem, portanto, ser controladas preventivamente.<sup>888</sup>

---

Julgamento: 21/08/2003. DJ: 28/05/2004.

<sup>885</sup> Lei n.º 8.078/90, art. 82. “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

<sup>886</sup> Dispõe o art. 83 da Lei n.º 8.078/90: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

<sup>887</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Contratual e Constituição. **Revista de Direito Consumidor**, São Paulo, RT, v. 36, p. 241-245, 2000. p. 243. Grifou-se.

<sup>888</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Contratual e Constituição. **Revista de Direito Consumidor**, São Paulo, RT, v. 36, p. 241-245, 2000. p. 243.

Dessa maneira, haja vista que os planos de saúde constituem “atividade crucial para a coletividade”,<sup>889</sup> assinala-se a possibilidade de análise e revisão de disposições do contrato,<sup>890</sup> admitindo-se o reconhecimento da declaração de nulidade de cláusula abusiva em instrumentos contratuais utilizados em massa, assim como a discussão de reajustes de mensalidades.<sup>891</sup>

Nessa linha, merece atenção especial o RESP. n.º 208.068, em que se admitiu a legitimidade do Ministério Público<sup>892</sup> para propor demanda coletiva, calcada em favor de **beneficiário específico** para fornecimento de *beta-interferon* a paciente

---

<sup>889</sup> AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Reflexões sobre a Ética Médica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180. p. 170.

<sup>890</sup> O STJ considerou que: “em última análise, todos os consumidores aderentes do plano de saúde oferecido pela recorrente poderão se beneficiar com uma decisão judicial que venha a decretar a nulidade das cláusulas que estiverem contrárias a direitos tutelados pela Magna Carta e pela legislação infraconstitucional correlata e compila a recorrente a alterar os termos do contrato, caso se comprovem as alegações feitas pelo recorrido”. BRASIL. STJ. RESP n.º 208.068/SC. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 08/10/2001. DJ: 08/04/2002. Não se exclui ainda o controle prévio pela ANS. Como chama a atenção PFEIFFER, na forma da Lei n.º 9.656/98, art. 9º: “Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: I - as operadoras e administradoras estiverem provisoriamente cadastradas na ANS; e II - os produtos a serem comercializados estiverem registrados na ANS. [...] §2º A ANS poderá solicitar informações, determinar alterações e promover a suspensão do todo ou de parte das condições dos planos apresentados. [...] §4º A ANS poderá determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 2008. p. 15-70. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 36). p. 43.

<sup>891</sup> Em consonância com tal pensamento, no RESP n.º 177.965, o min. Ruy Rosado de AGUIAR entendeu pela legitimidade do Ministério Público para promover ação coletiva para discutir o reajuste de prestação de plano de saúde do Paraná. Em seu voto considerou a inclinação da seção de Direito Privado a aceitar a legitimidade do Ministério Público para proteção de interesses individuais homogêneos, presente interesse público relevante, assinalando ainda que, a seu ver, tratava-se de proteger em realidade interesse coletivo (previsto no art. 81, inc. II do CDC). Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, em seu voto, salientou ainda a aplicabilidade da lei da ação civil pública (lei 7.347/85). BRASIL. STJ. RESP n.º 177.965. 4ª. Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado de AGUIAR. Julgamento: 18/05/1999. DJ: 23/08/1999.

<sup>892</sup> Fundamentou-se a decisão, tal como no RESP n.º 177.965 (mencionado na nota precedente), na “missão constitucional” do Ministério Público, expressa nos arts. 127 complementado 129 do Constituição Federal. Dispõe a Constituição Federal, art. 127, *caput*: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Em complemento, determina o art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Outrossim, fez-se referência à Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

de esclerose múltipla, cuja interrupção foi realizada sob a alegação de ausência de cobertura do plano de saúde.<sup>893</sup> Revendo a principiologia contratual clássica, especialmente o princípio da relatividade, observa-se elos entre os diversos contratantes de sorte que as decisões que tutelam o contratante em uma relação específica, podem atingir e mesmo balizar outras relações.<sup>894</sup>

Sublinhando a repercussão na comunidade, cuidou a Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI:

Não se pode deixar de afirmar que as pessoas que aderem ao plano de saúde oferecido pela recorrente são considerados consumidores, nos termos do art. 2.º da Lei n. 8.078/90. A legitimidade do recorrido para a propositura da aludida ação se confirma ao analisar-se perfunctoriamente o pedido nessa contido. Não há como deixar de associá-lo a um interesse coletivo, a teor do disposto no art. 82, II, da Lei n. 8.078/90. **O manifesto interesse social evidencia-se pelo fato de que o bem jurídico tutelado na ação proposta pelo recorrido é a saúde, direito de todos e dever do Estado, como prevê o art. 196 da Constituição Federal. As normas relativas ao tema são de ordem pública, de obediência obrigatória e fiscalização constante por parte do Estado.**<sup>895</sup>

---

<sup>893</sup> Com efeito, em favor da legitimidade alegou-se que a ação proposta visa à proteção de todos os associados do aludido plano que, em idênticas condições, precisam ter tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos custeados pelo plano de saúde, de modo que “tanto pelo prisma do direito individual homogêneo, como pelo do direito coletivo, detém o Ministério Público legitimidade para propor a demanda”. Contrariamente, a BRADESCO SEGUROS S/A “arguiu a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da aludida ação, mormente pelo fato de ter se envolvido na defesa de direitos de uma única pessoa. Isso seria diferente da tutela coletiva aos titulares de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos. Aduziu não se tratar de interesse difuso ou individual homogêneo por falta da necessária repercussão na comunidade”. BRASIL. STJ. RESP n.º 208.068/SC. 3ª. Turma. Rel.: Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 08/10/2001. DJ: 08/04/2002.

<sup>894</sup> Na fundamentação do acórdão, anotou-se: “O interesse da paciente Zélia, sem dúvida, é individual, mas o que realmente se sobrepõe, no caso *sub examen*, é a defesa de todos os contratantes do plano de saúde, pela relevância social atribuída aos interesses da coletividade, mormente por se tratar da saúde”. Além disso, sublinhou-se a potencial economia processual. Acolhendo a análise da essencialidade do contrato, o acórdão restou assim ementado: “A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado”.

<sup>895</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 208.068/SC. 3ª. Turma. Rel.: Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 08/10/2001. DJ: 08/04/2002. No acórdão se estabeleceu analogia a situação apreciada no recurso especial n.º 138.583, no qual o STJ reconheceu a legitimidade do ministério público para propor ação civil pública destinada a impedir a cobrança antecipada e a utilização de índice ilegal das mensalidades escolares. Ao cotejar o julgado, Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI indicou: “Ressalte-se que a educação, **assim como a saúde**, é direito constitucionalmente assegurado, cujo exercício também é regulado por leis de ordem pública, o que torna socialmente relevante o interesse tutelado”. Em sentido similar: considerando se tratar de interesse individual homogêneo, ressaltou que “o interesse social na sua proteção que se transforma no divisor de águas entre o direito individual considerado em sua dimensão particular, pessoal e aquele visto sob ótica comunitária, impessoal, coletiva”. Dessa sorte, “considerados sob este diapasão, os direitos individuais e coletivos *stricto sensu* de consumidores de serviços que propiciam o acesso à saúde, têm natureza de interesse social”, de modo que “a relevância do bem jurídico, por sua vez, justifica a atuação do Ministério Público porque interessa a coletividade como um todo”. BRASIL. STJ. RESP n.º 286.732/RJ. 3ª. Turma. Rel.: Min.<sup>a</sup> Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 09/10/2001. DJ: 09/10/2001. Em complemento, cumpre asseverar que no RESP n.º 138.583, considerou-se que as medidas abusivas “afetam o direito fundamental à educação, classificado na Constituição Federal como social (art. 6o.), e não simples direito individual, por estar intimamente ligado ao futuro da própria nação. Sob este prisma, a importância e a natureza

A eficácia interprivada do direito fundamental à saúde, quanto a esse efeito, une a lição da contratualidade contemporânea no sentido de que os efeitos do contrato atingem o que anteriormente se denominaria “terceiros”, a imperatividade das constitucionais e infraconstitucionais de ordem pública às relações privadas, culminando na compreensão de que relações contratuais podem atingir direitos especialíssimos, que afetam a comunidade ou parcela significativa, suavizando a oposição entre direitos individuais e coletivos.<sup>896</sup>

#### 2.6.4 Elementos para um estatuto jurídico dos planos de saúde

Refletir acerca de aspectos do estatuto jurídico dos planos de saúde demanda a apreciação de sua natureza, a consideração de sua contextualização, o exame de seu objeto e a percepção de sua finalidade. Com efeito, seus contornos estão juridicamente vinculados às expectativas depositadas pelos contratantes, a contratação por adesão e a marcante assimetria de informação. Constitui, além disso, contrato de acentuada catividade, destinando-se a longa duração. Assim,

---

do direito ora protegido seriam suficientes para justificar a atuação direta do Ministério Público como guardião da sociedade. Mas, devo ir além para demonstrar que a legislação infraconstitucional favorece o acolhimento da legitimidade ativa”. BRASIL. STJ. RESP n.º 138.583/SC. 3ª. Turma. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO. Julgamento: 06/08/1998. DJ: 13/10/1998. Em sentido similar: BRASIL. STJ. RESP n.º 108.577/PI. 3ª. Turma. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO. Julgamento: 04/03/1997. DJ: 26/05/1997.

<sup>896</sup> Na dicção PERLINGIERI: “Deve ser redimensionada a disputa entre quem pretende apresentar a tutela da saúde na ótica exclusiva do direito subjetivo individual e quem, na tentativa de limitar a tutela individual, acaba por supervalorizar a tutela coletiva ou associativista, reconhecendo na saúde um interesse predominantemente difuso”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 796-797. Assim, concorda com a possibilidade de proteção tanto coletiva como individual. Destacou Orlado GOMES ao examinar a proteção do consumidor: “Prendem a atenção do jurista recentemente, entre nós, outros interesses que não são individuais nem coletivos, que sequer são interesses de categoria. Chamam-nos interesses difusos. Tais interesses, considerados subjetivamente, isto é, à luz do critério subjetivo, são próprios de grupos permanentes que se organizam para defendê-los. Sob esse aspecto, o problema de proteção ao consumidor consiste em assegurar ‘uma adequada garantia processual de defesa’”. GOMES, Orlado. A política legislativa de proteção ao consumidor. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, ano III, n. 5, p. 30-40, jul. 1985. p. 35. “Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado”, assenta Maria Celina Bodin de MORAES, “tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 25.

leciona Claudia Lima MARQUES: “**É um contrato para o futuro e assegurado do presente**, é um contrato de consumo típico do final do século (um fazer de segurança e confiança), oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas”.<sup>897</sup>

Observa-se, nesse compasso, que o *caráter essencial*<sup>898</sup> inerente ao contrato de plano de saúde, contrasta com o regime jurídico típico aplicável aos contratos de seguro,<sup>899</sup> contrapondo a liberdade da operadora de plano de saúde especialmente acerca de a) impossibilidade de limitação de certos tratamentos e, conseqüentemente vedação da fixação de limite aos valores a serem pagos;<sup>900</sup> b) dever de contratar.<sup>901</sup>

---

<sup>897</sup> MARQUES, Claudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 31, p. 129-169, jul./set. de 1999. p. 133. Em sentido similar anotou-se: “se paga, antecipadamente, aos planos e seguros de saúde, com vistas a uma utilização potencial”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006. p. 161.

<sup>898</sup> Na jurisprudência da *Corte Constitucional de Colombia*: “*la relación contractual que se produce mediante un contrato de medicina prepagada goza de unas connotaciones especiales, dado el marco jurídico que la gobierna, el cual está conformado por las disposiciones legales que rigen los contratos en general y por los preceptos constitucionales que la subordinan directamente y sus desarrollos legales específicos, en razón a la injerencia que tienen en la prestación del servicio público esencial de salud y la protección de derechos con rango superior como la vida, la salud en conexidad con aquella y con la integridad personal*”. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-822/99. Em tradução livre: “a relação contratual que se estabelece mediante um contrato de medicina pré-paga [(plano de saúde)] goza de conotação especial, dado o marco de seu governo jurídico o qual é conformado por disposições legais regem os contratos e por preceitos constitucionais que a subordinam diretamente e a seus desenvolvimentos legais específicos, em razão da ingerência que tem na prestação do serviço público essencial da saúde e da proteção de direitos com nível superior como a vida, a saúde em conexão com aquela e com a proteção da integridade pessoal”.

<sup>899</sup> Com tal ilação não se quer afastar as discussões acerca dos contratos de seguro ou afirmar sua liberdade irrestrita. Em síntese, comunga-se com o enunciado n.º 370 aprovado na IV Jornada de Direito Civil da CJF: “Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado (Org.). v. I. Brasília: CJF, 2007. p. 46. Também publicado em: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III e IV**: enunciados aprovados. v. I. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJF, 2007. p. 75.

<sup>900</sup> Como ressalta Ari PARGENDLER: “No tocante à diferença entre limite do valor de cobertura e do tempo de internação, seria um contra-senso admiti-la, porquanto a restrição dos valores cobertos pelo seguro acaba, inevitavelmente, por reduzir o tempo de internação”. BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 452466/SP. 3ª. Turma. Rel.: Min. Ari PARGENDLER. Julgamento: 27/05/2003. DJ: 04/08/2003.

<sup>901</sup> “No Brasil a opção foi por regular também - e fortemente - o produto oferecido, ou seja a assistência à saúde, com medidas inovadoras como a proibição da seleção de risco e do rompimento unilateral dos contratos”. ANS. **Integração do setor de saúde suplementar ao sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: ANS, 2001. p. 9.

Embora os termos “seguro-saúde” e “plano de saúde” sejam, freqüentemente, utilizados como sinônimos,<sup>902</sup> a aproximação ao Direito Securitário deve ser a cautelosa<sup>903</sup> como parece indicar a significativa redução das menções ao termo “seguro” no corpo da Lei n.º 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) e como resulta, claramente, do disposto na Lei n.º 10.185/2001, a qual estabeleceu que “as sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da lei no 9.656/1998 [leia-se plano de saúde], desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro”.<sup>904</sup>

Com efeito, apesar de se conceder que há certa similaridade entre os planos de saúde e o contrato de seguro, bem como, não se desprezar que a doutrina sugere a utilização das regras dos arts. 757 e seguintes, do Código Civil brasileiro, ao seguro-saúde,<sup>905</sup> verifica-se haver um progressivo distanciamento no tocante aos regimes jurídicos,<sup>906</sup> especialmente, pelo arrefecimento do enfoque exclusivamente

---

<sup>902</sup> Com efeito, lê-se no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seu art. 88, inc. IV, que a competência atribuída à Oitava, Nona e Décima Câmaras Cíveis abarca: [...] “c) ações relativas a contrato de seguro de qualquer natureza, inclusive as execuções dele derivadas e as ações decorrentes de plano de saúde”. PARANÁ. TJPR. **Regimento Interno do Tribunal do Estado do Paraná**. Curitiba: TJPR – Subsecretaria Centro de Documentação: 06/05/1986. Na jurisprudência, entre tantos outros: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.00257. 9ª. Câmara Cível. Rel.: Roberto de Abreu e SILVA. Julgamento: 19/08/2008.

<sup>903</sup> Nesse rumo, VIANA exprime: “[...] que a atividade de seguro saúde guarda importantíssimas distinções com relação aos seguros tradicionais, em especial com relação à natureza do risco, a caracterização dos sinistros, bem como com relação aos conceitos de incerteza, de imprevisibilidade. Ou seja, no cerne da sua atividade. Por outro lado, encontramos fortíssima similaridade do Seguro Saúde com relação aos Planos de Saúde, seja no campo da operação médica e comercial, seja no campo da forma como os consumidores podem ver estas atividades, seja no campo do marco regulatório e legal”. VIANA, João Fernando Moura. **A Especificidade do Seguro Saúde frente ao modelo tradicional de seguro após a nova concepção trazida pelo marco regulatório**. (Biblioteca da ANS). Disponível online em: <[http://www.ans.gov.br/porta1/upload/biblioteca/TT\\_RM\\_05\\_JFernandoViana\\_EspecificidadeSeguroSaude.pdf](http://www.ans.gov.br/porta1/upload/biblioteca/TT_RM_05_JFernandoViana_EspecificidadeSeguroSaude.pdf)>. Acesso em: 16/08/2008.

<sup>904</sup> Com essa alteração, sociedades seguradoras especializadas passam à fiscalização da Agência Nacional de Saúde – ANS, em substituição ao controle da Superintendência de Seguros Privado – SUSEP, na forma da lei 10.185/2001, arts. 1º. e 2º. Em parte, a finalidade dessa unificação foi justamente a centralização da regulamentação pela ANS, como afirmou seu direito-presidente. ANS. **O Impacto da Regulamentação no Setor de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001. (Série ANS n. 1). p. 40.

<sup>905</sup> Assim: TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médicos hospitalares. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, n. 31, p. 225-257, jul./set. 2007. p. 231.

<sup>906</sup> Aduz Claudia Lima MARQUES: “a organização sistemática e em cadeia da medicina pré-paga, não mais como seguro de risco, mas como serviço garantido de prestação em caso de evento à saúde deixa clara a responsabilidade solidária entre o organizador da cadeia (fornecedor indireto, mas contratante) e o prestador de serviços médicos (fornecedor direto, médico, hospital, clínica [...])”.

dogmático para a definição da lei aplicável.<sup>907</sup> Assim, ao tratar das alterações legislativas na assistência à saúde, exprimiu o Min. Maurício CORRÊA na ADI-MC n.º 1931 ter havido:

modificação radical no sistema dos planos de medicina de grupo, desligando-os geneticamente da definição de seguro, fê-los perder a pretendia identificação, pela mesma natureza jurídica, porque o novo conceito harmoniza-se com o disposto no artigo 197 da Carta Federal, mediante o qual “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”<sup>908</sup>

---

Assim, antes “protegidos pelo manto do contrato de ‘seguro saúde’”, tais contratos também são atingidos por essa responsabilidade. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 405. Indicativa dessa tendência discussão sobre a seção competente para analisar ação de “seguro-saúde”. Restou rejeitada a argumentação de que o tema, por envolver a SUSEP estaria ligado à discussão de ato administrativo, prevalecendo que a matéria era de relação de consumo, competência das turmas de Direito Privado. BRASIL. STJ. RESP n.º 286.732/RJ. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 09/10/2001. DJ: 09/10/2001. Em sentido contrário, a natureza securitária tem sido defendida quando se trata de admitir limitações em desfavor do contratante. Assim, em voto vencido proferido no TJSP, Ribeiro da SILVA sustentou que “de acordo com si natureza securitária reconhecida pela atual Lei dos Planos de Saúde, Lei n.º 9.656/98, não cabe ao Plano de Saúde suprir deficiências conhecidas do Estado”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 3532714000. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Luiz AMBRA. Julgamento: 28/07/2005. Registro: 04/10/2005.

<sup>907</sup> Sublinha Claudia Lima MARQUES: “Note-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça, para lá de discussões dogmáticas sobre a natureza do contrato, como seguro ou plano, que envolvem inclusive uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.931-8), tem decidido por impor a este importante tipo contratual de contrato de consumo uma boa-fé extremamente qualificada, exigindo de todos os fornecedores (operadoras, seguradoras e outros) o cumprimento do dever de informação, cooperação e cuidado”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 399-400

<sup>908</sup> BRASIL. STF. ADI-MC n.º 1931/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício CORRÊA. Julgamento: 21/08/2003. DJ: 28/05/2004. Item 13. Ao comentar tal aspecto desse julgamento foi trazido à tona outros aspectos relevantes: “[...] o seguro de assistência à saúde, sem limite financeiro e com rede referenciada, mesmo sendo comercializado por seguradora, passa a estar incluído na abrangência legal. Seu objeto não é a simples indenização, como seu nome diz. O seguro de assistência à saúde tratava, desde sua constituição, de garantir o acesso aos serviços de saúde. E de certa forma, interfere e participa da assistência à saúde de seu segurado. Mesmo sendo comercializado por uma seguradora, este contrato foi definido sob o ponto de vista desta Lei [9.656/98], como um contrato diferente de uma apólice tradicional - financeira - de seguros. Tratou-se, portanto, de cuidar de todos os contratos de assistência à saúde da mesma forma, sem, no entanto, impedir que as seguradoras continuassem a vender seus contratos. Mas tal mudança teve, principalmente, o objetivo de escapar da armadilha legal explorada pela Confederação Nacional de Saúde – tradicionalmente representante da modalidade *medicina de grupo* – e o de ver a lei ser declarada inconstitucional por legislar em matéria de competência exclusiva de Lei Complementar”. BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 45. Em dissonância, Luiz FUX, procura sustentar que o objeto desse contrato é indenizar “prejuízos resultantes de riscos futuros” previstos no contrato. FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 283-300. p. 288. A posição de FUX não soa inteiramente adequada, notadamente, pela forma que assume e natureza do “risco” nos planos de saúde.

Dessa feita, é indispensável se proceder, a partir das lentes da *concretude*, a adequada (re)leitura dos contratos de assistência médica suplementar. Não se trata apenas de considerar o caso concreto, mas apreender o seu entorno.<sup>909</sup> Estabelecer o governo jurídico dos planos de saúde exige portanto considerar os valores essenciais que permeiam sua análise, proceder sua devida contextualização, de maneira a aplicar-se aos planos de saúde, o magistério de Orlando GOMES:

Desde o momento em que a propriedade, na sua mais importante virtualidade passou a se exercer sob a forma de empresa e esta ganhou largas dimensões, o empresário investiu-se no poder econômico, com importante parcela de autoridade no controle do processo de produção e distribuição da riqueza, inerente à sua posição social e com a possibilidade de praticar atos que incidem poderosamente na esfera de interesses de numerosas pessoas. Esse poder não reside mais, segundo BARCELONA, na propriedade formal dos meios produtivos ou na disponibilidade jurídica da força de trabalho. Em termos jurídicos, patenteia-se no privilégio de determinar unilateralmente o regulamento dos negócios jurídicos que trava na persecução dos objetivos da empresa. Através de pactos de exclusividade, da fixação das condições de revenda das mercadorias que produz ou distribui, da transferência de riscos, da prefixação dos preços e cotas de colocação dos produtos, impõe a sua lei, exercendo sobre outros o poder que a sua ascendência econômica enseja. Quando produz mercadorias ou proporciona serviços de interesse social, compreendidos no setor que os alemães chamam de *assistência vital*, o exercício desse poder incide na esfera de interesses de incalculável número de sujeitos com uma irradiação que o eleva, não raro, ao nível do poder público. Nessa altura, a intervenção estatal se faz necessária para prevenir ou reprimir possíveis abusos, passando ao centro das atenções o interesse de defender aqueles sujeitos.<sup>910</sup>

Imperativo ter em conta a *qualidade* do objeto do contrato de plano de saúde, a estabelecer notas características as quais demandam e, portanto, justificam tutela jurídica “reforçada”. Por conseguinte, revelam-se incompatíveis com os planos de saúde a exigência de prévio diagnóstico para enviar ambulância,<sup>911</sup> o transporte aéreo limitado a três horas por ano,<sup>912</sup> a reabertura de prazo de carência,<sup>913</sup> a

<sup>909</sup> Idêntico raciocínio, *mutatis mutandis*, pode, por conseguinte, ser aplicado a outros contratos. Assim, como há muito se sabe, o nome *in iuris*, não fixa o regime do contrato, mas sim a sua natureza, sua finalidade e modo como se apresenta. Para exemplificá-lo, não resta dúvida que não se admitirá que um estacionamento, para eximir-se do dever de guarda, passe a oferecer “contrato de aluguel por curto prazo”.

<sup>910</sup> GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. Condições Gerais do Contrato. São Paulo: RT, 1972. p. 37-38. Versa sobre o tema no item 19, cuja denominação justamente é “O Poder Privado”.

<sup>911</sup> Tratando-se de contratante que dependeria de balsa, não fosse o plano com cobertura de transporte aéreo, considerou o TJSP que: “se o usuário do serviço tiver que ter um médico à mão toda vez que precisar, e o diagnóstico da situação de emergência, certamente não precisará do transporte objeto do contrato”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1707634200. Rel.: Des. Carlos Roberto de SOUZA. 7ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 10/05/2006. Registro: 18/05/2006.

<sup>912</sup> SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1701194400. Rel.: Des. Luiz AMBRA. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 06/10/2004. Registro: 10/11/2004.

<sup>913</sup> Para uma crítica a essa prática: ZANELATO, Marco Antonio. Cláusulas Abusivas em

limitação de uso de material importado em cirurgia quando não há equivalente nacional,<sup>914</sup> a negativa de tratamentos fundados em exames custeados diretamente pelo paciente porque não cobertos pelo plano.

De outro lado, posicionamentos extremos, quer em favor dos planos de saúde, quer dos contratantes, não solucionam o tema. Diverge-se, da posição de que veda qualquer restrição contratual na assistência suplementar<sup>915</sup> e da tese segundo a qual o caráter absoluto do direito à saúde respalda qualquer despesa.<sup>916</sup>

---

Contratos de Planos Privados e Seguros Privados de Assistência à Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 30, p. 11-17, abr./jun. 1999. Cláusulas que estabelecem a reabertura (?) do prazo de carência, suspendendo a cobertura pelo mesmo prazo do atraso no pagamento demonstram plena abstração entre a finalidade alegada do instituto da carência e seu efetivo uso.

<sup>914</sup> BRASIL. STJ. RESP n.º 952.144/SP. 3ª. Turma. Rel.: Min. Humberto Gomes de BARROS. Julgamento: 17/03/2008. DJe: 13/05/2008.

<sup>915</sup> Cesar Asfor ROCHA, ao versar sobre os planos de saúde, ressaltou que deve “toda e qualquer cláusula que fira ou restrinja o direito à saúde ser considerada nula de pleno direito, nos termos exatos da lei do consumidor”. ROCHA, Cesar Asfor. Temas de Medicina na Jurisprudência do STJ. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 367-393. p. 373.

<sup>916</sup> Em parecer sobre o dever de pagamento, por parte de seguradora, de tratamento experimental de grande eficácia, opinou Galeno LACERDA que “se, no caso concreto, a seguradora, sem razão, negar cobertura à segurada, estará atentando contra os direitos **absolutos à saúde** e a vida do paciente”. LACERDA, Galeno. Seguro de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 301-311. p. 306. Publicado, anteriormente, em: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 717, p. 117-121, jul. 1995.

Os traços desse contrato revelam complexidade incompatível com as respostas fáceis, e exigem definições jurídicas entrosadas com a Medicina e a tutela da saúde. Negada a transposição imediata do dever estatal ao espaço privado, igualmente revela-se inapropriada o transporte descuidado, à esfera privada, da *reserva do possível*. Na acepção de Ana Paula de BARCELLOS, a expressão “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas”.<sup>917</sup> Em essência, assinala que os direitos fundamentais devem ser concretizados na medida das possibilidades fáticas, especialmente, considerando as limitações de recursos financeiros e à razoabilidade.<sup>918</sup>

O Poder Público define seus investimentos em saúde com base no orçamento, estabelece posteriormente verbas extraordinárias, realocações de recursos, fixa patamares mínimo de investimentos em saúde.<sup>919</sup> Dessa maneira, de

---

<sup>917</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236. Tratando-se da saúde, a questão assume relevância ímpar, visto que, muitas vezes, as opções envolvem decisões de vida ou morte, literalmente. No campo da saúde, entre outros: AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (Biblioteca de Teses).

A presença desse segundo componente, a *razoabilidade*, é indicada por SARLET e FIGUEIREDO. Recordam que a construção, originária da jurisprudência alemã, em 1970, envolvia a oferta de vagas no ensino superior, havendo o Tribunal Constitucional decidido que a simples disponibilidade de recursos não justificaria a exigibilidade ou seja, “mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53. p. 29

<sup>918</sup> A presença desse segundo componente, a *razoabilidade*, é indicada por SARLET e FIGUEIREDO. Recordam que a construção, originária da jurisprudência alemã, em 1970, envolvia a oferta de vagas no ensino superior, havendo o Tribunal Constitucional decidido que a simples disponibilidade de recursos não justificaria a exigibilidade ou seja, “mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53. p. 29.

<sup>919</sup> Nesse sentido, a Emenda Constitucional n.º 29/2000 procedeu a diversas alterações de modo a estabelecer valores mínimos para os investimentos em saúde. Modificou-se o art. 34, da Constituição, para prever a possibilidade de intervenção federal diante da ausência de “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*” e o art. 35 para analogamente admitir a intervenção estatal nos municípios. Prevê o art. 198, conforme redação estabelecida pela emenda, a revisão a cada cinco anos dos percentuais de investimento fixados no art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual também foi alterado pela emenda. Cite-se estar em trâmite o Projeto de Lei Complementar n.º 306/08 que regulamenta os percentuais a serem investidos na saúde. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n.º 306/2008. **Diário do Senado Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 21/03/2007, p.

maneira simplificada, é possível afirmar que o aumento dos recursos disponíveis corresponderá necessariamente a maiores investimento no setor.

Além disso, no que concerne aos deveres estatais, a reserva *do possível* pode, ou melhor, deve ser tomada *a contrario senso*<sup>920</sup> para enfatizar que os direitos fundamentais têm *eficácia progressiva*. Sucintamente, significa dizer que se *horizonte* de concretização tende ao infinito, a exigir uma “caminhada progressiva”.<sup>921</sup>

As operadoras de planos de saúde são entidades privadas, com ou sem finalidade lucrativa, mas cujo aumento de arrecadação não corresponde ao dever de maior investimento assim como, inversamente, os maus resultados financeiros não permitem reduzir a cobertura. Ou, caso se queira admitir alguma vinculação, não é imediata. Por sua vez, o Poder Público investe um percentual de seu orçamento e arca com a proteção da saúde em sentido amplo (alimentação, informação, saúde mental), ponderando a alocação de recursos.

Diversas são as lógicas e, assim, não soa recomendável aplicar a *cláusula da reserva do possível* nas relações entre particulares. Em comum a limitação de recursos, diversas as consequências, em especial porque na esfera privada a

---

5957-5975. Independentemente, da ausência de revisão dos percentuais previstos pela EC n.º 29/2000, o que está em questão é que os valores investidos pela União, Estados e municípios baseiam-se em percentual do orçamento público, ao passo que a lógica das operadoras de plano de saúde, fundada em bases contratuais e diversa. Paralelamente, coloca-se outra questão de fundo, a saber, as discussões sobre o que constitui gasto com saúde, haja vista as tentativas de burlar as novas previsões legais.

<sup>920</sup> CANOTILHO refere ao posicionamento, diametralmente oposto, pelo qual a *reserva do possível* traduz “a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”, infere que “por outras palavras: nenhuma das normas constitucionais garantidoras de *direitos sociais fundamentais* poderia ser entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos de direitos subjetivos. Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão consagrados em *normas da regulação legais*. Não haverá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 480-481.

<sup>921</sup> Segundo CLÈVE, os direitos fundamentais: “são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, UniBrasil, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. p. 21. Sem tomar os direitos fundamentais como um sonho, mas como um rumo (o que do contrário seria contradizer muito do que se disse), recorde-se a imagem desenhada por Fernando BIRRI, citada por Eduardo GALEANO: “a utopia está no horizonte. Eu sei perfeitamente que nunca a alcançarei. Se eu caminho dois passos, ela se afasta dois passos. Se eu der dez passos, ela fica dez passos mais distantes. Para que ela serve então? Para caminhar”. GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1994. p. 310

incidência do direito fundamental se traduz em deveres muitos menos contundentes do que na prestação estatal, fulcrada na tríade: universal, integral e igual, prevista na Constituição<sup>922</sup> e acenta-se sob a racionalidade contratual.

Finalizando a breve referência a essa temática, atenta-se que a lógica de estabelecimento de prioridades e critérios para alocação de recursos<sup>923</sup> própria do orçamento público é inaplicável às relações entre particulares, em que pese os recursos das operadoras também serem limitados. Por essa razão, entende-se temerária a aplicação da *reserva do possível* nas relações interprivadas.<sup>924</sup>

#### 2.6.4.1 Obrigações não-contratadas

A Lei dos Planos de Saúde, conforme exposto acima, na subseção “Plano-referência” (2.1.2.2), estabeleceu uma cobertura mínima a qual abarca todas as doenças reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde, estabelecidas no CID.<sup>925</sup> Dessa maneira, afastou-se a possibilidade de supressão isolada de determinados

---

<sup>922</sup> A Constituição consagra, em seu art. 196, a garantia do “acesso universal e igualitário”. No art. 197 ressalta a “relevância pública” das ações e serviços de saúde, estabelecendo, conforme o art. 198, inc. II, o “atendimento integral”.

<sup>923</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 239.

<sup>924</sup> A reserva do possível foi argumentada em defesa das empresas de serviço de transporte urbano que atuavam sob o regime de concessão ou permissão, em ação direta de inconstitucionalidade a qual questionava a gratuidade de transporte urbano prevista pelo art. 39 do Estatuto do Idoso. Em voto vencedor, expressou a min.<sup>a</sup> Cármen LÚCIA: “a gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece do condicionamento imposto pela reserva do possível”. BRASIL. STF. ADI n.º 3.768/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min.<sup>a</sup> Cármen LÚCIA. Julgamento: 19/09/2007. DJ: 25/10/2007. Acórdão, fl. 608, item 8. Dessa maneira, embora tenha-se mencionado a reserva do possível, exprimiu-se ser inaplicável, de sorte que é ônus das empresas de ônibus demonstrar o prejuízo decorrente da gratuidade. Ainda que não se trate de relação interprivada, é significativo a circunstância de que a reserva do possível ter sido suscitada pela associação de Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos.

<sup>925</sup> “A Lei nº 9.656/98 trouxe, em relação à cobertura dos planos de saúde, uma nova compreensão, incluindo a obrigatoriedade do atendimento a todas as doenças da CID 10 (Classificação Internacional das Doenças), e a edição de um rol mínimo de procedimentos. Esta foi, sem dúvida, a principal mudança no formato de regulação assistencial, ou seja, o entendimento de que a atividade assistencial das empresas não mais se limitava à observância do cumprimento contratual, mas ao atendimento das atividades assistenciais constantes no rol de cobertura integral, conforme previsto pela lei”. SANTOS, Fausto Pereira dos; MALTA, Deborah Carvalho; MERHY, Emerson Elias. *A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1463-1475, 2008. p. 1470.

tratamentos<sup>926</sup> e a exclusão de doenças, tais como câncer, certas epidemias e AIDS.

Assim na jurisprudência argentina, a *Procuración General de la Nación*, no caso “Hospital Británico” rejeitou efusivamente a tentativa de aproximação de contrato de medicina pré-paga ao seguro, com a qual se pretendeu sustentar que o vírus HIV e o uso de drogas são imprevisíveis de modo que, tal como nos casos de guerra, haveria de se extinguir a responsabilidade da empresa de saúde. Salientou, ainda, em sentido próximo a outros julgados examinados acima:

*en el contexto de un examen que no pierde de vista que si bien, en principio, la actividad que asumen estas entidades de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles (arts. 7 y 8, inc. 5, del Cód. de Comercio), tampoco cabe desatender que(...) ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial.*<sup>927</sup>

A posição restou acolhida, em sua essência nos votos proferidos pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. De modo similar, defende BARROCA

---

<sup>926</sup> Segundo SCHEFFER: “Antes mesmo do processo de regulamentação da saúde suplementar no Brasil, a restrição de coberturas era prática inerente ao negócio dos planos e seguros saúde, que sempre considerou a seleção de risco e as limitações de atendimento como critérios garantidores da preservação do lucro e da sustentabilidade econômica das operadoras”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005. p. 233.

<sup>927</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. H. 90. XXXIV. Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). Buenos Aires, 13/03/2001. Por outro caminho, não propriamente conflitante, o min. Adolfo Roberto VAZQUEZ admitiu a similitude com o seguro, mas negou haver motivo para excluir a proteção ao tratamento da AIDS. Ressaltou que “*los contratos de ‘larga duración’ acarrear el planteo de muchos desafíos que son inherentes a su propia naturaleza*”. Além disso, rebateu firmemente a alegação “*de que el Estado Nacional quien tiene la exclusiva responsabilidad del debido resguardo del derecho natural a la salud*”. Em síntese, apontou que, ao se filiar a um “*sistema de medicina prepaga*”, ao contratante é outorgado o direito à saúde, de maneira que a atividade estatal passa a ser a fiscalização da prestação, aplicando-se relativa à legislação de AIDS **como instrumento para “equilibrar la medicina y la economía”**, a transcendental função social das empresas de *medicina prepaga*. Grifou-se. Em tradução livre, a posição da *Procuración General de la Nación*: “no contexto de um exame que não perde de vista que em que pese, em princípio, a atividade que assumem estas entidades de medicina suplementar apresenta características mercantis (Código de Comercio [Ley 2637]), tampouco cabe desatender que [...] tendem a proteger as garantias à vida, saúde, segurança e integridade das pessoas, pelo que adquirem uma soma de compromissos que excedem ou transcendem o mero plano negocial”. No tocante ao voto do min. Adolfo Roberto VAZQUEZ, em tradução livre: “os contratos de ‘larga duração’ acarretam a colocação de muitos desafios que são inerentes a sua própria natureza”; “de que o Estado Nacional é quem possui a exclusiva responsabilidade do devido resguardo do direito natural à saúde”; “equilibrar a medicina e a economia”. Apenas para fazer constar (sem analisar os efeitos ou mesmo a constitucionalidade) menciona-se que a Lei n.º 9.656/98, em seu art. 10, exclui da cobertura: “X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”. Ainda sobre as doenças infecto-contagiosas: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 831-850.

que: “mesmo sendo comercializado por uma seguradora, este contrato foi definido sob o ponto de vista desta Lei, como um contrato diferente de uma apólice tradicional – financeira – de seguros”.<sup>928</sup> Não prevalecem, assim, as exclusões de tratamentos de maior custo.<sup>929</sup>

A jurisprudência tem rechaçado, mesmo quando traça a distinção entre planos novos e antigos, a limitação do tempo de internação em UTI. Além disso, têm-se considerado inaplicáveis as cláusulas que buscam a exclusão de procedimentos necessários ao tratamento diretamente ligados a procedimentos cobertos, como nas situações em que se fazem necessárias próteses ou órteses em cirurgias destinadas a tratar doenças cobertas pelo plano.<sup>930</sup> Nessa toada, no TJSP definiu-se:

muito embora a apelante seja empresa privada, que tem por finalidade última, o lucro, não se pode olvidar comando do artigo 196 da Constituição Federal: ‘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 a sua promoção, proteção e recuperação’. **Não se cogita aqui que a requerida apelante tem a obrigação de suprir a omissão do Estado no setor saúde. Mas, enquanto prestadora de serviços de saúde, o dever de preservar a essência primeira do ser humano, qual seja, a vida, ao direito à saúde e de ser tratado.** Bem por isso, a contratação com exclusão expressa de determinadas doenças ou aparelhos que dizem respeito a própria vida e fazem parte da essência do contrato de seguro saúde atenta contra o comando da Constituição Federal e, por evidente, à própria vida humana, autorizando a interpretação que ora se faz no sentido de ver caracterizada a abusividade nessa contratação.<sup>931</sup>

---

<sup>928</sup> BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção gestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 45.

<sup>929</sup> “Ante essa conformação constitucional dada ao direito à saúde, constata-se que o fato de a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de dar uma cobertura integral, recusando-se, portanto, ao dever de atender às moléstias e tratamentos mais onerosos”. MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0024.03.985921-0/001(1). Rel.: Antônio de PÁDUA. Julgamento: 22/08/2006. DJ: 30/09/2006.

<sup>930</sup> “Se a doença é coberta pelo contrato de seguro(e isso a recorrida não nega), não se mostra razoável a limitação a seu tratamento”. BRASIL. STJ. RESP n.º 251.024. Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. 2ª Sessão. Julgamento: 27/09/2000. DJ: 04/02/2002. Vários julgados acompanham tal posição. Entre outros: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 2008.002.23602. 13ª. Câmara Cível. Rel.: Sergio CAVALIERI Filho. Julgamento: 11/08/2008.

<sup>931</sup> SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 6070374900. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Beretta da SILVEIRA. Julgamento: 18/11/2008. Registro: 01/12/2008. Grifou-se.

Trata-se de interpretação que conjuga o exame da situação concreta valorizando a *qualidade* do contrato a qual é iluminada pela irradiação do direito fundamental à saúde. Igualmente, revela a possibilidade de fazer aplicar o direito à saúde sem impingir ao particular a responsabilidade estatal.

#### 2.6.4.2 *Dever de informar*

A tutela do direito à informação é aqui sucintamente tratada, sob três aspectos: *i)* o devido esclarecimento sobre o objeto do contrato permitindo escolhas, *ii)* o dever de expor a motivação de negativa da cobertura de certa prestação pela operadora de plano de saúde e *iii)* um hipotético dever de prestação de contas.

Sem grande inovação, salienta-se a assimetria de informações a justificar a imposição de transparência da oferta de modo a facilitar, ou mesmo permitir, (alguma) escolha pelo contratante. Assinala-se a justaposição entre o dever de lealdade e dever de informar, estabelecendo, com fulcro na boa-fé e nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, um dever de *esclarecimento substancial*.<sup>932</sup> Significa atuar de modo a possibilitar a adequada assimilação de determinadas cláusulas, com especial atenção às relativas à restrição de tratamentos e às exclusões de prestações. É dever amplo de sorte que abarca as tratativas, o ato da contratação e o transcorrer do contrato.

Por outro lado, é necessário considerar que a complexidade dos planos de saúde faz com que a compreensão do instrumento por parte do contratante seja restrita. Não significa desconsiderar o instrumento contratual, mas destacar a acentuada vulnerabilidade técnica, a qual é eloqüente no tocante aos termos médicos. Assim, sem prontamente se apontar as conseqüências jurídicas, registra-se, ilustrativamente, não se espera do contratante de plano de saúde saber se

---

<sup>932</sup> Nesse sentido, Paulo LÔBO aduz que o dever de informar deve preencher os requisitos da adequação, suficiência e veracidade, a significar que a informação deve ser clara, precisa, estimular a compreensão e ser verdadeira. Com efeito, é dever diretamente ligado à lealdade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 37, ano 10, p. 59-76, jan./mar. 2001. p. 68-70. Claudia Lima MARQUES acena para a exigência de *boa-fé qualificada* na seara dos planos de saúde. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 401.

esclerose múltipla é doença crônica (principalmente, quando durante os primeiros 10 anos do contrato não se manifesta),<sup>933</sup> ou entender qual parte de cirurgia de extração de tumor na mandíbula, extrapola a atividade do cirurgião buco-maxilar e adentra ao segmento da odontologia.<sup>934</sup>

O segundo aspecto diz respeito ao esclarecimento da recusa de certos tratamentos. Nesse sentido, cogita-se que a incidência do direito fundamental à saúde justifica a abusividade das negativas de tratamentos desacompanhadas, sempre que possível, da explicitação do fundamento.<sup>935</sup> É hipótese congruente ao amplo acolhimento jurisprudencial da indenização pela indevida recusa de tratamento dos planos de saúde, a configuração violação contratual de grave

---

<sup>933</sup> RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70006948509. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. Julgamento: 18/02/2004.

<sup>934</sup> PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 506135-2. 9ª Câmara Cível. Rel.: Eugenio Achille GRANDINETTI. Julgamento: 21/08/2008. DJ: 12/09/2008. Na ocasião assinalou-se: “não basta que a redação dos termos esteja clara no contrato de consumo. E necessário também, que o sentido da cláusula seja claro e de fácil compreensão. A avaliação da clareza e da facilidade de compreensão da cláusula contratual depende do exame em cada caso concreto”. Com acerto o TJSP assinalou: “Redigido com **emprego de linguagem técnica**, é discutível pudesse o interessado saber no que poderia consistir, v.g., uma ‘*leishmaniose visceral*’ ou uma ‘*encefalite por arbo-vírus*’ grafadas nesse mesmo item. Ou quais seriam as ‘moléstias infecto-contagiosas de notificação obrigatória’ a que aquele dispositivo, igualmente, fazia remissão”. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1701194400. Rel.: Des. Luiz AMBRA. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 06/10/2004. Registro: 10/11/2004. Não obstante tenha injustificadamente colocado em dúvida a aplicabilidade do CDC a contrato celebrado antes de sua entrada em vigor, delineou que ao pretender desviar de prestação devida “a empresa médica voltada à saúde - procura arredar, traindo o dever de seu próprio grau. O problema não é de socialização da Medicina - que tocaria ao Estado, como usualmente se alega -, mas de completa e deslavada desfaçatez”. Por coerência, cabe assinalar que a dureza dos termos adotados pelo julgador decorre também de se tratar de contrato com prazo máximo de 30 meses, mas com previsão de carência de algumas doenças por 24 meses, ao que se somavam a interrupção do tratamento com o fim do contrato e a hipótese de resilição unilateral com aviso prévio de 30 dias.

<sup>935</sup> “O abalo sofrido por aquele que é impedido de se submeter a tratamento médico adequado ou ser internado em hospital credenciado pelo plano não é o mesmo daquele que apenas tem o seu nome lançado nos cadastros restritivos ao crédito. Naquela primeira hipótese, também se ofende outro direito fundamental: o da saúde, indissoluvelmente ligado a outros valores essenciais, como a dignidade da pessoa humana e da vida (CR, 1º, III; 5º, *caput*; 196, *caput*). Conseqüentemente, o arbitramento da respectiva verba indenizatória não deve seguir o mesmo padrão desta última hipótese (mera inscrição do nome em cadastro restritivo), que, segundo entendimento consolidado neste Tribunal, é razoável se fixada em quantia equivalente a até 40 salários mínimos - verbete sumular n.º 89 TJRJ”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.18495 (ou n.º 18.495/2008). 13ª Câmara Cível. Rel.: Sérgio CAVALIERI Filho. Julgamento: 18/06/2008.

lesividade<sup>936</sup> em face dos princípios que ofende.<sup>937</sup> Em termos práticos se observa que, em muitos casos, o simples protocolo de solicitação para certos atendimentos negados tem ensejado o atendimento após “ser esclarecido o mal entendido”.<sup>938</sup> Não se pode deixar de notar alguma semelhança com a garantia do contraditório, ainda que em relação interprivada.

Em terceiro, apenas a título de sugestão, indica-se que o dever de informação poderia abranger certos efeitos no tocante ao direito a conhecer a situação econômico-financeira das operadoras de planos de saúde. Haja vista a comunhão de interesses na manutenção da atividade de sua atividade,<sup>939</sup> é de plena importância o rígido controle acerca das prestações de conta. Outrossim, a viabilidade econômica é argumento recorrente na negativa de certas prestações.

Não se pretende aprofundar a idéia nem sequer cogitar os possíveis mecanismos adotados. Contudo, é interessante asseverar que a legislação estabelece a exigência de auditoria independente,<sup>940</sup> regime de liquidação

<sup>936</sup> “Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, é certo que a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada”. BRASIL. STJ. RESP n.º 986.947. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 11/03/2008. DJe 26/03/2008. De modo similar, a jurisprudência já reconheceu, a possibilidade de tal indenização diante de **adimplemento defeituoso**. Assim o TJSP reconheceu o dever de reparação derivado mau cumprimento consistente em atraso de 2h30 no atendimento de paciente previamente agendada e sofrendo fortes dores. Em sua fundamentação, destacou que “a prestação de serviços pela iniciativa privada deve respeitar os mesmos princípios que norteiam àquele efetivada pelo órgão público, dentre eles o princípio da dignidade humana”, vinculando-se ao direito fundamental à saúde. SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1087383-0/6. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Willian CAMPOS. Julgamento: 03/07/2007.

<sup>937</sup> No TJRJ tem-se entendido que tal indenização é coerente com a súmula n. 75 deste tribunal, que enuncia: “o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”. Nesse sentido: RIO DE JANEIRO. TJRJ. 14ª Câmara Cível. Agravo Inominado na Apelação Cível n.º 49791/08. Rel.: José Carlos PAES. 24/09/2008. A súmula foi estabelecida em: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Uniformização de Jurisprudência n.º 2004.018.00003 na Apelação Cível n.º 2004.001.01324. Rel.: Des. Luiz ZVEITER. Julgamento: 22/11/2004. Registro: 01/03/2005.

<sup>938</sup> No curso deste trabalho, teve-se oportunidade de orientar acerca de solicitação para a cobertura de bateria de marca-passo. O contratante é informado pelo médico que há uma semana para trocar as pilhas. O plano de saúde, tendo feito anteriormente a troca, nega. O paciente sabe que ou arca com o custo ou terá apenas mais seis dias de vida. Feito o imediato protocolo administrativo de solicitação no dia seguinte foram arcados os custos pertinentes.

<sup>939</sup> ALVES, Sandro Leal Alves. Seleção Adversa no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar após a regulamentação. **Revista Brasileira de Risco e Seguro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 61-92, out. 2007/mar. 2008.

<sup>940</sup> Determina a Lei n.º 9.656/1998, art. 22: “As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o

extrajudicial,<sup>941</sup> o regime de direção fiscal, mediante o qual a ANS impõe diretrizes aos administradores<sup>942</sup> e as hipóteses de alienação compulsória da carteira de clientes das operadoras.

---

parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela: §1º A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo diretrizes gerais definidas pelo CONSU. §2º As operadoras com número de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo, a ANS, dar-lhes publicidade”.

<sup>941</sup> Nesse diapasão, a Lei de Recuperação Judicial e Falência (Nova Lei de Falências), Lei n.º 11.101/2005, estabelece, em art. 2º, que: “Esta Lei não se aplica a: [...] II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade **operadora de plano de assistência à saúde**, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores”. Grifou-se. No texto original, da Lei n.º 9.656/98, o art. 23 definia a aplicação do regime de liquidação extrajudicial, previsto no Decreto-lei n.º 73/66. Na redação em vigor do art. 23, da Lei n.º 9.656/98, dada pela Medida-provisória n.º 2.177-44/2001, determina-se: “As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial”. A mesma medida provisória alterou a redação da Lei n.º 9.961/2000 – a qual instituiu a ANS – prevendo que, art. 4º: “Compete à ANS: [...] XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde”. Cabe recordar notícia publicada a respeito, no Estado de São Paulo: “em seis anos e meio, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) empregou mais de R\$ 10 milhões em intervenções fiscais e liquidações de operadoras de planos de saúde. O gasto é referente ao período de janeiro de 2001 a junho de 2007”. A ANS esclareceu ainda que “apesar de 70% do orçamento da agência vir da cobrança de taxas das operadoras de planos de saúde, a verba para a liquidação dessas empresas, segundo a ANS, vem do Tesouro Nacional”. SANT’ANNA, Emilio. Planos quebrados consomem R\$ 10 mi. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 06 jul. 2007, Caderno Vida&, p. A19. Permita-se repisar a informação, destacando o subtítulo da reportagem: “ANS utiliza verba do Tesouro Nacional para bancar processo de liquidação das empresas; especialistas criticam”.

<sup>942</sup> Expressa a Lei n.º 9.656/1998, art. 24: “Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. §1º. O descumprimento das determinações do diretor-fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem que isto implique efeito suspensivo da decisão administrativa que determinou o afastamento. § 2º. A ANS, ex officio ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação. §3º. No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal ou técnico procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora, bem assim da qualidade do atendimento aos consumidores, e proporá à ANS as medidas cabíveis. §4º. O diretor-fiscal ou técnico poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial. §5º. A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos

### 2.6.4.3 *Dever de contratar*

O *dever de contratar* assinala no âmbito dos planos de saúde a impossibilidade de negar a contratação de pessoas portadoras de certas enfermidades, assim como de não romper o vínculo contratual.

Dessa maneira, impõe-se em determinadas circunstâncias o dever de celebrar, não se admitindo a recusa por parte da operadora.<sup>943</sup> Com efeito, a Lei dos Planos de Saúde, define que, havendo lesão ou doença preexistente,<sup>944</sup> deverá a operadora compensá-lo, realizando os cálculos que permitam a elevação adequada, ou seja, proporcional, de valores.<sup>945</sup>

Com grande importância, o *dever de contratar* se converte, na seara dos planos de saúde, em dever de permanecer contratado, mantendo a continuidade do vínculo, em vista do conteúdo essencial que compõe seu objeto.<sup>946</sup> Assim, ao

---

privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira”.

<sup>943</sup> Certo de que não se trata de um instituto novo, no campo da saúde suplementar, PFEIFFER propõe a denominação “*vedação à ‘recusa de contratar’*”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 2008. p. 15-70. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 36). p. 58. TARTUCE sugere “necessidade de contratar”. TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médicos hospitalares. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, n. 31, p. 225-257, jul./set. 2007. p. 236.

<sup>944</sup> A afirmação é apenas indicativa, não conclusiva, porque as doenças e lesões preexistentes certamente justificariam estudo próprio. Desde logo, para esclarecer a posição assumida, ressalta-se que parece ser possível cogitar casos extremos, em que tal contratação seria incompatível com a natureza dos planos de saúde, especialmente nos casos em que há doença de grande gravidade em estágio avançado.

<sup>945</sup> Define a Lei n.º 9.656/98, art. 11: “É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS”. Utiliza-se a denominação “agravo” para designar “um acréscimo no valor da mensalidade do plano de saúde do portador de doença ou lesão preexistente. Esse acréscimo será proporcional à cobertura de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade relacionados à doença ou lesão preexistente”. ANS. **Carência, doenças e lesões preexistentes, urgência e emergência: prazos de carência, cheque-caução, preenchimento da declaração de saúde**. 3. ed. rev. ampl. Série Planos de Saúde Conheça seus Direitos. Rio de Janeiro: ANS, 2005. p. 18.

<sup>946</sup> Interessante controvérsia foi apresentada em parecer sobre a manutenção de vínculo em “contrato de seguro-saúde”, derivado de licitação feita pelo TRT, diante da oposição entre a resposta obtida pela aplicação das normas de Direito Público pertinentes às licitações e as normas de Direito Privado, notadamente os princípios contratuais da boa-fé e da função social dos contratos”.

discorrer sobre “*contrato de Medicina prepaga*”, leciona Carlos Alberto GHERSI que: “*La rescisión unilateral - en este tipo de contrato deberá ser analizada teniendo en cuenta que su causa apunta a la protección de derecho esenciales a la persona*”.<sup>947</sup>

A expectativa depositada, os valores despendidos, a utilidade marginal inversa, largamente explanados, realçam a importância do contrato de sorte que a “vulnerabilidade especial criada pela catividade, pela longa duração”, salienta Claudia Lima MARQUES, justifica o “fato da legislação determinar a abusividade de cláusulas de fim de vínculo e os aumentos arbitrários face à faixa etária”.<sup>948</sup> Protege-se, por conseguinte, a *relação contratual*,<sup>949</sup> devido a sua importância.<sup>950</sup>

Não obstante, por vezes a jurisprudência vacila sobre o tema. Nesse passo, o TJPR admitiu a rescisão unilateral de contrato coletivo sob a tese de que “a situação não é de rescisão unilateral ou de cancelamento, mas de não renovação automática no vencimento, possibilidade expressamente prevista no contrato”,<sup>951</sup> nitidamente privilegiando prevista formal ao conteúdo. Incoerente com análise mais acurada dos planos de saúde, a defesa, no mesmo julgado de que “a cláusula que permite a manifestação quanto a não renovação não se caracteriza como abusiva ou

---

TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médicos hospitalares. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, n. 31, p. 225-257, jul./set. 2007.

<sup>947</sup> GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos**: Problemática moderna. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996. p. 74. Em tradução livre: “A rescisão unilateral – em este tipo de contrato deve ser analisado tendo em conta que sua causa aponta para a proteção de direitos essenciais da pessoa”. Ressalva-se que não será objeto de análise por nós o tema da “causa” dos negócios. Em outra passagem refere o autor: “*En este sentido hay que tener mucho cuidado con las cláusulas que permiten la rescisión unilateral por la empresa, para evitar mediante esta verdadera llave de escape, que ante excusas insignificantes - denunciar en forma inmediata el traslado de urgencia del asociado a otra unidad sanitaria, distinta que las indicadas en la cartilla - sirvan para rescindir el contrato y evitar así el cumplimiento de obligaciones propias y asumidas, verbigracia en contratos de medicina prepaga etcétera*”. GHERSI, Carlos Alberto. Obra citada, p. 41. Em tradução livre: “Nesse sentido, deve-se ter muito cuidado com as cláusulas que permitem a rescisão unilateral pela empresa, para evitar mediante esta verdadeira válvula de escape, que diante de excusas insignificantes – denuncia-se de modo imediato o transporte de urgência de associado a outra unidade sanitária, distinta das indicadas no regulamento, sirvam para rescindir o contrato e assim evitar o cumprimento de obrigações próprias e assumidas, ilustrativamente nos contratos de plano de saúde etc.”

<sup>948</sup> MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 187-224. p. 211. Em sentido similar, LORENZETTI sublinha sobre os contratos de medicina pré-paga que “*lo cierto es que lo solicitante del servicio tiene un tiempo prolongado en el que paga y no recibe servicios. Es el período de mayor rentabilidad de la empresa. Luego de un tiempo, la persona se enferma. La tendencia se invierte*”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Los Servicios de salud. Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Edição Especial. Porto Alegre, Ajuris, p. 283-308, mar. 1998. p. 290. Em tradução livre: “o certo é que o contratante de um serviço durante um prolongado período paga e não recebe contraprestação. É o período de maior rentabilidade da empresa. Após certo tempo, a pessoa se enferma. A tendência se inverte”.

unilateral, pois permite esta opção a qualquer um dos contratantes”.<sup>952</sup> Não há qualquer sentido em sustentar que o fato de que também ao aderente é dando por fim ao contrato não significa isonomia a não ser que se busque, igualdade estritamente formal. Em realidade, a não-renovação representa a exclusão do contratante que representa baixa lucratividade<sup>953</sup> ou aqueles que são “economicamente indesejáveis”, conforme se ressaltou o TJSP.<sup>954</sup>

Não se institui a vitaliciedade, admitindo-se a extinção do contrato, na forma

---

<sup>949</sup> Parte-se das lições Clóvis do COUTO e SILVA para quem: “A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que o compõe”. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 8. Congruente, aponta LORENZETTI que ao se protrair no tempo a relação contratual assume aspecto dinâmico, imprimindo aspecto dinâmico ao objeto do contrato. “*La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico [...]. El contrato actual, en cambio, presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable*”. LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 33. p. 51-77, jan./mar. 2000. p. 68-69. Em tradução livre: “A diferença fundamental com os vínculos não submetidos a tempo extenso, é que devemos interpretar a comutatividade do negócio mediante um conceito relacional e dinâmico [...]. O contrato atual, ao revés, apresenta um objeto materialmente vazio, porque em realidade se pactuam procedimentos de atuação, regras que unirão as partes e que se especificarão ao longo do processo de cumprimento. Os vínculos de longa duração possuem um caráter processual, no sentido de que o objeto não é uma prestação consistente em um dar o em um determinado fazer, senão, determinável”.

<sup>950</sup> Com efeito, a Lei n.º 9.656/98 prevê situações em que a continuidade do vínculo contratual é imperativa. Dispõe seu art. 31: “Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, **é assegurado o direito de manutenção como beneficiário**, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo”. Grifou-se.

<sup>951</sup> PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 265.275-9. Acórdão n.º 5166. 18ª Câmara Cível. Rel.: Des. José Augusto Gomes ANICETO. Julgamento: 24/01/2007. Em contraposição, aduz Clayton MARANHÃO: “o dever de renovação automática enquadra-se, também, na noção de contratação obrigatória em virtude da limitação da autonomia privada”. MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: RT, 2003. (Temas atuais de Direito Processual Civil, v. 7). p. 242.

<sup>952</sup> Em indevida aproximação ao regime securitário apontou-se: “Inocorre lesividade ao segurado, na não renovação do contrato na medida em que é possível, à seguradora, notificar o contratante do plano de que não deseja renovar por outro período, previamente à data do término da vigência do seguro, conforme previsão contratual e legislação vigente”. Ocorre que, num contrato de seguro de veículo, bastará contratar outra seguradora não havendo maior alteração a cada ano senão conforme o uso do veículo. Muito diversa é a tutela da pessoa e sua saúde a qual tende a encarecer gradativamente.

<sup>953</sup> Para OCKÉ-REIS “as operadoras que detêm hoje essa ‘massa’ forcem, muitas vezes — o que é pior — dentro da lei, a saída dos usuários crônicos e idosos por meio do estabelecimento de tetos de utilização, co-pagamentos e fixação de altos preços abusivos”. OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, n. 4, p. 1041-1050. 2007.

da Lei n.º 9.656/98, em caso de fraude e não pagamento por período superior a 60 dias.<sup>955</sup> Ocorre que o maior gasto futuro é, portanto, inerente a essa modalidade contratual, o que o que enfraquece a exclusão de determinado associado pela elevação de custos ou o atrelamento direto da sinistralidade ao valor das mensalidades em planos individuais.<sup>956</sup> De modo similar, ao analisar o seguro de vida há quatro décadas, PONTES DE MIRANDA lecionava: “os riscos podem modificar-se durante a eficácia do contrato de seguro de vida, estabelecendo a discordância entre cobertura do risco e prêmio estipulado. O estado de saúde pode mudar, empiorando; a idade cresce. Mas esses riscos foram previstos”.<sup>957</sup>

Adoecer e falecer, no curso da vida são circunstâncias que, metaforicamente se associam ao instituto *termo*,<sup>958</sup> enquanto as doenças raras, antes do tempo, a

p. 1046. A legalidade dessas medidas, resta claro, é bastante duvidosa, notadamente diante da boa-fé, função social dos contratos, principiologia de proteção do consumidor e a incidência do direito fundamental à saúde.

<sup>954</sup> SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 586.507-4/3-00. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Luiz AMBRA. Julgamento: 03/09/2008. Data do registro: 15/09/2008. Na fundamentação proferida escreveu-se: “A seguradora sempre se descartará de quem lhe dê prejuízo, isso é comum em matéria de seguro de veículos, após algumas colisões; só que vida e saúde humanas representam valor algo mais importante, daí a questão não poder ser encarada de modo tão simplista. Não encerraria **simples operação aritmética**, tão a gosto dos alquimistas econômicos”. Grifou-se.

<sup>955</sup> Na forma da Lei n.º 9.656/98, art. 13, os contratos de plano de saúde renovam-se automaticamente. Define o parágrafo único que: “Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: [...] II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência”.

<sup>956</sup> No entanto, decidiu o TJRJ: “a vinculação dos reajustes à ocorrência de sinistralidade é uma técnica de preservação do equilíbrio econômico financeiro do contrato, uma vez que o plano é financiado com os recursos dos próprios associados”. RIO DE JANEIRO. TJRJ. 6ª. Câmara Cível. Rel: Des. Gilberto REGO. Apelação Cível n.º 2007.001.63023. Julgamento: 28/05/2008. Apesar da divergência sobre esse aspecto, correta a consideração, em sede de embargos de declaração de que: “No que concerne ao esclarecimento sobre o fato da contratante SOBERJ [Sociedade Beneficente dos Servidores das Entidades da Indústria do Estado do Rio de Janeiro] não ser considerada consumidora final, impende destacar, que o serviço é utilizado pelos associados da mesma que atua como interveniente no negócio jurídico, sendo aqueles os consumidores de fato do serviço como destinatários finais”.

<sup>957</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. v. 46. t. XLVI: Parte Especial. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. p. 15. § 4960. Completa PONTES DE MIRANDA: “No contrato de seguro de vida, é preciso que a lei ou o contrato estabeleça a causalidade entre a modificação do risco e a das relações jurídicas entre segurado e segurador”, a reforçar a necessidade de analisar a fundamentação para as associações entre risco e custos para beneficiário e para operadora (seguradora). Obra citada, p. 15. Além disso, suscita a possibilidade de resgate antecipado do seguro, por meio de denúncia vazia do segurado, com o desconto do custo do risco que decorreu naquele período, do que se extrai não a possibilidade de reaver valores pagos à operadora de assistência à saúde suplementar, porém, o fortalecimento da impossibilidade de “expulsão”, sem mais, dos contratantes cujos custos aumentam com o tempo. Obra citada, p. 34

<sup>958</sup> Ensina Orlando GOMES: “Termo é a cláusula que subordina a acontecimento futuro e certo o nascimento ou a extinção de um negócio jurídico. [...] Distingue-se da condição, porque, nesta, o evento deve ser incerto. A futuridade é comum aos dois elementos, mas a incerteza, peculiar

necessidade de tratamentos de alta complexidade estão mais próximas da *condição*. Nesse sentido, a imprevisibilidade é inerente ao contrato, justifica sua finalidade a qual está ligada ainda à expectativa de elevação paulatina dos custos.

Em outras palavras, plano de saúde visa diluir os custos individuais no tempo,<sup>959</sup> assim como entre o grupo de contratantes. Por esse motivo, não se espera a exata correspondência entre o valor invertido pelos contratantes e as contraprestações cobertas pela operadora.<sup>960</sup> Ao contrário, muitas vezes o montante invertido será bastante inferior ao valor investido pelo beneficiário do plano.

Incompatível com as características do plano de saúde a avaliação do equilíbrio econômico em cada vínculo separadamente.<sup>961</sup> Nessa senda, diga-se o óbvio: não cabe exclusão de pessoa idosa ou que adquira doença cujo tratamento seja prolongado e custoso. Por essa razão, com acerto asseverou Orlando GOMES que “o contrato de assistência médico-hospital não é um contrato isolado mas um contrato em série que só tem condições de ser feito se interessa a grade número de contratantes”.<sup>962</sup> Nesse compasso, não tem sentido avaliar o equilíbrio contratual em cada avença isolada.

à condição, assim como a certeza, ao termo. Na condição, o *se*; no termo, o *quando*”. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 359. Com mais acerto, talvez fosse melhor falar em *termo incerto*: “Sabe-se que esse momento chegará, mas às vezes, se ignora *quando*. Se a incerteza fosse em relação ao evento, haveria condição. No termo, o acontecimento pode ser necessariamente, certo; a época de sua realização é que pode ser incerta”. GOMES, Orlando. Obra citada, p. 360.

<sup>959</sup>“Os planos de seguro saúde”, assevera Luiz FUX, constituem contrato em que o segurador indeniza o contratante por riscos futuros “oferecendo aos que a ele aderem a oportunidade de usufruírem de excelentes serviços médicos-hospitalares, sem o dispêndio imediato de vultosa quantia, compensada pelo pagamento paulatino das mensalidades”. FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 283-300. p. 288.

<sup>960</sup> Do contrário, cada qual depositaria o valor da mensalidade em conta-poupança e instituiria fundação responsável por investir o dinheiro no momento em que doença acometesse a saúde do instituidor.

<sup>961</sup> De modo similar, ao versar sobre os valores das mensalidades, aduz Claudia Lima MARQUES: “o reajuste contratual não é, nem deve ser, por ‘sinistralidade’ específica, pois é risco profissional das operadoras contratar com pessoas doentes ou mais velhas, é justamente por este motivo, para alcançar a transferência de riscos futuros de saúde, que estas pessoas estão no sistema a tanto tempo (mutualidade)”. MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 187-224. p. 210.

<sup>962</sup> GOMES, Orlando. Seguro-Saúde - Regime Jurídico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 76, ano XVII, p. 249-258, out./dez. 1985. p. 253. De modo mais técnico, explana-se que: “De acordo com a lei dos grandes números, as variações no risco de despesas assistenciais são menos intensas para um determinado patamar de pessoas cobertas”. BAHIA, Ligia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 329-339, 2001. p. 335.

Para arrematar, assinala-se a constatação da eficácia do direito fundamental à saúde no regime jurídico dos contratos de plano de saúde, implicando variados efeitos, contribuindo de modo relevante à definição dos contornos de seu estatuto jurídico, em consonância com a imperatividade das normas constitucionais.

## CONCLUSÃO

Buscou-se, com as adequadas ferramentas interpretativas, atingir o patamar da normatividade constitucional, alcançando, pois, o topo do ordenamento. Na altura desses desenvolvimentos, não são as respostas finais que se encontram (nem o que se procura), mas novas perspectivas a sugerir e permitir novas atribuições de significado no direito e na saúde. O exposto ao longo deste estudo permite asseverar com segurança que o panorama que se apresenta é promissor, senão vejamos.

As cores da constitucionalização (re)definem o cenário. Seus princípios e regras compõem as matizes que colorem o governo jurídico dos planos de saúde, a demandar a redefinição de seus contornos. Sob os novos ares, as normas constitucionais estabelecem condutas, valores e fundamentos e, igualmente, operam como limites interpretativos. A antiga regra da *“lex superior derogat inferior”* é mitigada pela leitura axiológico-normativa, a qual atribui às leis novo *valor*.

Importante conjunto de transformações informa as perspectivas do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Prima-se pela idéia de *travessia*, em detrimento da noção de crise, assinalando o abandono do sentido estático dos institutos, trazendo a descoberta e a renovação. A partir de uma leitura crítica, substituí-se o dogma pelo debate, promovendo a abertura às novas possibilidades. A atribuição de feição dinâmica não significa condenar o passado, mas revê-lo e fomentar a reconstrução. Nem a tradição respalda a permanência nem a novidade justifica a substituição. Em síntese, resgata-se o elo entre a “Virada de Copérnico” e o pensamento de Galileu GALILEI: *“eppur si muove”*.

Ao invés dos binários em oposições, os binômios compostos na relação: interpretação-aplicação, forma-conteúdo, público-privado, passado-presente. Nas pluralidades colhe-se a complexidade do real. Como símbolo da confluência de racionalidades o “diálogo das fontes”. O ordenamento, plural em seus valores, encontra sua *integridade* na unidade constitucional, de maneira que seu fio condutor assenta-se na tutela da pessoa. Na seara dos planos de saúde, essa tutela é essencial o que corresponde à indispensável exigência de medidas concretas aptas a sua efetivação.

À luz de tais premissas e sob as lentes da contratualidade contemporânea, procurou-se empreender um estudo acerca dos planos de saúde.

Sem a ficção da ausência de ideologia, sublinha-se que o contrato, entre a cobertura jurídica e a essência econômica, é representativo de importantes conflitos de valores. Sua compreensão exige, desta sorte, apreender o seu arredor e localizá-lo no tempo e no espaço. Nessa toada, afirma-se a importância de meditar sobre a mercantilização da prestação da assistência médica, sendo imperativo levar em conta um ambiente em que os cuidados do corpo são objeto de negócio.

Entre as transformações na espacialidade, recebe destaque a construção de uma *ponte* entre o público e o privado. Tais esferas são tomadas como espaços distintos mais interligados, em perspectiva que alarga os horizontes interpretativos.

Na seara do Direito Civil, caminhar por essa ponte possibilita superar o isolamento do *homem singular* da Modernidade, afastar-se dos lugares comuns e descobrir, logo ali, antinomias, lacunas e situações antes desconsideradas. No campo da saúde, em sentido diverso, todavia não divergente, o “*mix público privado*” acena para a insuficiência da dicotomia, evidencia a imbricação entre a prestação pública e privada, esmaece o sentido de oposição e confirma a necessidade do convívio de interesses individuais e coletivos.

Ressalta-se que a incidência interprivada dos direitos fundamentais encontra sólido embasamento, na superação dos princípios contratuais clássicos, na crise da dicotomia entre o público e privado, na legalidade constitucional, assim como no percurso dos direitos fundamentais.

No campo da saúde, acrescenta-se aos fundamentos e pressupostos da eficácia interprivada o cenário de influxos entre a prestação pública e privada, bem como a contraposição à mercantilização da prestação da assistência à saúde. Subsidiariamente, a reverberação do direito à saúde nos contratos de assistência privada suplementar tem por base a proximidade com a atividade estatal. É preciso ter claro, como largamente foi demonstrado, que essa construção não imprime ao particular dever estatal. Essa ressalva serve a dupla função. De um lado, contrapõe o argumento da transferência \*\*\* o qual, para alguns, poderia inibir a eficácia do direito à saúde. De outro, presta-se a recordar que “poderes privados” não são poderes estatais, o público e o privado não desapareceram, e a atividade privada também é objeto de proteção.

A pluralidade de argumentos e de modos de eficácia dos direitos fundamentais harmoniza-se com a composição de várias dimensões, concatenando a análise do plano contratual, do sentido da liberdade, da atividade estatal e dos direitos fundamentais.

Pela via da eficácia direta ou da eficácia indireta, vale realçar, com ou sem intermediação pela lei, a incidência do direito à saúde deve ser imediatamente eficaz na tutela do direito à saúde. Nesse compasso, a reverberação do direito fundamental conduz a reflexões e problematizações, as quais repercutem significativamente no regime dos planos de saúde.

Em contraposição à tese segundo a qual a lei não retroage e que se devam proteger o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, assinala-se a aplicação imediata das normas de ordem pública e a distinção entre retroatividade da norma e incidência quanto aos atos futuros. Dessa maneira, impõe-se rever a pouca atenção com que se tem admitido a segmentação entre os chamados “contratos novos” e “contratos antigos”. Não se desconhecem os fundamentos e as posições (inclusive do STF) em sentido divergente. Todavia, a simples divisão não parece dar conta de todas as questões que emergem no que tange à eficácia da Lei n.º 9.656/98 no tempo.

A separação entre contratos individuais e contratos coletivos de igual modo não pode propiciar reducionismos. Em consonância com a *concretude* e o papel instrumental do contrato, não se justifica fixar, de maneira abstrata e imutável, a simetria das partes nos planos coletivos. Nessa linha, a vulnerabilidade técnica não é superada pela quantidade de contratantes.

Tampouco se pode ignorar a hipossuficiência do empregado, freqüente beneficiário de plano coletivo. Afinal, a assimetria está presente mesmo se tiver havido negociação mais benéfica na celebração do contrato, da qual, aliás, o empregado muitas vezes sequer participa. Em suma, trata-se de avença que não se explica e que, portanto, não pode ser regida apenas pelos princípios contratuais clássicos.

Diante disso, é possível cogitar ainda certa cautela em relação a ofertas muito generosas, mas inaplicáveis em longo prazo. Tal prudência está de acordo com a percepção de que o contrato de plano de saúde é destinado a se protrair no tempo, de sorte que é injusto admitir a rescisão unilateral (ou sua “não renovação” como alguns insistem em denominar). A essencialidade da atividade das operadoras do

plano de saúde, permeada pelo direito fundamental, condiciona a possibilidade de extinção do contrato, cuja função extrapola a condição de instrumento para troca de riquezas. Razoável admitir-se, por conseguinte, o dever de manter a contratação, não para determinar que o plano substitua o Estado, mas para estabelecer parâmetros à atividade particular.

Assevera-se, também, a possibilidade de tutela coletiva. Sob o prisma teórico, representa manifestação da crise da divisão entre público e privado. Em sentido prático, configura mecanismo hábil a atender às características de contrato que atinge coletividade de contratantes. É repercussão jurídica que decorre da circunstância de que a saúde suplementar possui um caráter que não é público, mas que sugere também não ser “apenas privado”. Em outras palavras, sua relevância social faz com que tangencie, em alguns aspectos, a natureza pública.

Identificou-se a recorrente presença da idéia de “equilíbrio econômico” nas controvérsias judiciais acerca dos planos de saúde. Estabelecer seu significado é, todavia, tarefa falsamente simples, devendo-se tomar em conta os vetores do tempo e da natureza do contrato. Para a operadora há tendência ao progressivo aumento dos investimentos a serem efetuados. Diversamente, para o contratante, o momento inicial é de acentuado desnível entre o valor das mensalidades pagas ao plano de saúde e sua utilização. Nessa esteira, cuida-se haver um equilíbrio dinâmico de sorte que a equivalência das prestações não se confunde com seu peso idêntico a todo tempo. Em face dessa ordem de idéias, tecem-se algumas considerações.

Infere-se que será, via de regra, insuficiente ou mesmo imprópria a análise do equilíbrio contratual que focalize um período de tempo restrito. Não se concebe que o beneficiário do plano de saúde peça restituição após breve tempo ser ter usufruído do contrato. De maneira semelhante, não se admite a resilição, pela operadora, de plano de saúde de um cliente que se torna “caro demais”. Haja vista que se trata de modalidade contratual de larga duração e acentuada catividade, o rompimento unilateral contrapõe sua natureza e ofende o equilíbrio.

Embora deva ser levado em conta, não é suficiente para refutar essa posição mencionar a hipótese de que os investimentos feitos pela operadora de plano de saúde tenham sido maiores do que a soma das mensalidades pagas. Por se tratar de atividade que somente se viabiliza mediante contratação em massa, a adequada concepção de equilíbrio econômico deve ter em conta as inter-relações entre os contratantes. Ora, reajustes por faixa etária não são baseados nos investimentos a

serem dispendidos em relação a cada contratante individualmente considerado, isto é, na “taxa de sinistralidade” para utilizar o termo do Direito Securitário. Essas modificações são calculadas com base em uma média. Analogamente, estabelecer se um procedimento é coberto ou não pelo plano de saúde não é responder se o total dos valores pagos, até então, pelo contratante, permite cobrir tal investimento.

Desponta ainda a qualidade dinâmica do objeto das prestações que decorrem deste contrato. Nessa quadra, assinalam-se as variações ao longo do tempo em decorrência da incorporação de novas técnicas que aumentam os custos de certos procedimentos e reduzem de outros, mas tendem ao encarecimento. Assim, certamente não se espera que vinte anos após o início da relação contratual o atendimento coberto pelo plano seja feito conforme as técnicas médicas existentes naquela época.

Nas discussões judiciais, apesar da importância atribuída à idéia de equilíbrio econômico do contrato, é pouco usual a presença de cálculos atuariais. Essa circunstância está em coerência com a ilação de que o conteúdo do contrato não é estabelecido, ao menos diretamente, pelas finanças da operadora de plano de saúde ou pelos valores pagos pelos contratantes. Em contraste, verifica-se que as decisões favoráveis às operadoras têm sido amparadas, muitas vezes, nas teses de que não se poderia lhes imprimir dever estatal sob pena de inviabilizar sua atividade ou que a cobertura encarecerá as mensalidades da coletividade de contratantes. Em favor dos contratantes, tem sido afirmado que os cálculos não foram apresentados, o risco é inerente à atividade e deveria ter sido calculado previamente.

Com fulcro na eficácia interprivada do direito fundamental à saúde, infere-se a incompatibilidade da aplicação de aspecto essencial dos seguros, qual seja, da limitação do valor coberto uma vez verificado um “evento”. Isso porque a lógica securitária, segundo a qual os custos máximos guardam alguma relação com o valor para aquisição de um novo bem (como ocorre no seguro de veículo, de casa, de carga), é incongruente com a proteção da saúde da pessoa.

De outra banda, essas idéias não conduzem à conclusão de que os planos de saúde devam, sempre e em todos os casos, pagar o mais caro tratamento disponível. Entende-se que são insuficientes, isoladamente, seja a lógica do custo-benefício seja a determinação de que tudo está coberto pelo plano. Com efeito, não sem tomá-lo com um dilema, considerou-se que o direito à vida não é absoluto, mas *quase-absoluto*, de modo que a lógica econômica também se faz, comedidamente,

presente. De maneira a evitar equívocos, detalha-se essa posição. Em princípio não se admite que os planos de saúde interfiram na definição de tratamento ou de diagnóstico estabelecida pelo médico, mas concebe-se a possibilidade em apenas dois casos extremos: *a)* quando for absurda a designação feita pelo médico ou *b)* com base em análise de *custo-benefício*.

A eficácia interprivada do direito fundamental à saúde atribui acentuada relevância à problematização da idéia de *custo-benefício*. Sua incidência mitiga o sentido de oposição e confere à expressão sentido dialético ao estabelecer sua ligação com a tutela da pessoa, de sua dignidade e sua saúde. Assim, traz a tona o indispensável liame entre Direito e Medicina.

Nessa quadra, a ausência de possibilidades de recuperação não justifica que, exclusivamente sob o prisma dos custos, se determine a suspensão de cuidados. Igualmente, inviável a limitação do tempo de internação ou a oferta um procedimento médico arriscado quando houver outro disponível em *custo adequado*. Essa expressão, a qual certamente não oferece respostas, fomenta a discussão acerca do significado de *custo-benefício* na seara dos planos de saúde. Ilustrativamente, considere-se a hipótese de que o contratante de plano de saúde tem direito ao “melhor tratamento”, conforme é habitual na jurisprudência. Qual o critério para estabelecer o “melhor tratamento”: menos invasivo, menos arriscado, com menor número de infecções, mais efetivo quanto ao resultado final, com melhor resultado estético, com maior número de resultados positivos por mil, aquele com maior probabilidade de cura mas que compromete a qualidade de vida, com menor tempo de recuperação? Se os planos de saúde não cobrem gastos estéticos, as cicatrizes não servem de parâmetro? Se maior cicatriz pode propiciar contaminação, aí sim se torna relevante por envolver aspecto médico? Feita essa rápida consideração sobre o “melhor tratamento”, quais desses critérios devem ser inseridos na segunda parte da idéia de *custo-benefício*? Claramente se infere que a análise extrapola os simples cálculos aritméticos a enfatizar a importância da decisão médica.

Sob outro ângulo, o tema do custeio de procedimentos médicos foi confrontado com a *cláusula da reserva do possível*. “As necessidades são infinitas e os recursos são limitados”, ensina fundamental lição da Economia. Não há dúvida de que a prestação de assistência à saúde quer pública, quer privada, defronta-se com a limitação de recursos. Mas a lógica econômica não é a única a ser considerada.

Em relação à prestação estatal, a doutrina costuma-se referir à *reserva do possível* de maneira a ressaltar que o atendimento aos direitos deve ser feito na medida das possibilidades concretas. Nesse diapasão, o Poder Público realiza seus investimentos em saúde com base no orçamento; define verbas extraordinárias, realoca recursos, estabelece patamares mínimos de investimentos em saúde. O aumento dos recursos disponíveis implica maiores investimentos no setor. Na esfera privada, de modo diverso, os investimentos são determinados conforme a necessidade de uma coletividade que paga antecipadamente por contraprestação futura “definida” em contrato. As racionalidades diversas levam a efeitos díspares.

A relevância social e os vários casos de insucesso de operadoras justificam atenção às suas finanças. Por essa razão, sugeriu-se rígido controle nas prestações de contas, com fulcro na necessária transparência. Compreende-se que tal possibilidade independe da forma jurídica adotada pela operadora, de sua vocação beneficente ou voltada ao lucro, eis que a incidência do direito fundamental imprime a nota da essencialidade à atividade privada (lucrativa ou não), exigindo a proteção da coletividade. Não parece razoável, entretando, pensar que uma prestação prevista no contrato será afastada com base no diagnóstico da *saúde financeira* da operadora de assistência suplementar.

Preocupa, todavia, a possibilidade de transposição da reserva do possível, sem maior atenção, para as discussões em torno da eficácia interprivada dos direitos fundamentais. A impropriedade da reserva do possível nos planos de saúde, cuja alegação não se verificou em nenhum julgado, não exclui a adoção, eventual, de critério de razoabilidade. Essa possibilidade, contudo, não pode ser desvirtuada, ou seja, é preciso ter claro que a negação de prestações contratuais com base em tal critério é excepcionalíssima. Para arremeter, imperativo ressaltar, no binômio *custo-benefício*, o sentido muito especial que o segundo vocábulo atinge por força da tutela do direito fundamental à saúde e da dignidade da pessoa.

Da dicotomia entre público e privado, caminha-se para a dialética entre a liberdade de *ter* e de *ser*. Assim, não pode passar despercebido que a própria designação do tema como eficácia dos direitos *fundamentais* nas relações *interprivadas* sugere uma tensão valorativa. Na perspectiva do contrato, aflora o percurso do “*laissez-faire*” ao “*is it fair*”, o qual não consiste em suprimir a liberdade mas em buscar seu sentido contemporâneo, sem preconizar uma absolutização do Estado ou de um interesse geral, nem a condição absoluta à liberdade dos particulares.

Portanto, a reverberação do direito fundamental na seara das relações contratuais, ao promover a necessária interlocução entre Saúde, Direito e Economia (nessa ordem), ressoa de maneira direta no “diálogo das fontes”, rompendo com a postura formal-indiferente, sintomática do modelo contratual clássico. Na composição dos planos contratual e da saúde, abre-se o caminho para leitura axiológico-normativa representativa da dialética de valores da Contemporaneidade, apta a ensejar importantes problematizações vocacionadas à tutela da pessoa, de sua saúde e sua vida. Nessa senda, as patologias contratuais não estão imunes à eficácia interpretada, a reclamar os adequados remédios jurídicos, bem como a redefinir compreensões e significados no *tratamento* dos planos de saúde.

## REFERÊNCIAS

ABDALA Júnior, Benjamin. **Literatura, história e política: literaturas de língua portuguesa no século XX**. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2007.

ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem da antinomia 'público x privado': descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Jurídicos, 2003. (Série Pesquisas do CEJ, n. 11).

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **A nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Reflexões sobre a Ética Médica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

ALBUQUERQUE, Ceres *et al.* A situação atual do mercado da saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1421-1430, 2008.

ALCOFORADO, Flávio. A escolha de planos de saúde pelo consumidor: uma visão antropológica. In: MIGUELES, Carmen. 1. ed. **Antropologia do Consumo: casos brasileiros**. São Paulo: FGV, 2007. p. 45-82.

ALMEIDA, Célia. **Texto para Discussão n. 599**. O Mercado Privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 1998.

ALVES, Sandro Leal Alves. Seleção Adversa no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar após a regulamentação. **Revista Brasileira de Risco e Seguro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 61-92, out. 2007/mar. 2008.

AMARAL, Francisco. Aula proferida no curso de Graduação de Direito da Universidade Federal do Paraná, junto a disciplina de Direito Civil D, 19/05/2008.

AMARAL, Francisco. Autonomia privada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, p. 25-31, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 3-20, 2002.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, RT, n. 63, p. 45-56, 1994.

AMARAL, Francisco. Reflexões críticas sobre os direitos da personalidade. Palestra proferida por ocasião do I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL DA UFPR. Curitiba: UFPR, 27 a 31 de outubro de 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (Biblioteca de Teses).

ANDRADE, Carlos Drummond de. **A rosa do povo**. 23. ed. São Paulo: Record, 2001.

ANDRADE Jr., Marcos Almeida Magalhães de. Marcadores Atuais da Relação Médico-Paciente – Palco atual onde transcorre o trabalho médico. Determinantes da deflagração dos processo judiciais pacientes x médicos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 21-30.

ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de. **Teias e Tramas: Relações Público-Privadas no Setor Saúde Brasileiro dos anos 90**. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI Netto, Domingos *et al.* **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Ler, 2003.

ANS. **II Seminário Internacional em Regulação da Saúde Suplementar - 10 anos da Lei 9656/98**. Rio de Janeiro, jun. 2008.

ANS. **ANS Informação 2007**. Rio de Janeiro: ANS, 2007.

ANS. **Atlas Econômico Financeiro da Saúde Suplementar**. Anuário Estatístico da Saúde Suplementar ano base 2006. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, jul. 2007. (Ano 2).

ANS. **Atlas Econômico Financeiro da Saúde Suplementar**. Anuário Estatístico da Saúde Suplementar ano base 2007. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, jun. 2008. (Ano 3).

ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, jun. 2008.

ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 3. ed. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, dez. 2008.

ANS. **Carência, doenças e lesões preexistentes, urgência e emergência: prazos de carência, cheque-caução, preenchimento da declaração de saúde**. 3. ed. rev. ampl. Série Planos de Saúde Conheça seus Direitos. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005.

ANS. **Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde - Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005. (Série A).

ANS. **Entenda o setor**. Planos quanto à data de assinatura. Online em: <[http://www.ans.gov.br/portal/site/entenda\\_setor/entenda\\_setor\\_topico\\_646.asp](http://www.ans.gov.br/portal/site/entenda_setor/entenda_setor_topico_646.asp)>. Acesso em: 13/05/2008.

ANS. **Integração do setor de saúde suplementar ao sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2001.

ANS. **O Impacto da Regulamentação no Setor de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2001. (Série ANS n. 1).

ANS. **Qualificação da Saúde Suplementar**. Nova perspectiva no processo de regulação. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2007.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em geral**. v. I. 9. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1996.

ARANGO, Rodolfo. La jurisdicción social de la tutela. In: BETANCUR, Carlos Mario Molina. **Corte Constitucional: 10 años Balance y perspectivas**. Bogotá (Colômbia): Centro Editorial Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia, 2003. (Colección Textos de Jurisprudencia). p. 107-128.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. (Trad. Pietro Nasseti). São Paulo: Martin Claret, 2006. (Coleção Obra Prima de Cada Autor).

As dimensões do metro. **Revista Superinteressante**, São Paulo, Editora Abril, edição 24, ano n, 3, 01/09/1989. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/superarquivo/1989/sumario-edicao-024.shtml>>. Acesso em 15/03/2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, n. 28, p. 77-92, out./dez. 2006.

ASCENSÃO, José Oliveira. **O Direito - Introdução e Teoria Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AVELÃS NUNES, António José. Notas sobre o chamado *Modelo Econômico-Social Europeu*. In: \_\_\_\_\_; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-14.

AVELÃS NUNES, António José. **Os Sistemas Económicos**. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria Geral dos Contratos Típicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 472, ano 64, p. 15-21, fev. 1975.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo**, São Paulo, USP, n. 94, p. 3-12, jan./dez. 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 750, ano 87, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007.

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. Obrigações governamentais em saúde, comprovações clínicas e o direito a tratamentos de alto custo. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina**, Curitiba, CRM, v. 24, n. 96, p. 187-210, out./dez. 2007.

BACELLAR Filho, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da Doutrina, Possibilidades de Diferenciação e Estabelecimento de Pontos de Contato. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, Conselho Editorial da OAB, n. 1, mar./abr. 2008.

BADIA, Bruno Dutra. **Características do plano e satisfação dos beneficiários**. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. IESS n.º 0015/2008, ago. 2008. Disponível online em: <<http://www.iess.org.br/TDIESS00152008Satisfacao.pdf>>. Acesso em 20/09/2008.

BAHIA, Ligia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 4, p. 1385-1397, set./out. 2008.

BAHIA, Ligia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio - Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006.

BAHIA, Ligia. Mercantilização da saúde no Brasil: os planos e os seguros de saúde. **Nuevamerica**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 41-46, 2006.

BAHIA, Ligia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 329-339, 2001.

BAHIA, Ligia. **Risco, Seguro e Assistência Suplementar no Brasil**. Texto base da oficina “A Noção de Risco e Mercados de Planos de Saúde” realizada durante o II Ciclo de Oficinas ANS. Rio de Janeiro: ANS, 2001.

BAHIA, Ligia *et al.* Segmentação da demanda dos planos e seguros privados de saúde: uma análise das informações da PNAD/98. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 4, p. 671-686, 2002.

BAHIA, Ligia; SIMMER, Elaine; OLIVEIRA, Daniel Canavese de. Cobertura de planos privados de saúde e doenças crônicas: notas sobre utilização de procedimentos de alto custo. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 4, p. 921-929, 2004.

BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 313-336.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-74.

BARCELLONA, Pietro. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do capital**. (Trad. Sebastião José Roque). São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos de Direito).

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROCA, João Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11).

BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, v. 18, n. 2, p. 170-180, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61-77.

BARROSO, Luís Roberto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54: Demonstração de seu Cabimento Memorial da Autora Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (Cnts). **Revista da Presidência**, Brasília, Presidência da República, v. 3, n. 31, dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 26 abr. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTOL, Romeu. Requisição de exame por médico particular ou de convênio e a realização pelo SUS. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina**, Curitiba, CRM, v. 24, n. 95, p. 173-174, jul./set. 2007.

BERTOTTI, João Natal. Sócios do Curitibano vão decidir sobre casal gay. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 20 set. 2008, Caderno Vida e Cidadania.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILAQUA, Clovis. A Constituição e o Código Civil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Presidência da República, v. 3, n. 31, dez. 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o Direito Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 526, p. 20-32, ago. 1979.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. (Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2004.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (Parte I: 1930-1956), **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 6, ano 2, p. 67-96, abr./jun. 2004.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Editora Fórum, v. 16, p. 27-42, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 06 nov. 2008, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução n.º 68/2001**. 07/05/2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final - Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde**. Brasília: Câmara dos Deputados, nov. 2003.

BRASIL. **Diário Oficial da União**. Brasília: Imprensa Oficial, p. 1, coluna 1. Conversão em lei do Projeto de Lei (do Senado) de n.º 93/1993.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Economia da Saúde 2000-2005 uma perspectiva macroeconômica - 2000-2005**. Atividades de saúde representam 5,3% da economia brasileira. Online em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1218&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1218&id_pagina=1)>. Acesso em 10/09/2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2003**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004.

BRASIL. Lei n.º 10.223/2001. **Diário Oficial da União**. Brasília: Imprensa Oficial, 16/05/2001, p. 1.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política nacional de promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **Indicadores básicos para a saúde no Brasil: conceitos e aplicações**. 2. ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **Indicadores e Dados Básicos para a Saúde - 2005**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2005. Disponível online em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/ibd2005/CapituloF.pdf>>. Acesso em 02/09/2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. **Indicadores e Dados Básicos para a Saúde - 2007**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde – Rede Interagencial de Informação para a Saúde, 2007.

BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2006**. Brasília: Receita Federal, ago. 2005.

BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2007**. Brasília: Receita Federal, ago. 2006.

BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) 2008**. Brasília: Receita Federal, ago. 2007.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n.º 24/2008. **Diário do Senado Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 18/06/2008, p. 21307.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n.º 306/2008. **Diário do Senado Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 21/03/2007, p. 5957-5975.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 3.107/2000. **Diário do Senado Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 24/03/2001, p. 3868.

BRASIL. STF. **Regimento Interno**. (Atual. Eugênia Vitória Ribas). Brasília: STF, 2007.

BRASIL. STJ. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. (Organizado pelo Gabinete do Diretor da Revista - Ministro Fernando Gonçalves). Brasília: STJ, 2008.

BRITO, Rubens José; ANDRADE, Amaral de Mônica Viegas; PERPÉTUO, Ignez Helena Oliva. Demanda por serviços de Saúde. In: SILVEIRA, Fernando Gaiger *et al.* (Org.). **Gasto e Consumo das Famílias Brasileiras Contemporâneas**. v. I. 1. ed. Brasília: Editora do IPEA, 2006. Capítulo 13. p. 345-374.

BUENO, Ronaldo da Rocha Loures; PIERUCCINI, Maria Cristina. **ABERTURA DE ESCOLAS DE MEDICINA NO BRASIL**. Relatório de um cenário sombrio. 2. ed. São Paulo: Associação Médica Brasileira - Conselho Federal de Medicina, mar. 2005.

CALLEGARI, Desiré Carlos; LAZZARINI, Marilena. Introdução. In: AZEVEDO Júnior, Renato. (Coord.). **Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de. Maria da Penha. *Lei protege as mulheres na medida necessária*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, O Estado de S. Paulo, 22 ago. 2008. Online em: <[http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art\\_15/siu.html](http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_15/siu.html)>. Acesso em 12/02/2007.

CAMPOS, Gérman Biptart. Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien constitucional. In: MACKINSON, Gladys (Dir.); FARINATI, Alicia (Coord.). **Salud, Derecho y Equidad**. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo. Buenos Aires: Adhoc, 2001. p. 21-28.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. (Trad. Peter Naumann) In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 225-245.

CANARIS, Claus-Wilhelm **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. (Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra (Portugal): Almedina, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 76-90, 1990.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 85-96.

CAPES. **Proposta do Programa Ano base 2005**. Conferência de Digitação. Disponível online em: <servicos.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/estudos/dados1/2005/31004016/026/2005\_026\_31004016015P4\_Proposta.pdf>. Acesso em 20/08/2008. Proposta do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Transcrição da palestra "Sistema Giuridico e Codificazione" proferida em 17/09/2007, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca). Curitiba, Juruá, 2007.

CAPRARA, Andrea; FRANCO, Anamélia Lins e Silva. A Relação paciente-médico: para uma humanização da prática médica. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 15, n. 3, p. 647-654, set. 1999.

CARBONNIER, Jean. **El Derecho Flexible**. Para una sociología no rigurosa del Derecho. (Trad. Luis Díez-Picazo). Madrid (Espanha): Tecnos, 1974.

CÁRCOVA, María Carlos. *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 35, p. 7-17, 2001.

CARLOS AZEVEDO, Antonio. La provisión de servicios de salud en Chile: aspectos históricos, dilemas y perspectivas. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, USP, v. 32, n. 2, p. 192-199, abr. 1998.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos Direitos e Deveres Fundamentais às Relações Privadas. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, Conselho Editorial da OAB, n. 1, mar./abr. 2008.

CAYUSO, Susana Graciela. El derecho a salud: un derecho de protección y prestación. In: MACKINSON, Gladys (Dir.); FARINATI, Alicia (Coord.). **Salud, Derecho y Equidad**. Principios constitucionales, Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo. Buenos Aires: Adhoc, 2001. p. 29-45.

CEBES. **Saúde, Justiça e Inclusão Social**. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 28, n. 68, p. 289-290, set./dez. 2004. Documento produzido na 12ª Conferência Nacional de Saúde.

CECATTI, José Guilherme *et al.* Factors associated with vaginal birth after previous cesarean section in Brazilian women. **Pan American Journal of Public Health**, Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 18, n. 2, p. 107-113, 30 ago. 2005.

CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil**. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Parte Geral I. São Paulo: RT, 1978.

CIRNE LIMA, Ruy. Direito público e direito privado. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Publicação Oficial dos Trabalhadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sulina Representações, n. 1, ano 1, p. 7-12, jan./fev. 1953.

CLEIMAN, Betch. Comércio de luas e estrelas. **IBDFAM**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=68>>. Acesso em 15/03/2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, UniBrasil, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35-48.

Clube Curitibano discute inclusão de homossexual. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 18 set. 2008.

COELHO, Inocência Mártires. **A constitucionalização do direito civil**. Comunicação apresentada no Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, sobre o tema Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?. Brasília: 26 a 28/08/04. Disponível online em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/156/182>>. Acesso em 10 maio 2008.

COLLINS, Hugh. **The Law of Contract**. 4. ed. United Kingdom (Reino Unido): LexisNexis, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal**, São Paulo, CEJ, v. 1, n. 3, set./dez. 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, RT, ano XXV (nova série), n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 353, ano. 54, p. 14-26, mar. 1965.

CONILL, Eleonor Minho *et al.* O *mix* público-privado na utilização de serviços de saúde: um estudo dos itinerários terapêuticos de beneficiários do segmento de

saúde suplementar brasileiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1501-1510, set./out. 2008.

CONRADO, Marcelo; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Os jovens e o shopping. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 03 jul. 2008, Caderno Opinião, p. 2.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJF, 2005.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**. AGUIAR Jr., Ruy Rosado (Org.). v. I. Brasília: CJF, 2007.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Jornal do Conselho Regional de Medicina de São Paulo**. Edição 219. São Paulo: Cremesp, 15/11/2005.

CORRÊA, Gustavo. A necessidade da regulação do setor privado de saúde no Brasil – razões e perspectivas. In: PIOLA, Sérgio Francisco; JORGE, Elias Antonio (Org.). **Economia da Saúde**. 1º. Prêmio Nacional – 2004. Brasília: IPEA, jun. 2005. p. 45-77.

CORTELLA, Mario Sergio. “Nosotros”. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 09 out. 2003, Caderno Equilíbrio, Coluna Outras idéias, p. 12.

CORTÉS, Fernando Martínez. El ejercicio de la Medicina en México en el año 2000. In: MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (Coord.) **Temas Selectos de Salud y Derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 1-12. (Serie Doctrina Jurídica, n. 94).

CORTIANO Jr., Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006.

CORTIANO Jr., Eroulths; MEIRELLES, Jussara; PAULINI, Umberto. Um Estudo Sobre o Ofuscamento Jurídico da Realidade: a Impossibilidade de Proteção de Novos Valores e Fatos a partir de Velhos Institutos. In: CORTIANO Jr., Eroulths *et al.* (Coord.). **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21-40.

COSTA, Juvenal Soares Dias da *et al.* Assistência ao parto em São Leopoldo, RS: um estudo de base populacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, n. 0300/2007, 2007.

COTRIM Neto, Alberto. A intervenção do Estado na Economia: seu processo e ocorrência históricos. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, ano III, n. 5, p. 13-29, jul. 1985.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 81-110.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

CRUZ Neto, Otávio. Dificuldades da relação médico-paciente diante das pressões do “mercado da saúde”. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 8, n. 1, p. 307-308, 2003.

CUNHA, Paulo César Melo. **Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. (Coleção Direito Regulatório).

CUTAIT, Raul. O médico. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 19 out. 2008, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1851-1864, nov. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ECHEVERRI, Oscar. Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo: el caso de Colombia. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 24, n. 3, p. 210-216, set. 2008.

Exército poderá atuar contra o mosquito. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 25 out. 2008, Caderno Cotidiano, p. C8.

FACHIN, Luiz Edson. **A construção do Direito Privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil**. Palestra proferida no Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 21/09/2006.

FACHIN, Luiz Edson. **A defesa da Constituição nas Cortes Supremas**. Aula Magna Inaugural do ano letivo de 2006, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, 06/03/2006.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. **Revista Jurídica Crítica**, Curitiba, v. 22, p. 16-19, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Da Casa Privada à Ágora: Reflexão sobre a Metáfora do Estatuto Jurídico Conceitual da Violência Familiar no Tempo Proprietário. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 49, n. 284, p. 21-25, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Fundamentais e os Desafios do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo a partir da incidência constitucional**. Palestra proferida no curso da Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas CAHS, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica. Curitiba: UFPR, Salão Nobre da Faculdade de Direito, 15/09/2008.

FACHIN, Luiz Edson. Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 36, p. 209-219, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo Mediante o Direito Civil-Constitucional no Brasil. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco**, Curitiba, Faculdade Dom Bosco, v. 1, ano 1, v. 1, p. 28-31, jan./jun. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, ano n. 27, p. 49-60. 11/27/1992 - 1993.

FACHIN, Luiz Edson. Luzes e Sombras no Diálogo entre Direito e Medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 11-20.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 115-149. 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **O futuro do Direito e o direito ao futuro**. Texto inédito.

FACHIN, Luiz Edson. O seqüestro da sociedade. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, ano 90, edição n. 28.780, 22 out. 2008, Caderno Opinião, p. 2.

FACHIN, Luiz Edson. Projeto de Código Civil. Direito de família. **Revista da CEJ**, Brasília, Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, v. 3, n. 9, p. 16-20, set./dez. 1999.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.) **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46.

FACHIN, Luiz Edson. "Virada de Copérnico"; um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 317-324.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. Do par díspar ao ímpar consorte: na fímbria da ruptura conjugal. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 04 mar. 2007, p. 8-9.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Rosana Amara Girardi. Constitucionalidade da Lei Maria da Penha. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 24 mar. 2008, Caderno Opinião.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 4, p. 243-263, 2004.

FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno *et al.* (Org.). **Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois**. v. IV. Estado e Economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 347-377.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Carta de Curitiba**. V Encontro Dos Projetos de Pesquisa em Direito Civil. Curitiba, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Fundamentais**. Do Discurso à prática efetiva. Um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195-230.

FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-62.

FACULDADE DE DIREITO DA UFPR. **Resolução de n.º 01/96**. Currículo Pleno do Curso de bacharelado em Direito. Curitiba: UFPR, 1996.

FACULDADE DE DIREITO DA UNB. **Fluxo de Habilitação**. Informações obtidas junto a secretaria do curso em 16/09/2008.

FACULDADE DE DIREITO DA USP. **Estrutura Curricular do Curso**. Disponível online em <<https://sistemas2.usp.br/jupiterweb/jupDisciplinaLista?codcg=2&pfxdisval=DCV&tipo=D>> e <<https://sistemas2.usp.br/jupiterweb/listarGradeCurricular?codcg=2&codcur=2013&codhab=102&tipo=N>>. Acesso em 15/08/2008.

FARIAS, Luís Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo da adesão ao sistema de saúde suplementar. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 405-416, 2001.

FAÚNDES, Aníbal; CECATTI, José Guilherme. A operação cesárea no Brasil: incidência, tendências, causas, conseqüências e propostas de ação. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 7, n. 2, p. 150-173, 1991.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Saúde Pública na Constituição e as Operadores de Planos de Saúde. In: BACELLAR Filho, Romeu Felipe. (Coord.). **Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 167-183.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid (Espanha): Civitas, 1991.

FORMENTI, Lígia. Infestação pelo mosquito da dengue põe 14 capitais em alerta. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 nov. 2008, Caderno Vida&, p. A18.

FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 34, p. 59-76, 2000.

FREITAS, Paulo Fontoura *et al.* Desigualdade social nas taxas de cesariana em primíparas no Rio Grande do Sul. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, v. 39, n. 5, p. 761-767, 2005.

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

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1994

GARBIN, Helena. **As implicações dos planos e seguros de saúde no trabalho médico: a questão da autonomia**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) - Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Rio de Janeiro, 2005.

GARCEZ Neto, Martinho. **Temas Atuais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCIA, Márcia. **A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DOS PLANOS DE SAÚDE**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Departamento de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2004.

GARRAFA, Volnei. Por uma ética periférica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 26 out. 2002, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

GARRAFA, Volnei *et al.* Análise bioética da propaganda e publicidade de medicamentos. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v.12, n.1, p. 221-229, 2007.

GEDIEL, Antônio José Peres. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 324-345.

**German Law Journal** (GLJ), v. 7, n. 10 – 1, October 2006.

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos**: Problemática moderna. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.

GIORGIANI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998.

GIRALDO, Juan Camilo. ¿Costo-efectividad? **Revista Ciencias de la Salud**, Bogotá (Colômbia), Escuela Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario, n. 3, p. 5-8, jan./jun. 2005.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**. Lesão e Cláusula de Hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-36, 1982.

GOMES, Orlando. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 121-134, maio 2005.

GOMES, Orlando. A função renovadora do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 12, p. 39-47, 1969.

GOMES, Orlando. A política legislativa de proteção ao consumidor. **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, ano III, n. 5, p. 30-40, jul. 1985.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. Condições Gerais do Contrato. São Paulo: RT, 1972.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. (Atual. Edvaldo de Britto e Reginalda Paranhos de Britto). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil brasileiro** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. Seguro-Saúde - Regime Jurídico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 76, ano XVII, p. 249-258, out./dez. 1985.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1976.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREGORI, Stella Maria. **Planos de Saúde**. A ótica de proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007. (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 31).

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. (Trad. Ricardo Marcelo Fonseca). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, n. 40, p. 6-25, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. (Trad. De Arno Dal Ri Júnior). 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 15-20, jan./dez. 2005.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Introducción. In: HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995. p. 9-27.

HERRERA FLORES, Joaquín. *¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis?* Respuestas neoconservadoras. **Crítica Jurídica**, Revista Latino Americana de Política, Filosofía y Derecho, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 13, p. 123-143, 1993.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid (Espanha): Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HOGA, Luiza Akiko Komura. A dimensão subjetiva do profissional na humanização da assistência à saúde: uma reflexão. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, USP, v. 38, n. 1, p. 13-20, mar. 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York (Estados Unidos): Norton & Company, 2000.

HORA Neto, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, RT, n. 14, ano 4, abr./jun. 2003.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva (Instituto Antonio Houaiss), 2001.

IBAÑEZ, Nelson e VECINA Neto, Gonzalo. Modelos de gestão e o SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1831-1840, nov. 2007.

IDCACE. **“Filhos do Brasil – Desordem e Progresso”**. Exposição em espaço aberto. São Paulo, Parque Ibirapuera, jul./set. de 2008. Online em: <[www.idecace.org.br/filhosdobrasil/voto](http://www.idecace.org.br/filhosdobrasil/voto)>. Acesso em: 15/06/2008.

IRTI, Natalino. Ordem jurídica do Mercado. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, RT - Instituto Brasileiro de Direito Comparado, ano 11, n. 39, p. 94-100, jan./mar. de 2008.

JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN Filho, Marçal. Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 30, p. 215-233, 1998.

KILSZTAJN, Samuel; CAMARA, Marcelo Bozzini da; CARMO, Manuela Santos Nunes do. Gasto privado com saúde por classes de renda. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, Associação Médica Brasileira, v. 48, n. 3, p. 258-262, jul./set. 2002.

KUMM, Mattias. Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law – Part I/II. **German Law Journal** (GLJ), v. 7, n. 4 – 1, April 2006.

LACERDA, Galeno. Seguro de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 301-311.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital. **Mão Visível**. Economia de Mercado e Regulação. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003.

LEITE, A. Nogueira. Lição Inaugural do I Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública. In: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra (Portugal): Faculdade de Direito de Coimbra / Coimbra Editora, 2004. p. 493-515.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte Jurídica**. Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade de Londrina. v. II. Curitiba: Juruá, 2005. p. 143-158.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 37, ano 10, p. 59-76, jan./mar. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 141, ano 36, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 722, ano 84, p. 40-45, dez. 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Contratual e Constituição. **Revista de Direito Consumidor**, São Paulo, RT, v. 36, p. 241-245, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo Contratual. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 52, ano 14, p. 64-78, abr./jun. 1990.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: \_\_\_\_\_; LYRA Jr., Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do Contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações Gerais do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Padma – Instituto de Direito Civil, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley. (Coord.) **Contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva-FGV, 2007. p. 3-59. (Série GV Law).

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 33, p. 51-77, jan./mar. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las Normas Fundamentales del Derecho Privado**. Buenos Aires (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Los Servicios de salud*. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Edição Especial. Porto Alegre, Ajuris, p. 283-308, mar. 1998.

LOVECE, Graciela. El derecho a salud como nuevo derecho civil constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, v. 9, n. 34, p. 34-44, abr./jun. 2000.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**. Paradigmas da Filosofia, Filosofia da libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MADUREIRA, Roberto. Usinas aceitam parar corte de cana se calor atingir 37C. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 16 set. 2008, Caderno Agrofolha, p. B12.

Mais flexibilidade. **Boletim Informativo do Cooperado da Unimed Curitiba**, Curitiba, Unimed Curitiba, n. 21, set. 2008, p. 2.

MALTA, Deborah Carvalho *et al.* Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 2, p. 433-444, 2004.

MANFREDINI, Marco Antonio; BOTAZZO, Carlos. Tendências da indústria de equipamentos odontológicos no Brasil entre 1990 e 2002: notas prévias. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 11, n. 1, p. 169-177, 2006.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: RT, 2003. (Temas atuais de Direito Processual Civil, v. 7).

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: RT, 2007. p. 17-86.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução. In: \_\_\_\_\_. BENJAMIM, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 1, n. 1, p. 13-58, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 31, p. 129-169, jul./set. de 1999.

MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. Biblioteca de Direito do Consumidor: n. 36. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 187-224.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, n. 7, p. 15-54, 2004.

MARQUES, Luiz Guilherme. **AMB Debate**. Computadores prolores de sentenças. Online em: <[http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=911](http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=911)>. Acesso em 15/03/2008.

MARQUES Neto, Agostinho Ramalho. Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, p. 69-99, 1998.

MARQUES Neto, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). v. V. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé Judith Martins-Costa. In: NICOLAU Júnior, Mauro. (Org.). **Novos Direitos**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 193-232.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, ano 1, p. 41-66, maio 2005.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direito Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Biblioteca de Teses).

MCPAKE, Barbara; MILLS, Anne. What can we learn from international comparisons of health systems and health system reform? WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Bulletin of the World Health Organization**, Genebra (Suíça), v. 78, n. 6, p. 811-820, jun. 2000.

MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 211-229.

MENEZES CORDEIRO. António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 1997. (Coleção Teses).

MILAN, Pollianna *et al.* Escola não é comércio. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 30 out. 2008

MILAN, Pollianna. Jovens são barrados e protestam em frente a shopping de Curitiba. **Gazeta do Povo**, Curitiba, RPC, 25 maio 2008, Caderno Vida e Cidadania.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Portaria n.º 3**. 19/03/1998.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Histórico da Previdência Social**. <[http://www.previdenciasocial.gov.br/pg\\_secundarias/previdencia\\_social\\_12\\_04-C.asp](http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_12_04-C.asp)>. Acesso em 14 de agosto de 2008.

MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Ordem Social (na constituição de 1933). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra (Portugal), Coimbra Editora, v. XLVI, n. 1, p. 271- 310, 2005.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, ano XX, n. 82, p. 5-27, abr./jun. 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTONE, Januario. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde Suplementar**. Subsídios ao Fórum de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2003. (Série ANS n. 4).

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Código Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 779, ano 89, p. 47-63, set. 2000.

MORAES, Maria Sílvia de; GOLDENBERG, Paulete. Cesáreas: um perfil epidêmico. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 17, n. 3, p. 509-519, 2001.

MOREIRA, Vital. A empresarialização dos serviços públicos. In: LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; \_\_\_\_\_. **Mão Visível**. Economia de Mercado e Regulação. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. p. 145-148.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos gerais do Novo Código Civil brasileiro. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). Palestra de abertura. Brasília: CJF, 2005. p. 13-28.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Pactos administrativos: um enfoque pós-moderno. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1986.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005.

MOUNIER, Emmanuel. **O Personalismo**. (Trad. João Bernard da Costa). 4. ed. Lisboa (Portugal): M. Fontes, 1976.

MUSGROVE, Philip. **Public and Private Roles in Health**. Theory and Financing Patterns. Washington (Estados Unidos): The International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank, July 1996.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Conceito pós-moderno. (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.

NASCIMENTO SOBRINHO, Carlito Lopes *et al.* Condições de trabalho e saúde dos médicos em Salvador, Brasil. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 2, p. 1-6, 2006.

NASS, Daniel Perdigão. O Sistema Internacional de Unidades. **Revista Eletrônica de Ciências**, n. 15. São Paulo: Centro de Divulgação Científica e Cultural da Universidade de São Paulo, 22/06/2003. Online em: <[http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art\\_15/siu.html](http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_15/siu.html)>. Acesso em 12/02/2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY Jr., Nelson. Planos de Saúde e Contrato de Prestação de Serviços Médico-Hospitalares. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 873, ano 97, p. 75-97, jul. 2008.

NEVES, Nedy Cerqueira. **Ética para os futuros médicos: é possível ensinar?** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006.

**New Webster's Dictionary and Thesaurus.** Estados Unidos: Ottenheimer Publishers – World Inc. Publications, 1992.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. Os fornecedores no CDC e algumas categorias controversas: empresários rurais, profissionais liberais e sociedades cooperativas. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e Processo: Estudos em Homenagem ao Des. Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 129-153.

NORONHA, José Carvalho de. Manifestação por ocasião do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Anais do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde**. Mesa 1 – Interface e articulação entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. Brasília – DF: Auditório Petrônio Portella – Senado Federal, 28 e 29 de agosto de 2001. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1995.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, n. 4, p. 1041-1050, 2007.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 1, p. 157-185, jan./abr. 2006.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O Mercado de Planos de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? **Texto para Discussão n. 1094**. Rio de Janeiro: IPEA, jun. 2005.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; CARDOSO, Simone de Souza. **Texto para Discussão n. 1232**. Uma descrição do comportamento dos preços dos planos de assistência à saúde – 2001-2005. Rio de Janeiro: IPEA, nov. 2006.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. A Teoria das Pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas. Superação e Permanência. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 11, n. 40. p. 7-28, abr./jun. 1987.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. **Lição de Resistência**. Discurso de Paraninfo aos Bacharéis em Direito de 1965 da Universidade Federal do Paraná, Turma Ministro Álvaro Ribeiro da Costa. Curitiba, Editora do DAD Edição Especial, n. 18, p. 213-228, 1966-1967.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

**Oxford Law Dictionary**. 5. ed. Londres (Reino Unido): Oxford University Press, 2003.

**Oxford Spanish Dictionary**. 3 ed. New York (Estados Unidos): Oxford Press, 2003.

Para especialistas, epidemia é a mais grave da história. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 26 mar. 2008, Caderno Cotidiano, p. C5.

PARANÁ. TJPR. **Regimento Interno do Tribunal do Estado do Paraná**. Curitiba: TJPR – Subsecretaria Centro de Documentação: 06/05/1986.

PASQUALOTTO, Adalberto. Regulamentação de Planos e Seguros. In: MARQUES, Cláudia Lima, *et al.* **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada**. 1. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: RT, 1999. p. 23-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 13).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta). **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante (Espanha), Universidad de Alicante, v. 4, p. 47-66, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. **La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale**. Conferência Magna proferida por ocasião do Congresso de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 21/09/2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. A família triunfante. In: DUBY, Georges; PHILLIPE, Aires. **História da Vida Privada**. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. v. 4. PERROT, Michelle (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 93-104.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 2008. p. 15-70. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 36).

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a Teoria do Estado**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004. p. 65-78.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Sujeito de direito e bioética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 411-430, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direitos Fundamentais e Autonomia Contratual**. O “mínimo existencial” no contrato. Curitiba, 2007. Texto inédito.

PINTO, Luiz Felipe; SORANZ, Daniel Ricardo. Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 1, p. 85-98, 2004.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. v. 46. t. XLVI: Parte Especial. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

PUC-MG. **Apresentação do Programa de Pós-graduação em Direito**. Disponível online em <<http://www.pucminas.br/posdireito>>. Acesso em: 19/08/2008.

PUJOL, Luiz Ernesto. Tempo de Consulta e Intervalo Inter-atendimento. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina**, Curitiba, CRM, v. 24, n. 94, p. 61-62, abr./jun. 2007.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os Princípios Gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 22, p. 272-284, 1985.

REALE, Miguel. **A Constituição e Código Civil**. Disponível online em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Datado de 08/09/2003. Acesso em 12/03/2006.

REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e seus críticos**. Disponível online em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 15/09/2008.

REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 35, n. 137, p. 63-68, jan./mar. 1998.

RIBERA, Willman Ruperto Duran. La Protección de los Derechos Fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional. **Ius et Práxis**, Talca (Chile), Universidad de Talca, v. 8, n. 2, p. 177-194, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007. p. 7-33.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos contratos e regulação do mercado. **Revista brasileira de direito comparado**, Rio de Janeiro, Instituto Luso Brasileiro de Direito Comparado, n. 22, p. 203-223, jan./jun. 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 42, p. 5-34, 2005.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**. As cláusulas contratuais e o princípio da liberdade contratual. reimp. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. (Coleção Teses).

RIVERA, Julio César. El Derecho Civil Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, ano 85, p. 11-28, mar. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **Regimento Interno do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: 18/09/2008.

ROCHA, Cesar Asfor. Temas de Medicina na Jurisprudência do STJ. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direito & Medicina**. Aspectos Jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 367-393.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656 de 3 de junho de 1998. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: RT, 2008. p. 230-240. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 36).

RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. Derechos fundamentales entre particulares: Una introducción a su problemática protección constitucional e internacional. **Revista de Derecho Constitucional**, San Salvador (El Salvador), Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Centro de Documentación Judicial, t. 1, n. 25, p. 1-14, octubre-diciembre, 1997.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra (Portugal): Almedina, 1988.

ROSENBERG, Hernán; ANDERSSON, Bernt. Repensar la protección social en salud en América Latina y el Caribe. **Revista Panamericana de Salud Pública** (Pan Am. J. Public Health), Washington (Estados Unidos), Pan American Health Organization, v. 8, n. 1-2, p. 118-125, jul./ago. 2000.

RUDAS, Mónica Arbeláez. La Protección Constitucional del Derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Derecho y Salud**, Barcelona (Espanha), v. 14, n. 2, p. 205-240, jul./dez. 2006.

RUIZ, Alicia, E. C. De Cómo el Derecho nos Hace Mujeres e Hombres. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 36, p. 7-15, 2001.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

SALDANHA, Nelson. Sobre o "Direito Civil Constitucional" (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 87-92, 2001.

SALOMÃO Filho, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, ano XLII (Nova série), n. 132, p. 7-24, out./dez. 2003.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999. (Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, v. 60).

SANT'ANNA, Emilio. Planos quebrados consomem R\$ 10 mi. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 06 jul. 2007, Caderno Vida&, p. A19.

SANTOS, Fausto Pereira dos; MALTA, Deborah Carvalho; MERHY, Emerson Elias. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1463-1475, 2008.

SANTOS, Isabela Soares; UGA, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1431-1440, set./out. 2008.

SANTOS, Jorge Francisco Kuhn. Parto Normal ou Cesárea. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 18 set. 2008, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3.

SANTOS, Maria Angélica Borges dos; GERSCHMAN, Silvia. As segmentações da oferta de serviços de saúde no Brasil - arranjos institucionais, credores, pagadores e provedores. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 3, p. 795-806, 2004.

SANTOS Jr., Júlio César Monteiro dos. Avaliação médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, Sociedade Brasileira de Coloproctologia, v. 26, n. 1, p. 70-85, jan./mar. 2006.

SÃO PAULO. TJSP. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo: TJSP, 30/09/1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 36, ano 9, p. 54-104, out./dez. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de Direitos Humanos**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 63-102.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Saúde é o principal problema do país para 25% da população. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 05 dez. 2008, Caderno Brasil, p. A5.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Tôrres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 115-131.

SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Saúde em Debate**, Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Rio de Janeiro, CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005.

SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006.

SCHEFFER, Mário C. Saúde Suplementar: o que o SUS tem a ver com isso? **Jornal do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, 01 maio 2005, p. 8.

SCHEFFER, Mário C.; ROSENTHAL, Caio. As escolhas de Sofia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 16 abr. 2005, Caderno Opinião, p. A3.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 24, p. 131-150, jan./dez. 2005.

SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O "tratamento" dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 345-381.

SERRA, José. Manifestação por ocasião do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Anais do Simpósio Regulamentação dos Planos de Saúde**. Mesa de Abertura. Brasília – DF: Auditório Petrônio Portella – Senado Federal, 28 e 29 de agosto de 2001. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2003.

Shopping é investigado por discriminação. **O Estado do Paraná**, Curitiba, GPP, 06 jun. 2008, Caderno Economia.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (Biblioteca de Teses).

SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 82, ano XX, p. 41-52, abr./jun. 1987.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Contratos, Declaração Unilateral de Vontade. Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. (Atual. Maria Celina Bodin de Moraes). v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. **Revista Direito GV**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas - FGV, ano 1, v. 1, p. 173-180, maio 2005.

SILVEIRA, Paulo Flávio. Sobre a deontologia do intervencionismo estatal no setor saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, v. 22, n. 3, p. 221-232, 1988.

SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no Direito do Trabalho. (Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo). In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra (Portugal): Almedina, 2007. p. 325-356.

SOUZA, Rosimary Gonçalves de; BODSTEIN, Regina Cele de Andrade. Inovações na intermediação entre os setores público e privado na assistência à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 7, n. 3, p. 481-492, 2002.

SOUZA, Waldir da Silva; MOREIRA, Martha Cristina Nunes. A temática da humanização na saúde: alguns apontamentos para debate. **Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu (São Paulo), Fundação Uni/Unesp, v. 12, n. 25, p. 327-338, jun. 2008.

SROUGI, Miguel. Alguma coisa está errada por aqui. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 24 fev. 2003, Caderno Cotidiano, p. C9.

SROUGI, Miguel. Como fazer um bom médico. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 25 mar. 2003, Caderno Opinião, Coluna Tendências/Debates, p. A3

STAUT Jr., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. (Teoria & Direito Público).

STJ. Turmas de julgamento. Disponível online em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=432](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=432)>. Acesso em 13/04/2008.

SUNSTEIN, Cass. R. As funções das Normas Reguladoras. (Trad: Vera Scarpinella) **Revista de Direito Público e Economia**, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, p. 33-65, jan./mar. 2003.

TAMBUSSI, Carlos E. Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos In: GORDILLO, Agustín. **Derechos Humanos**. 5. ed. Buenos Aires (Argentina): Fundación de Derecho Administrativo, 2005. Cap. IX.

TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médicos hospitalares. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma – Instituto de Direito Civil, n. 31, p. 225-257, jul./set. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 137, ano 35, p. 137-144, jan./mar. 1998.

TELLES, Norma Abreu. **Cartografia Brasilis ou: esta história está mal contada**. São Paulo: Edições Loyola, 1984. (Coleção Espaço, Série n. 158).

TEMPORÃO, José Gomes. O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública - Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 5, p. 1323-1339, set./out. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, n. 361, ano 54, p. 11-26, mar. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 23-54.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica brasileira na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, Arruda *et al.* **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. Escritos em homenagem ao ministro** José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003. p. 291-314.

TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 199-215.

TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas para o novo direito de família. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 267-291.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55-71.

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

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil e a legalidade constitucional. **Revista Del Rey Jurídica**, Belo Horizonte, n. 13, ano 6, p. 22-23, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Os 15 anos da Constituição e Direito Civil. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. RTDC, v. 14, ano 4, Rio de Janeiro, Padma, abr./jun. 2003. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 379-382.

TEPEDINO, Gustavo. Perspectivas do Direito Civil Contemporâneo. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 27, jan./mar. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas da Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1-22.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A multipropriedade. Aspectos jurídicos. **Revista de Direito Civil**, n. 40, ano 11, p. 95-117, abr./jun. 1987.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, RT, v. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993.

TORRES, Jesús García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid (Espanha): Civitas, 1986.

TUTIKIAN, Cristiano. O paradigma da deificação da lei e a tarefa hermenêutica de concretização da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, v. 45, p. 187-204, 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las Teorias y la Practica**. Palestra proferida por ocasião do I Congresso Internacional de Direito civil. Rio de Janeiro, 22/09/2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

UGA, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa - Uma Análise da Equidade do Financiamento do Sistema de Saúde Brasileiro**. Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ): Rio de Janeiro, mar. 2005.

UERJ. ALMEIDA, Nival Nunes de (Reitor). **Deliberação n.º 052/2007**. Rio de Janeiro: UERJ, 20/12/2007.

UERJ. PIRES, Adilson Rodrigues. Faculdade de Direito. Coordenação de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. **Edital do Programa de Pós-Graduação em Direito - Turma 2009**. Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2008.

UERJ. PIRES, Adilson Rodrigues. Faculdade de Direito. Coordenação de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. **Edital do Programa de Pós-Graduação em Direito - Turma 2009**. Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2008.

UFBA. AGUIAR DA SILVA, Mônica. Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. **Edital de Inscrição do Mestrado**. Salvador, 21 jul. 2008.

ULHOA COELHO, Fábio. Reforma do Estado e Direito Concorrencial, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 190-199.

Unimed Curitiba lança Plano Flex para manter o ritmo de crescimento. **Boletim Informativo do Cooperado da Unimed Curitiba**. Cooperado por dentro do assunto, Curitiba, Unimed Curitiba, n. 21, set. 2008, p. 1.

URRUTIA, Jorge Vallejos. Salud, mercado y poder: la aventura psicotrópica del HOMO NOVO. **Nuevamerica**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 46-47, 2006.

VADILLO, Enrique Ruiz. **Derecho y Salud**, Barcelona (Espanha), v. 1, n. 1, p. 1-2, jul./dez. 1993.

VARELA, Drauzio. Médicos versus planos de saúde. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 18 set. 2004, Caderno Ilustrada, p. E6.

VIANA, João Fernando Moura. **A Especificidade do Seguro Saúde frente ao modelo tradicional de seguro após a nova concepção trazida pelo marco regulatório.** (Biblioteca da ANS). Disponível online em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT\\_RM\\_05\\_JFernandoViana\\_EspecificidadeSeguroSaude.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05_JFernandoViana_EspecificidadeSeguroSaude.pdf)>. Acesso em 16/08/2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “Cláusulas Gerais do Código Civil de 2002” – A função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 831, ano 94, p. 59-79, jan. 2005.

WESTIN, Ricardo. Procon diz que lista com nome de aluno devedor é ilegal. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Folha da Manhã, 31 out. 2008, Caderno Cotidiano.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** (Trad. A. M. Botelho Hespanha). 3. ed. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZAGREBELSKY. **El Derecho Dúctil.** Ley, Derecho, Justicia. (Trad. Marina Gascón). 8. ed. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2008.

ZANELATO, Marco Antonio. Cláusulas Abusivas em Contratos de Planos Privados e Seguros Privados de Assistência à Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 30, p. 11-17, abr./jun. 1999.

## JURISPRUDÊNCIA

### I. **Jurisprudência nacional**<sup>963</sup>

#### **STF - Superior Tribunal Federal**

BRASIL. STF. AI-AgR n.º 145.589. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 02/09/1993. DJ: 24/06/1994.

BRASIL. STF. RE n.º 160.222/RJ. 1ª. Turma. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 11/04/1995. DJ: 01/09/1995.

BRASIL. STF. RE n.º 158.215/RS. 2ª. Turma. Rel.: Min. Marco AURÉLIO. Julgamento: 30/04/1996. DJ: 07/06/1996.

BRASIL. STF. RE n.º 161.243/DF. 2ª. Turma. Rel.: Min. Carlos VELLOSO. Julgamento: 29/10/1996. DJ: 09/12/1997.

BRASIL. STF. RE-AgR 271.286-8. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. DJ: 24/11/2000.

BRASIL. STF. RE n.º 264.289. Tribunal Pleno. Rel.: Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 03/10/2001. DJ: 14/12/2001.

BRASIL. STF. RE n.º 261.268. 1ª Turma. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 28/08/2001. DJ: 05/10/2001.

BRASIL. STF. ADI-MC n.º 1931/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício CORRÊA. Julgamento: 21/08/2003. DJ: 28/05/2004.

BRASIL. STF. HC n.º 82.424/RS. Tribunal Pleno. Rel. para o acórdão: Maurício CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003. DJ: 19/03/2004.

BRASIL. STF. ADI n.º 3.324. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16/12/2004. DJ: 05/08/2005.

---

<sup>963</sup> Apresenta-se a jurisprudência citada no corpo da dissertação. De maneira a facilitar a consulta, optou-se por apresentar em separado, jurisprudência nacional estrangeira e destacar o nome do tribunal, a começar pelos tribunais superiores e finalizando pelas decisões de primeiro grau. Preferencialmente, os julgados foram apresentados em ordem cronológica crescente, conforme a primeira data identificada, haja vista não haver regra específica.

BRASIL. STF. ADI n.º 2.797/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda PERTENCE. Julgamento: 15/09/2005. DJ: 19/12/2006.

BRASIL. STF. RE n.º 201.819/RJ. 2ª. Turma. Rel. do acórdão: Min. Gilmar Ferreira MENDES. Julgamento: 11/10/2005. DJ: 27/10/2006.

BRASIL. STF. RE-AgR n.º 393.175/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/12/2006. DJ: 02/02/2007.

BRASIL. STF. ADI n.º 3.768/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min.ª Cármem LÚCIA. Julgamento: 19/09/2007. DJ: 25/10/2007.

BRASIL. STF. HC n.º 87.585-8/TO. Tribunal Pleno. Voto-vista do Min. Celso de MELLO. Datado de: 12/03/2008.

BRASIL. STF. RE-AgR-ED n.º 488.026/RJ. 2ª. Turma. Rel.: Min. Eros GRAU. Julgamento: 24/06/2008. DJe: 15/08/2008.

BRASIL. STF. HC n.º 95.967/MS. 2ª. Turma. Rel.: Min.ª Ellen GRACIE. Julgamento: 11/11/2008. DJe: 28/11/2008.

### **STJ - Superior Tribunal de Justiça**

BRASIL. STJ. Mandado de Segurança n.º 3.318-2. 1ª. Seção. Rel.: Min. Antônio de Pádua RIBEIRO. Julgamento: 31/05/1994. DJ: 15/08/1994.

BRASIL. STJ. RESP n.º 108.577/PI. 3ª. Turma. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO. Julgamento: 04/03/1997. DJ: 26/05/1997.

BRASIL. STJ. EDcl no RESP n.º 106993/MS. 2ª. Turma. Rel.: Min. Ari PARGENDLER. Julgamento: 28/04/1998. DJ: 18/05/1998.

BRASIL. STJ. RESP n.º 138.583/SC. 3ª. Turma. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO. Julgamento: 06/08/1998. DJ: 13/10/1998.

BRASIL. STJ. RESP n.º 177.965. 4ª. Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado de AGUIAR. Julgamento: 18/05/1999. DJ: 23/08/1999.

BRASIL. STJ. RESP n.º 242.550/SP. Rel. para acórdão: Min. Aldir PASSARINHO Júnior. Julgamento: 02/03/2000. DJ: 18/02/2002.

BRASIL. STJ. RESP n.º 207762/SP. 3ª Turma. Rel.: Min. Waldemar ZVEITER. Julgamento: 27/03/2000. DJ: 05/06/2000.

BRASIL. STJ. HC n.º 12547/DF. 4ª Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado AGUIAR Jr. Julgamento: 01/06/2000. DJ: 12/02/2001.

BRASIL. STJ. RESP n.º 251.024. Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. 2ª Sessão. Julgamento: 27/09/2000. DJ: 04/02/2002.

BRASIL. STJ. RESP n.º 254467/SP. 4ª. Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr. Julgamento: 19/10/2000. DJ: 05/03/2001.

BRASIL. STJ. RESP n.º 198370/MG. 3ª. Turma. Rel.: Min. Waldemar ZVEITER. Julgamento: 16/11/2000. DJ: 05/02/2001.

BRASIL. STJ. RESP n.º 284445/SP. 4ª Turma. Rel.: Min. Aldir PASSARINHO Junior. Julgamento: 07/12/2000. DJ: 19/02/2001.

BRASIL. STJ. RESP n.º 208.068/SC. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 08/10/2001. DJ: 08/04/2002.

BRASIL. STJ. RESP n.º 286.732/RJ. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 09/10/2001. DJ: 09/10/2001.

BRASIL. STJ. RESP n.º 267530 /SP. 4ª. Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado de AGUIAR Jr. Julgamento: 14/12/2000. DJ: 12/03/2001.

BRASIL STJ. RESP n.º 492.777/RS. 4ª Turma. Rel.: Min. Ruy Rosado AGUIAR. Julgamento: 05/06/2003. DJ: 01/09/2003.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 452466/SP. 3ª. Turma. Rel.: Min. Ari PARGENDLER. Julgamento: 27/05/2003. DJ: 04/08/2003.

BRASIL. STJ. 2ª. Seção. Súmula n.º 302. Julgamento: 18/10/2004. DJ: 11/04/2004.

BRASIL. STJ. RESP n.º 519310/SP. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 20/04/2004. DJ: 24/05/2004.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no RESP n.º 620.615/DF. 1ª. Turma. Rel. para acórdão: Min. Teori Albino ZAVASCKI. Julgamento: 01/06/2004. DJ: 02/08/2004.

BRASIL. STJ. 2ª. Seção. Súmula 302. Julgamento: 18/10/2004. DJ: 11/04/2004.

BRASIL. STJ. RESP n.º 244.847. Rel.: Min. Antônio de Pádua RIBEIRO. Julgamento 19/05/2005 DJ: 20/06/2005.

BRASIL. STJ. RESP n.º 728563/RS. Rel.: Min. Aldir PASSARINHO Junior. 2ª. Seção. Julgamento: 08/06/2005. DJ: 22/08/2005.

BRASIL. STJ. RESP n.º 621.399/RS. 1ª. Turma. Rel. para o acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 19/04/2005. DJ: 20/02/2006.

BRASIL. STJ. RESP n.º 735.378/RS. 1ª. Turma. Rel. para o acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 17/11/2005. DJ: 08/06/2006.

BRASIL. STJ. RESP n.º 746.781/RS. 1ª. Turma. Rel. para acórdão: Min. Luiz FUX. Julgamento: 18/04/2006. DJ: 22/05/2006.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no RESP n.º 888.325. 1ª. Turma. Rel.: Luiz FUX. Julgamento: 15/03/2007. DJ: 29/03/2007.

BRASIL. STJ. RESP n.º 668.216. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO. Julgamento: 15/03/2007. DJ: 02/04/2007.

BRASIL. STJ. Agravo Regimental no RESP n.º 836.883/RS. 1ª. Turma. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 21/06/2007. DJ: 03/09/2007.

BRASIL. STJ. RESP n.º 820.379. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. 3ª Turma. Julgamento: 28/06/2007. DJ: 06/08/2007.

BRASIL. STJ. RESP n.º 834.678/PR. 1ª. Turma. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 26/06/2007. DJ: 23/08/2007.

BRASIL. STJ. RESP n.º 889.406. Rel.: Min. Massami UYEDA. Julgamento: 20/11/2007. DJe: 17/03/2008.

BRASIL. STJ. Informativo n.º 0339 - Período: 12 a 23 de novembro de 2007.

BRASIL. STJ. RESP n.º 466.667/SP. Rel.: Min. Aldir Passarinho JUNIOR. 4ª. Turma. Julgamento: 27/11/2007. DJ: 17/12/2007.

BRASIL. STJ. RESP n.º 469911/SP. 4ª. Turma. Rel.: Min. Aldir PASSARINHO Jr. Julgamento: 12/02/2008. DJ: 10/03/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 735.168. DJ: 26/03/2008. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 11/03/2008. DJ: 26/03/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 1.011.331. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 17/04/2008. DJe: 30/04/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 986.947. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 11/03/2008. DJe 26/03/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 809329/RJ. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. 3ª. Turma. Julgamento: 25/03/2008. DJ: 11/04/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 768.118/SC. Rel.: Min. Luiz FUX. Julgamento: 11/03/2008. DJe: 30/04/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 952.144/SP. 3ª. Turma. Rel.: Min. Humberto Gomes de BARROS. Julgamento: 17/03/2008. DJe: 13/05/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 931556/RS. 3ª. Turma. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 17/06/2008. DJ: 05/08/2008.

BRASIL. STJ. RESP n.º 989.380/RN. Rel.: Min.ª Nancy ANDRIGHI. Julgamento: 06/11/2008. DJ: 20/11/2008.

#### **TJAC - Tribunal de Justiça do Estado do Acre**

ACRE. TJAC. Agravo de instrumento n.º 2002.001942-4. Acórdão n.º 3.793. Rel.: Eva EVANGELISTA. Julgamento: 18/03/2003.

ACRE. TJAC. Apelação Cível n.º 2005.002085-6. Acórdão n.º 2.255. Rel.: Miracele LOPES. Julgamento: 11/04/2006.

### **TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**

BAHIA. TJBA. Recurso n.º 37057-6/2001-1. 4ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais. Rel.: Ilza Maria da ANUNCIAÇÃO. Julgamento: 11/09/2003.

BAHIA. TJBA. Recurso n.º 40109-9/2002. 4ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais. Rel.: Ilza Maria da ANUNCIAÇÃO. Julgamento: 25/11/2004.

BAHIA. TJBA. Recurso Inominado n.º 27672-3/2006. Acórdão n.º 426/2008. Rel.: Maria Lucia Coelho MATOS. Julgamento: 05/11/2007.

### **TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal**

DISTRITO FEDERAL. TJDF. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. ACJ – Apelação Cível no Juizado Especial n. 2007.01.1.029170-2. Rel.: Fábio Eduardo MARQUES. Julgamento: 15/04/2008. DJ: 23/05/2008.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelação cível no Juizado Especial n.º 2007.01.1.072654-5. Rel.: Donizeti APARECIDO DA SILVA. Julgamento: 15/04/2008.

DISTRITO FEDERAL. TJDF. 3ª Turma Cível. Apelação cível n.º 20060110089245-5. Rel.: Nídia Corrêa LIMA. Julgamento: 05/03/2008. DJ: 17/03/2008

DISTRITO FEDERAL. TJDF. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelação cível no Juizado Especial n.º 2007.01.1.014774-8. Rel.: Esdras NEVES. Julgamento: 23/09/2008.

### **TJGO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**

GOIÁS. TJGO. Apelação Cível n.º 119845-5/188. 3ª. Câmara Cível. Rel.: João Waldeck Felix de SOUSA. Julgamento: 18/03/2008. DJ: 16/04/2008.

GOIÁS. TJGO. Apelação Cível n.º 123152-0/188. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Gilberto MARQUES Filho. Julgamento: 12/06/2008. DJ: 11/07/2008.

### **TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.305154-9/000(1) (ou n.º 305.154-9). Rel.: Jurema MIRANDA. Julgamento: 03/05/2000. DJ: 13/05/2000.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.302377-0/000(1) (ou n.º 302.377-0). Rel.: Duarte de PAULA. Julgamento: 24/05/2000. DJ: 03/06/2000.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.305154-9/000(1) (ou n.º 305.154-9). Rel.: Jurema MIRANDA. Julgamento: 03/05/2000. DJ: 13/05/2000.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.320937-4/000(1). Rel.: José Domingues Ferreira ESTEVES. Julgamento: 29/08/2001. DJ: 12/09/2001.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 2.0000.00.393842-3/000(1). Rel.: Edilson FERNANDES. Julgamento: 04/06/2003. DJ: 14/06/2003.

MINAS GERAIS. TJMG. 4ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2.0000.00.467029-9/000(1) - (467.029-9). Rel.: Nilo LACERDA. Julgamento: 24/11/2004. DJ: 14/12/2004.

MINAS GERAIS. TJMG. 12ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2.0000.00.506936-9/000(1). Rel.: Alvimar de ÁVILA. Julgamento: 21/09/2005. DJ: 22/10/2005.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0024.03.985921-0/001(1). Rel.: Antônio de PÁDUA. Julgamento: 22/08/2006. DJ: 30/09/2006.

MINAS GERAIS. TJMG. 12ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 1.0024.04.395760-4/001. Rel.: José Flávio de ALMEIDA. Julgamento: 06/09/2006. DJ: 30/09/2006.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0693.05.041128-1/001(1). Rel.: Antônio de PÁDUA. Julgamento: 10/08/2007. DJ: 01/09/2007.

MINAS GERAIS. TJMG. Agravo de instrumento n.º 1.0518.07.132773-9/001(1). Rel.: Otávio PORTES. Julgamento: 26/03/2008. DJ: 11/04/2008.

MINAS GERAIS. TJMG. 14ª. Câmara Cível. Apelação Cível n.º 1.0145.05.276526-3/001(1). Rel.: Elias CAMILO. Julgamento: 23/04/2008. DJ: 30/05/2008.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível n.º 1.0024.07.689276-9/001(1). Rel.: Eulina do Carmo ALMEIDA. Julgamento: 08/05/2008. DJ: 21/06/2008.

MINAS GERAIS. TJMG. Agravo de instrumento n.º 1.0525.08.130409-5/001(1). Rel.: Nicolau MASSELLI. Julgamento: 11/06/2008. DJ: 27/06/2008.

### **TJMS - Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul**

MATO GROSSO DO SUL. TJMS. Apelação Cível n.º 2005.018186-2/0000-00. 2ª. Turma Cível. Rel.: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Julgamento: 07/03/2006.

MATO GROSSO DO SUL. TJMS. Recurso em sentido estrito n.º 2007.023422-4/0000-00. Julgamento: 26/09/2007.

**TJPR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**

PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0191773-1. Rel.: Lauro Augusto Fabrício de MELO. DJ: 01/08/2003.

PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0331497-2. Decisão Monocrática. Rel.: Miguel KFOURI Neto. 8ª Câmara Cível. Julgamento: 18/02/2006. DJ: 06/03/2006.

PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0325387-4. Rel.: Juíza Convocada Lenice BODSTEIN. Julgamento: 29/05/2006. DJ: 30/06/2006.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 0349050-4. 8ª. Câmara cível. Rel.: Des. Jorge de Oliveira VARGAS. Julgamento: 28/09/2006.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 265.275-9. Acórdão: 5166. 18ª Câmara Cível. Rel.: Des. José Augusto Gomes ANICETO. Julgamento: 24/01/2007.

PARANÁ. TJPR. Apelação cível n.º 402.237-3. 8ª Câmara Cível. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 23/04/2007.

PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 392.979-1. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 14/05/2007.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 363059-9. 10ª Câmara Cível. Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho RUTHES. Julgamento: 24/05/2007.

PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 418971-7. 10ª Câmara Cível. Rel.: Juiz substituto Vitor Roberto SILVA. Julgamento: 31/05/2007.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 0426550-3. 8ª Câmara Cível. Rel.: José Sebastião Fagundes CUNHA. Julgamento: 25/09/2007.

PARANÁ. TJPR. Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 440901-2. 9ª Câmara Cível. Rel.: José Augusto Gomes ANICETO. Julgamento: 25/11/2007.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 438757-3. Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho RUTHES. Julgamento: 30/01/2008.

PARANÁ. TJPR. Reexame Necessário em Mandado de Segurança n.º 468297-1. 11ª Câmara Cível. Rel.: Adalberto Jorge Xisto PEREIRA. Julgamento: 26/06/2008.

PARANÁ. TJPR. Agravo de Instrumento n.º 0500103-6. 9ª Câmara Cível. Rel.: José Augusto Gomes ANICETO. Julgamento: 01/07/2008.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível n.º 506135-2. 9ª Câmara Cível. Rel.: Eugenio Achille GRANDINETTI. Julgamento: 21/08/2008. DJ: 12/09/2008.

**TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2004.001.01308. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Roberto de Abreu e SILVA. Julgamento: 13/04/2004.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Uniformização de Jurisprudência n.º 2004.018.00003 na Apelação Cível n.º 2004.001.01324. Rel.: Des. Luiz ZVEITER. Julgamento: 22/11/2004. Registro: 01/03/2005.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2006.001.20658. 16ª. Câmara Cível. Rel.: Siro Darlan de OLIVEIRA. Julgamento: 11/07/2006.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2006.001.08847. Rel.: Joaquim Alves de BRITO. Julgamento: 29/06/2006.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2007.001.01057. 5ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Cristina Tereza GAULIA. Julgamento: 23/01/2007.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 20691/07. 12ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Siro Darlan de OLIVEIRA. Julgamento: 17/06/2007.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2006.001.51360 (ou n.º 51360/06). 3ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Luiz Fernando Ribeiro de CARVALHO. Julgamento: 24/07/2007.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo Inominado n.º 2007.001.34811. 1ª Câmara Cível. Des.: Vera Maria Soares Van HOMBEECK. Julgamento: 28/08/2007

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2007.001.23375. 15ª. Câmara Cível. Rel.: Helda Lima Meireles. Julgamento: 14/12/2007.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Gilberto REGO. Apelação cível n.º 2007.001.63023. Julgamento: 28/05/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.18495 (ou n.º 18.495/2008). 13ª Câmara Cível. Rel.: Sérgio CAVALIERI Filho. Julgamento: 18/06/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.29585. Rel.: Mauricio Caldas Lopes. Julgamento: 18/06/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.29567. Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 18/06/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 2008.002.23602. 13ª. Câmara Cível. Rel.: Sergio CAVALIERI Filho. Julgamento: 11/08/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.00257. 9ª. Câmara Cível. Rel.: Roberto de Abreu e SILVA. Julgamento: 19/08/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.47220. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Eduardo da Fonseca PASSOS. Julgamento: 10/09/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 2008.002.30243. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Eduardo da Fonseca PASSOS. Julgamento: 16/09/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. 14ª Câmara Cível. Agravo Inominado na Apelação Cível n.º 49791/08. Rel.: José Carlos PAES. 24/09/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.19756. 1ª. Câmara Cível. Rel.: Maria Augusta Vaz M. de FIGUEIREDO. Julgamento: 30/09/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (ou n.º 55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 08/10/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.57161. 1ª Câmara Cível. Rel.: Vera Maria Soares Van HOMBEECK. Julgamento: 16/10/2008. DJ: 14/10/2008

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 2008.001.55428 (55428/08). Rel.: Des. Mauricio Caldas LOPES. Julgamento: 22/10/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.57025. 14ª. Câmara Cível. Rel.: José Carlos PAES. Julgamento: 10/10/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 2008.001.19756. 1ª. Câmara Cível. Rel.: Maria Augusta Vaz M. de FIGUEIREDO. Julgamento: 04/11/2008.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.39415. 10ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Celso Luiz de Matos PERES. Julgamento: 05/11/2008.

### **TJRN - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte**

RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2003.003684-9. 2ª Câmara Cível. Rel.: Aderson SILVINO. Julgamento: 11/10/2005.

RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2005.004469-8. 3ª Câmara Cível. Rel.: João REBOUÇAS. Julgamento: 02/03/2006.

RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2006.001428-9. 2ª Câmara Cível. Rel.: Cláudio SANTOS. Julgamento: 12/06/2006.

RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível n.º 2006.005539-5. 2ª Câmara Cível. Rel.: Cláudio SANTOS. Julgamento: 19/12/2006.

### **TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70005216064. Rel.: Des. Antonio Guilherme Tanger JARDIM. Julgamento: 18/12/2002.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70006948509. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. Julgamento: 18/02/2004.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70007203961. 6ª. Câmara Cível. Rel.: Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. 17/03/2004.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70009778960. Rel.: André Luiz Planella VILLARINHO. Julgamento: 21/09/2004.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 2ª Turma Recursal Cível. Rel.: Des. Luiz Antônio Alves CAPRA. Apelação cível / Recurso cível n.º 71000533737. Julgamento: 17/11/2004.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 6ª Turma Cível. Rel.: Des. José Conrado de SOUZA Júnior. Apelação cível n.º 70005002225. Julgamento: 17/11/2004.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. TJRS. Apelação Cível n.º 70013801592. Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 05/04/2006.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70015857634. 13ª Câmara Cível. Rel.: Carlos Alberto ETCHEVERRY. Julgamento: 28/06/2007.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 22ª. Câmara Cível. Rel.: Rejane Maria Dias de Castro BINS. Apelação Cível / Reexame Necessário em MS n.º 70021576111. Julgamento: 28/09/2007.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Agravo n.º 70023634488. Rel.: Liselena Schifino Robles RIBEIRO. Julgamento: 09/04/2008. DJ. 29/04/2008.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 2008.001.19483. Rel.: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento: 08/07/2008.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 5ª Turma Cível. Rel.: Des. Paulo Sérgio SCARPARO. Apelação cível n.º 70023902919. Julgamento: 22/08/2008. DJ: 29/08/2008.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Cível n.º 70016334088. Rel.: Marilene Bonzanini BERNARDI. Julgamento: 09/10/2008.

### **TJSE - Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**

SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 3548/2007. (Acórdão) 4858/2008. Rel.: Cezário SIQUEIRA Neto. Julgamento: 15/06/2008.

SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 2008200490. Rel.: Des. Clara Leite de REZENDE. Julgamento: 17/06/2008.

SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 3053/2006. Acórdão 426/2008. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Cezário SIQUEIRA Neto. Julgamento: 25/09/2008. Data de registro: 01/10/2008

SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 4857/2008. Acórdão n.º 7752/2008. Rel.: Des. Clara Leite de REZENDE. Julgamento: 14/10/2008.

SERGIPE. TJSE. Apelação Cível n.º 3248/2008. Acórdão n.º 6765/2008. Rel.: Cezário SIQUEIRA Neto. Julgamento: 14/10/2008.

### **TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

SÃO PAULO. TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Evaldo Veríssimo MONTEIRO. Apelação cível n.º 1110294100. Registro: 01/02/2001.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1701194400. Rel.: Des. Luiz AMBRA. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 06/10/2004. Registro: 10/11/2004.

SÃO PAULO. TJSP. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Caetano LAGRASTA. Apelação cível n.º 2016094000. Registro: 17/08/2005.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 3532714000. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Luiz AMBRA. Julgamento: 28/07/2005. Registro: 04/10/2005.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 223.547.4/7. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Silvio MARQUES Neto. Julgamento: 14/12/2005. Registro: 18/01/2006.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1707634200. Rel.: Des. Carlos Roberto de SOUZA. 7ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 10/05/2006. Registro: 18/05/2006.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1087383-0/6. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Willian CAMPOS. Julgamento: 03/07/2007.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 396.952-4/3 (ou n.º 3969524300). 4ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Enio Santarelli ZULIANI. Julgamento: 30/08/2007.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 1.275.702-5. Voto n.º 13933. Rel.: Álvaro Torres Júnior. Julgamento: 18/11/2007.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 480.713.4/0-00. 18ª Câmara Cível. Julgamento: 14/08/2008.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação cível n.º 586.507-4/3-00. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Luiz AMBRA. Julgamento: 03/09/2008. Data do registro: 15/09/2008.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 449.878.4/5. Voto 8.719. 2ª Câmara de Direito Privado. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Isabela Gama MAGALHÃES. Julgamento: 25/09/2008. Data de registro: 01/10/2008

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 304.772-4/3-00. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Morato de ANDRADE. Julgamento: 21/10/2008. Data de registro: 30/10/2008.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 255.465 4/1-00. Voto n.º 15770. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Joaquim GARCIA. Julgamento: 22/10/2008. Registro: 03/11/2008.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação com Revisão n.º 6010334700. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Beretta da SILVEIRA. Julgamento: 11/11/2008. Registro: 18/11/2008.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 6070374900. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Beretta da SILVEIRA. Julgamento: 18/11/2008. Registro: 01/12/2008.

SÃO PAULO. TJSP. Apelação Cível n.º 413.2704/2-00. Voto n.º 15790. 5ª. Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. A. C. Mathias COLTRO. Julgamento: 05/11/2008. Registro: 24/11/2008.

#### **TRF 2ª. – Tribunal Regional Federal da 2ª. Região**

2ª. REGIÃO. TRF2ª. Apelação Cível de n.º 200151010089540. 2ª Turma. Rel.: Sergio Feltrin CORREA. Julgamento: 15/09/2004.

2ª. REGIÃO. TRF2ª. Reexame necessário em Mandado de Segurança n.º 2005.51.02.006467-2. 8ª. Turma Especializada. Rel.: Poul Erik DYRLUND. Julgamento: 10/04/2007.

#### **TRF 4ª. – Tribunal Regional Federal da 4ª. Região**

4ª. REGIÃO. TRF4ª. Apelação Cível n.º 2003.71.10.008446-6/RS. Rel. para o acórdão: Silvia GORAIEB. DJ: 19/10/2005.

4ª REGIÃO. TRF4ª. 1ª. Turma Recursal da JFRS. Recurso de Medida Cautelar n.º 2006.71.95.021477-8. Rel.: Juiz Federal Daniel Machado da ROCHA. Julgamento: 28/03/2007.

#### **Decisões de primeiro grau**

SÃO PAULO. TJSP. Ação Civil Pública de n.º 583.00.2007.250550-0. 12ª Vara Cível de São Paulo. Sentença prolatada pela Juíza Laura de Mattos ALMEIDA. Julgamento: 01/08/2008.

## **II. Jurisprudência estrangeira**

### **Argentina**

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 186. XXXIV. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. Buenos Aires, 01/06/2000.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. H. 90. XXXIV. Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). Buenos Aires, 13/03/2001.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. C.595. XLI. Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas. Buenos Aires, 28/08/2007.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Amparo n. 1 289; L. XLIII. Buenos Aires, 16/04/2008.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Reclamo n. 289. XLIII. Nuñez de Zanetti Monica Viviana - FamyI S.A. Salud. Buenos Aires, 09/09/2008.

### **Colômbia**

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-822/99.

## ANEXOS

LEI Nº 9.656, de 3 de junho de 1998 – Redação original

LEI Nº 9.656, de 3 de junho de 1998

Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão.

§ 3º A assistência a que alude o caput deste artigo compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, à manutenção e à reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

§ 4º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos e seguros privados de assistência à saúde.

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de

assistência à saúde.

Art. 2º Para o cumprimento das obrigações constantes do contrato, as pessoas jurídicas de que trata esta Lei poderão:

I - nos planos privados de assistência à saúde, manter serviços próprios, contratar ou credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano;

II - nos seguros privados de assistência à saúde, reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores, livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice.

Parágrafo único. Nos seguros privados de assistência à saúde, e sem que isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados, as sociedades seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde.

Art. 3º Sem prejuízo das atribuições previstas na legislação vigente e observadas, no que couber, as disposições expressas nas Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.080, de 19 de setembro de 1990, compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ouvido, obrigatoriamente, o órgão instituído nos termos do art. 6º desta Lei, ressalvado o disposto no inciso VIII, regulamentar os planos privados de assistência à saúde, e em particular dispor sobre:

I - a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

II - as condições técnicas aplicáveis às operadoras de planos privados de assistência à saúde, de acordo com as suas peculiaridades;

III - as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

IV - as normas de contabilidade, atuariais e estatísticas, a serem observadas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

V - o capital e o patrimônio líquido das operadoras de planos privados de assistência à saúde, assim como a forma de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima de capital;

VI - os limites técnicos das operações relacionadas com planos privados de assistência à saúde;

VII - os critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio

econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores, a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

VIII - a direção fiscal, a liquidação extrajudicial e os procedimentos de recuperação financeira.

Parágrafo único. A regulamentação prevista neste artigo obedecerá às características específicas da operadora, mormente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

Art. 4º O art. 33 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, alterado pela Lei nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 33. O Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP será integrado pelos seguintes membros:

I - Ministro de Estado da Fazenda, ou seu representante legal;

II - Ministro de Estado da Saúde, ou seu representante legal;

III - Ministro de Estado da Justiça, ou seu representante legal;

IV - Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ou seu representante legal;

V - Presidente do Banco Central do Brasil, ou seu representante legal;

VI - Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, ou seu representante legal;

VII - Presidente do Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, ou seu representante legal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro de Estado da Fazenda e, na sua ausência, pelo Superintendente da SUSEP..

§ 2º O CNSP terá seu funcionamento regulado em regimento interno."

Art. 5º Compete à Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, de acordo com as diretrizes e resoluções do CNSP, sem prejuízo das atribuições previstas na legislação em vigor:

I - autorizar os pedidos de constituição, funcionamento, cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

II - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao funcionamento dos planos privados de saúde;

III - aplicar as penalidades cabíveis às operadoras de planos privados de assistência à saúde previstas nesta Lei;

IV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde, segundo normas definidas pelo CNSP;

V - proceder à liquidação das operadoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;

VI - promover a alienação da carteira de planos ou seguros das operadoras.

§ 1º A SUSEP contará, em sua estrutura organizacional, com setor específico para o tratamento das questões concernentes às operadoras referidas no art. 1º.

§ 2º A SUSEP ouvirá o Ministério da Saúde para a apreciação de questões concernentes às coberturas, aos aspectos sanitários e epidemiológicos relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares.

Art. 6º É criada a Câmara de Saúde Suplementar como órgão do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, com competência privativa para se pronunciar acerca das matérias de sua audiência obrigatória, previstas no art. 3º, bem como propor a expedição de normas sobre:

I - regulamentação das atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde;

II - fixação de condições mínimas dos contratos relativos a planos e seguros privados de assistência à saúde;

III - critérios normativos em relação aos procedimentos de credenciamento e destituição de prestadores de serviço do sistema, visando assegurar o equilíbrio das relações entre os consumidores e os operadores de planos e seguros privados de assistência à saúde;

IV - estabelecimento de mecanismos de garantia, visando preservar a prestação de serviços aos consumidores;

V - o regimento interno da própria Câmara.

Art. 7º A Câmara de Saúde Suplementar é composta dos seguintes membros:

I - Ministro de Estado da Saúde, ou seu representante legal, na qualidade de presidente;

II - Ministro de Estado da Fazenda, ou seu representante legal;

III - Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ou seu representante legal;

- IV - Ministro de Estado do Trabalho, ou seu representante legal;
- V - Secretário Executivo do Ministério da Saúde, ou seu representante legal;
- VI - Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, ou seu representante legal;
- VII - Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ou seu representante legal;
- VIII - um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde - CNS, dentre seus membros;
- IX - um representante de entidades de defesa do consumidor;
- X - um representante de entidades de consumidores de planos e seguros privados de assistência à saúde;
- XI - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem os estabelecimentos de seguro;
- XII - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem o segmento de autogestão de assistência à saúde;
- XIII - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem a medicina de grupo;
- XIV - um representante indicado pelas entidades que representem as cooperativas de serviços médicos;
- XV - um representante das entidades filantrópicas da área de saúde;
- XVI - um representante indicado pelas entidades nacionais de representação da categoria dos médicos;
- XVII - um representante indicado pelas entidades nacionais de representação da categoria dos odontólogos;
- XVIII - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem as empresas de odontologia de grupo;
- XIX - um representante do Ministério Público Federal.

§ 1º As deliberações da Câmara dar-se-ão por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros, e as proposições aprovadas por dois terços de seus integrantes exigirão igual quorum para serem reformadas, no todo ou em parte, pelo CNS..

§ 2º Em suas faltas e impedimentos, o presidente da Câmara será substituído pelo Secretário Executivo do Ministério da Saúde.

§ 3º A Câmara, mediante deliberação de seus membros, pode constituir

subcomissões consultivas, formadas por representantes dos profissionais e dos estabelecimentos de serviços de saúde, das entidades vinculadas à assistência à saúde ou dos consumidores, conforme dispuser seu regimento interno.

§ 4º Os representantes de que tratam os incisos VIII a XVII serão indicados pelas respectivas entidades e designados pelo Ministro de Estado da Saúde.

§ 5º As matérias definidas no art. 3º e em seus incisos, bem como as de competência da Câmara, têm prazo de trinta dias para discussão e votação, após o que poderão ser avocadas pelo CNSP para deliberação final.

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento a que alude o inciso I do art. 5º, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer as seguintes exigências:

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

Parágrafo único. São dispensadas do cumprimento das condições estabelecidas:

I - nos incisos I a V do caput, as operadoras de seguros privados a que alude o inciso II do § 1º do art. 1º;

II - nos incisos VI e VII do caput, as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência privada à saúde na modalidade de auto gestão, definidas no § 2º do art. 1º.

Art. 9º As operadoras de planos privados de assistência à saúde só podem comercializar ou operar planos que tenham sido previamente protocolados na

SUSEP, de acordo com as normas técnicas e gerais definidas pelo CNS..

§ 1º O protocolamento previsto no caput não exclui a responsabilidade da operadora pelo descumprimento das disposições desta Lei e dos respectivos regulamentos.

§ 2º O número do certificado de registro da operadora, expedido pela SUSEP, deve constar dos instrumentos contratuais referentes aos planos ou seguros privados de assistência à saúde.

Art. 10. É instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doença e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, assim definido pela autoridade competente;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes do inciso VII podem ser a qualquer tempo revistas e

atualizadas pelo CNSP, permanentemente, mediante a devida análise técnico-atuarial.

§ 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão.

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos planos ou seguros de que trata esta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguro privados de assistência à saúde que contenham redução ou extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano referência definido no art. 10, desde que observadas as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico e tratamento e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, a critério do médico assistente;

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, oxigênio, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia,

conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

e) cobertura de taxa de sala de cirurgia, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, em território brasileiro, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato;

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, no plano ou seguro como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento;

IV - quando incluir atendimento odontológico:

a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;

b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;

c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral;

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

VI - reembolso, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário, titular ou dependente, com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização de serviços próprios, contratados ou credenciados pelas operadoras definidas no art. 1º, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo plano, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega à operadora da documentação adequada;

VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

§ 1º Dos contratos de planos e seguros de assistência à saúde com redução da

cobertura prevista no plano ou seguro-referência, mencionado no art. 10, deve constar:

I - declaração em separado do consumidor contratante de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do aludido plano ou seguro e de que este lhe foi oferecido;

II - a cobertura às doenças constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde.

§ 2º É obrigatória cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

§ 3º Nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, é vedado o estabelecimento de carências superiores a três dias úteis.

Art. 13. Os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Aos planos ou seguros individuais ou familiares, aplicam-se as seguintes disposições:

I - o prazo mínimo de vigência contratual de um ano;

II - são vedadas:

a) a recontagem de carências;

b) a suspensão do contrato e a denúncia unilateral, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato;

c) a denúncia unilateral durante a ocorrência de internação do titular.

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde.

Art. 15. É facultada a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros de que trata esta Lei em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os

percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme critérios e parâmetros gerais fixados pelo CNS..

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já participarem do mesmo plano ou seguro, ou sucessor, há mais de dez anos.

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos e seguros tratados nesta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

I - as condições de admissão;

II - o único da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário ou segurado;

VI - os eventos cobertos e excluídos;

VII - as modalidades do plano ou seguro:

a) individual;

b) familiar; ou

c) coletivo;

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;

IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos das contraprestações pecuniárias;

X - a área geográfica de abrangência do plano ou seguro;

XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

§ 1º A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais do plano ou seguro privado de assistência à saúde, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

§ 2º A validade dos documentos a que alude o caput condiciona-se à aposição da rubrica do consumidor ao lado de cada um dos dispositivos indicados nos incisos I a XI deste artigo.

Art. 17. A inclusão como contratados ou credenciados dos planos privados de assistência à saúde, de qualquer hospital, casa de saúde, clínica, laboratório ou

entidade correlata ou assemelhada de assistência à saúde implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.

§ 1º É facultada a substituição do contratado ou credenciado a que se refere o caput, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores com trinta dias de antecedência.

§ 2º Na hipótese de a substituição a que se refere o parágrafo anterior ocorrer durante internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a mantê-lo internado e a operadora obriga-se ao pagamento das despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato.

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos:

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

III - a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Art. 19. As pessoas jurídicas que, na data de vigência desta Lei, já atuavam como operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde terão o prazo de cento e oitenta dias, contado da expedição das normas pelo CNSP, para requererem a sua autorização de funcionamento.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto no caput deste artigo implica o pagamento de multa diária fixada pelo CNSP e aplicada pela SUSEP às operadoras de planos e seguros de que trata esta Lei.

Art. 20. As operadoras de planos ou seguros de que trata esta Lei são obrigadas a fornecer periodicamente ao Ministério da Saúde e à SUSEP informações e

estatísticas, incluídas as de natureza cadastral, que permitam a identificação de seus consumidores, e de seus dependentes, consistentes de seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32.

Parágrafo único. Os servidores da SUSEP, no exercício de suas atividades, têm livre acesso às operadoras de planos privados de assistência à saúde, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas, processos e documentos, caracterizando-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas na lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso anterior, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladora da empresa.

Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo normas definidas pelo CNS..

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial, previsto no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Art. 24. Sempre que ocorrer insuficiência nas garantias a que alude o inciso VII do art. 3º, ou anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves, em qualquer operadora de planos privados de assistência à saúde, a SUSEP poderá nomear, por prazo não superior a cento e oitenta dias, um diretor-fiscal com as atribuições que serão fixadas de acordo com as normas baixadas pelo CNS..

§ 1º O descumprimento das determinações do diretor-fiscal por administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à

saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem efeito suspensivo, para o CNS..

§ 2º Os administradores da operadora que se encontrar em regime de direção fiscal serão suspensos do exercício de suas funções a partir do momento em que for instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão, perdendo imediatamente o cargo na hipótese de condenação judicial transitada em julgado.

§ 3º No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora e proporá à SUSEP as medidas cabíveis conforme previsto nesta Lei.

§ 4º O diretor-fiscal poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial.

§ 5º No caso de não surtirem efeitos as medidas especiais para recuperação econômico-financeira, a SUSEP promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação por leilão da carteira das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde.

Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei sujeitam a operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde;

V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretores de seguros e instituições financeiras.

Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e

cobertura das garantias obrigatórias referidas no inciso VII do art. 3º.

Art. 27. As multas serão fixadas pelo CNSP e aplicadas pela SUSEP, em função da gravidade da infração, até o limite de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19 desta Lei.

Parágrafo único. As multas constituir-se-ão em receitas da SUSEP.

Art. 28. Das decisões da SUSEP caberá recurso ao CNSP, no prazo de quinze dias, contado a partir do recebimento da intimação.

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo ao CNSP dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias, prazos, perempção e outros atos processuais, assegurando-se à parte contrária amplo direito de defesa e ao contraditório.

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal.

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência no plano ou seguro, ou sucessor, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 1º Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivos de assistência à

saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 2º Cálculos periódicos para ajustes técnicos atuariais das mensalidades dos planos ou seguros coletivos considerarão todos os beneficiários neles incluídos, sejam eles ativos ou aposentados.

§ 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30.

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras a que alude o art. 1º os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 1º O ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras diretamente à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, ou ao SUS, nos demais casos, mediante tabela a ser aprovada pelo CNSP, cujos valores não serão inferiores aos praticados pelo SUS e não superiores aos praticados pelas planos e seguros.

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a entidade prestadora ou o SUS, por intermédio do Ministério da Saúde, conforme o caso, enviará à operadora a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o trigésimo dia após a apresentação da fatura, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao Fundo Nacional de Saúde, conforme o caso.

§ 4º O CNSP, ouvida a Câmara de Saúde Suplementar, fixará normas aplicáveis aos processos de glosa dos procedimentos encaminhados conforme previsto no § 2º deste artigo.

Art. 33. Havendo indisponibilidade de leito hospitalar nos estabelecimentos próprios ou credenciados pelo plano, é garantido ao consumidor o acesso à acomodação, em nível superior, sem ônus adicional.

Art. 34. As entidades que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei podem constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a

partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei.

§ 1º No prazo de até noventa dias a partir da obtenção da autorização de funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com seus consumidores.

§ 2º A adaptação dos contratos a que se refere o parágrafo anterior não implica prejuízo ao consumidor no que concerne à contagem dos períodos de carência, dos prazos para atendimento de doenças preexistentes e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados os limites de cobertura previstos no contrato original.

Art. 36. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Brasília, 3 de junho de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

## ÍNDICE

|                                                                                                                         |       |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| RESUMO .....                                                                                                            | vii   |
| RIASSUNTO .....                                                                                                         | viii  |
| SUMÁRIO .....                                                                                                           | ix    |
| <br>INTRODUÇÃO .....                                                                                                    | <br>1 |
| <br>PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO E PERSPECTIVA(S) DO DIREITO CIVIL<br>BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO .....                      | <br>5 |
| 1.1 As metamorfoses do Direito na <i>travessia</i> para a Contemporaneidade .....                                       | 6     |
| 1.1.1 A(s) pluralidade(s) .....                                                                                         | 9     |
| 1.1.1.1 <i>Pluralidade de fontes e interpretação-aplicação</i> .....                                                    | 12    |
| 1.1.1.1.1 Ao invés do fim, o recomeço .....                                                                             | 19    |
| 1.1.1.2 <i>Pluralidade de significados: abertura semântica</i> .....                                                    | 31    |
| 1.1.1.3 <i>Pluralidade das pessoas: diversidade e singularidade</i> .....                                               | 40    |
| 1.1.2 Substancialidade e repersonalização .....                                                                         | 49    |
| 1.2 A trilha que conduz do jardim à praça .....                                                                         | 56    |
| 1.2.1 Fronteiras modernas do público e do privado .....                                                                 | 56    |
| 1.2.2 Derrubando o muro e repensando a dicotomia: interpenetrações entre o<br>Direito Público e o Direito Privado ..... | 61    |
| 1.3 Uma janela para a praça: a leitura a partir da Constituição .....                                                   | 69    |
| 1.3.1 Força normativa da Constituição .....                                                                             | 69    |
| 1.3.2 Legalidade constitucional .....                                                                                   | 80    |
| 1.4 Pessoa e contratualidade: a substancialização do contrato .....                                                     | 96    |
| 1.4.1 Contratualidade, Estado Liberal e Estado Social .....                                                             | 96    |
| 1.4.2 Da liberdade contratual à liberdade do contratante .....                                                          | 107   |
| 1.5 Direitos fundamentais e relações interprivadas .....                                                                | 119   |
| 1.5.1 Eficácia interprivada à luz da constitucionalização e do repensar da<br>relação entre público e privado .....     | 119   |
| 1.5.2 “Poderes privados” e direito fundamentais .....                                                                   | 125   |
| 1.5.3 Direitos fundamentais e concretização intermediada .....                                                          | 136   |

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PARTE II – PLANO DE SAÚDE, DIREITO FUNDAMENTAL E RELAÇÕES INTERPRIVADAS .....                | 155 |
| 2.1 Contornos e formas da saúde suplementar no Brasil .....                                  | 155 |
| 2.1.1 A expressão “saúde suplementar” .....                                                  | 157 |
| 2.1.2 Estruturação da saúde suplementar brasileira.....                                      | 159 |
| 2.1.2.1 <i>Modalidades jurídicas das operadoras de planos de saúde</i> .....                 | 159 |
| 2.1.2.2 <i>Plano-referência</i> .....                                                        | 164 |
| 2.1.2.3 <i>Contratos novos e antigos</i> .....                                               | 165 |
| 2.1.2.4 <i>Contratos coletivos e contratos individuais ou familiares</i> .....               | 169 |
| 2.1.2.5 <i>Co-participação ou co-pagamento</i> .....                                         | 173 |
| 2.1.2.6 <i>Carência</i> .....                                                                | 175 |
| 2.2 Articulações entre público e privado na prestação da saúde.....                          | 176 |
| 2.2.1 Direções e sentidos das ligações (e barreiras) entre o privado e o público .....       | 176 |
| 2.2.2 Os influxos entre o sistema único de saúde e o sistema de saúde exclusivo .....        | 182 |
| 2.3 Os produtos da mercantilização da prestação dos serviços da saúde .....                  | 190 |
| 2.3.1 Conversão da saúde em mercadoria.....                                                  | 190 |
| 2.3.2 Diálogos entre a lógica do lucro e a lógica da vida.....                               | 197 |
| 2.4 Diagnóstico das desigualdades na saúde .....                                             | 201 |
| 2.4.1 Os sintomas da iniquidade .....                                                        | 201 |
| 2.4.2 Interfaces entre renda e cobertura de planos de saúde .....                            | 209 |
| 2.5 Saúde, direitos humanos e relações interprivadas.....                                    | 218 |
| 2.6 Instrumentos, garantias e ressignificações na <i>saúde</i> das relações contratuais..... | 231 |
| 2.6.1 Entre a relevância pública e o contrato.....                                           | 231 |
| 2.6.2 O argumento da transferência de deveres estatais ao particular.....                    | 236 |
| 2.6.3 Tutela coletiva.....                                                                   | 246 |
| 2.6.4 Elementos para um estatuto jurídico dos planos de saúde .....                          | 251 |
| 2.6.4.1 <i>Obrigações não-contratadas</i> .....                                              | 259 |
| 2.6.4.2 <i>Dever de informar</i> .....                                                       | 261 |
| 2.6.4.3 <i>Dever de contratar</i> .....                                                      | 265 |

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| CONCLUSÃO .....                                     | 271 |
| REFERÊNCIAS.....                                    | 279 |
| ANEXOS – Lei 9.656/98 em sua redação original ..... | 326 |
| ÍNDICE.....                                         | 343 |