



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
VERA LÚCIA DE CARVALHO BARJONA

EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS RELAÇÕES PRIVADAS
NO CASO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Tubarão
2011

VERA LÚCIA DE CARVALHO BARJONA

**EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS RELAÇÕES PRIVADAS
NO CASO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e sociedade.

Orientadora: Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.

Tubarão

2011

VERA LÚCIA DE CARVALHO BARJONA

**EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS RELAÇÕES PRIVADAS
NO CASO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 20 de junho de 2011.

Prof.^a e orientadora Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Sandra L. Nunes Angelo Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Mário Barjona (*in memoriam*)
e Maria Alice de Carvalho Barjona, as pessoas
mais importantes da minha vida, que sempre
estiveram ao meu lado, apoiando-me e
incentivando-me nos momentos difíceis.

A minha amada irmã, pelo companheirismo e
pelas palavras de carinho, otimismo e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e por ser meu guia e protetor em todos os momentos.

Ao meu namorado, Richard, pelo companheirismo e pelas palavras de auxílio e admiração, sempre me incentivando a seguir em frente.

Ao meu cunhado, Wilson, pelo incentivo e confiança depositados em mim.

Aos meus sobrinhos, Isadora e Junior, pelos momentos de descontração e pelas palavras de carinho.

Aos demais familiares, os quais acreditam, incentivam e contribuem significativamente para a realização de todos os meus objetivos.

Aos amigos que fiz durante o curso, Cíntia, Indiara, Luciana, Luiz Marcos e Benony, pelo apoio nas horas de desânimo.

À minha amiga Bárbara, na verdade grande amiga desde o primeiro semestre, sempre presente, apoiando-me e incentivando-me nos momentos mais difíceis.

Aos colegas do Ministério Público, Michelle, Luciano, Juliana, Fabiane, Gisele, Evelyn e Gláucio, por me mostrarem o verdadeiro valor da amizade.

À Dra. Nádea Clarice Bissoli (*in memoriam*), por me ensinar a valorizar as pequenas coisas da vida. Posso dizer que foi um anjo que iluminou a minha vida e que agora olha por mim. Com certeza, você estará sempre em meu coração.

Ao Dr. Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, pela grande oportunidade de trabalhar ao seu lado, bem como pelo tempo despendido a mim durante a realização desta monografia.

À minha orientadora, Greyce, pelo apoio, imenso incentivo, auxílio nas horas de dificuldade e dedicação empreendida na realização desta monografia.

Aos Professores Sandra e Jean, pelo empenho e pela participação na banca examinadora.

Aos Professores do Curso de Direito da UNISUL, pelos conhecimentos compartilhados.

Enfim, a todas as pessoas que, de alguma forma, fazem parte da minha vida e que estão sempre me apoiando e incentivando na conquista dos meus sonhos.

“Se você encontrar um caminho sem obstáculos, ele provavelmente não leva a lugar nenhum.” (FRANK CLARK)

RESUMO

O presente estudo examina o tema “Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações privadas no caso das operadoras de planos de saúde”, cujo objetivo é analisar a eficácia do direito à saúde, nas relações privadas, frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, integrando o mínimo existencial. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, tendo como ponto inicial os entendimentos gerais acerca dos direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde, e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, culminando em uma proposição específica, qual seja, a eficácia do direito à saúde nas relações privadas. O tipo de pesquisa adotado, de forma preponderante, foi o método bibliográfico, utilizando-se ainda a pesquisa documental. Como procedimento de técnica de coleta de dados utilizou-se o fichamento. Evidenciou-se que, devido à sua fundamentalidade, o direito à saúde tem eficácia direta e imediata nas relações privadas, conforme dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988. Assim, concluiu-se que na relação entre particulares deve-se garantir o direito à saúde, uma vez que esse se encontra inserido no mínimo existencial, indispensável à garantia da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direitos sociais. Direitos fundamentais. Direito à vida. Direito privado. Planos de saúde.

ABSTRACT

This study examines the topic “Effectiveness of the fundamental right to health in the private relations in the case of the operators of health plans”, aiming to examine the effectiveness of the right to health, in private affairs, against the constitutional principle of human dignity Integrating the existential minimum. For this, we used the method of deductive approach, taking as a starting point the general understandings about fundamental rights, including the right to health, and the constitutional principle of human dignity, culminating in a specific proposition, namely, the effectiveness the right to health in private relations. The research method adopted, overwhelmingly, was the bibliographical method, using documentary research yet. As a procedure of data collection technique used the book report. It was evident that, due to its essence, the right to health has direct and immediate effectiveness in private relations, as stated in Article 5, §1 of the Constitution of 1988. Thus, we concluded that the relationship between individuals should be guaranteed the right to health, since that is inserted in the existential minimum, needed to safeguard the dignity of the human person.

Keywords: Right to health. Social rights. Fundamental rights. Right to life. Private law. Health plans.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	10
1.2 JUSTIFICATIVA	11
1.3 OBJETIVOS	12
1.3.1 Objetivo geral	12
1.3.2 Objetivos específicos	12
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	13
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	14
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1 CONCEITO	15
2.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA	17
2.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.3.1 Direitos fundamentais da primeira dimensão	20
2.3.2 Direitos fundamentais da segunda dimensão	21
2.3.3 Direitos fundamentais da terceira dimensão	22
2.3.4 Direitos fundamentais da quarta dimensão	23
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	24
2.4.1 Classificação dos direitos fundamentais	24
2.4.2 Diferença entre direitos individuais e direitos sociais	25
2.4.3 Direitos fundamentais sociais	26
2.5 DESTINATÁRIOS	28
2.6 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.7 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SEU “MÍNIMO EXISTENCIAL”	30
2.8 VINCULAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS	35
3 DIREITO HUMANO À SAÚDE	37
3.1 SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL	37
3.2 SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	39
3.3 DIMENSÃO POSITIVA E NEGATIVA DO DIREITO À SAÚDE	41
3.3.1 Dimensão positiva do direito à saúde	42

3.3.2 Dimensão negativa do direito à saúde	43
3.4 SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO	44
3.5 ASSISTÊNCIA À SAÚDE PRESTADA POR PARTICULARES	47
4 EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RELAÇÕES	
PRIVADAS	50
4.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	50
4.2 TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO	
ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	52
4.2.1 Teoria da eficácia imediata (direta)	53
4.2.2 Teoria da eficácia mediata (indireta)	55
4.2.3 Teoria da negação (<i>state action</i>)	56
4.2.4 Teoria dos deveres de proteção	57
4.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	59
4.3.1 Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações privadas no caso das	
operadoras de planos de saúde	61
5 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	74
ANEXOS	79
ANEXO A – Recurso especial n. 1.119.044 - SP	80
ANEXO B – Apelação cível n. 2010.028914-0 - SC	88
ANEXO C – Agravo de instrumento n. 2007.018813-0 - SC	98
ANEXO D – Apelação cível n. 2005.035766-7 - SC	104
ANEXO E – Apelação cível n. 70040953069 - RS	110
ANEXO F – Agravo de instrumento n. 1.0024.09.575352-1/001(1) - MG	119
ANEXO G – Apelação cível n. 1.0024.05.801538-9/001 - MG	123
ANEXO H – Apelação cível n. 9196337-62.2007.8.26.000 - SP	130
ANEXO I – Apelação cível n. 0020272-94.2009.8.19.0066 - RJ	138

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito fundamental à saúde ao inseri-lo expressamente no rol dos direitos sociais, incumbindo ao Estado o dever de garanti-lo.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 não atribuiu exclusivamente ao Poder Público a execução das medidas afetas à saúde, pois estendeu à iniciativa privada a liberdade para prestar assistência à saúde, como ocorre, por exemplo, com as operadoras de planos de saúde.

Demais disso, as normas constitucionais incidem diretamente nas relações privadas devido à sua hierarquia superior e sua força normativa, próprios do seu status constitucional.

Assim, pela potencial aplicação direta das normas constitucionais às relações entre particulares e somadas a desigualdade existente entre as partes contratantes, buscar-se-á otimizar o direito à saúde nessas relações.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição Federal de 1988, no artigo 196¹, preceitua que a saúde é um direito fundamental inerente ao Estado. Por outro lado, a mesma Carta Constitucional, no artigo 199², tornou a assistência à saúde livre à iniciativa privada.

Dessa forma, o dever de garantia desse direito não é restrito ao Estado, ao passo que se estende à iniciativa privada. Nesse sentido é que as operadoras de planos de saúde devem fornecer tratamentos, de forma suplementar, àqueles que estão a ela vinculados por meio de um contrato particular.

¹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

² “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

Assim, em que pese a relação contratual da iniciativa privada, o interesse social deve prevalecer sobre o interesse privado, pois o fornecimento à saúde tem caráter público, ou seja, trata-se de serviço de relevância pública e que, quando efetivo, garante a dignidade da pessoa humana.

Nesse propósito, a própria Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) estabelece em seu conteúdo alguns princípios que devem ser garantidos nas relações contratuais supramencionadas, quais sejam a igualdade e a integralidade no atendimento. Por exemplo, quando nos artigos 11³ e 14⁴, refere-se à igualdade na assistência à saúde e veda a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data da contratação, além de proibir qualquer espécie de impedimento de participação de idosos ou deficientes nos planos assistenciais das operadoras de planos de saúde impeçam.

Igualmente, em relação à integralidade a Lei de Planos de Saúde estabelece que o plano referência ou base deva cobrir todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde conforme estabelece o artigo 10⁵.

Com isso a presente pesquisa questiona: frente ao disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, cabe às operadoras de Planos de Saúde o dever de efetivar, integralmente, o direito à saúde, uma vez se tratar de relação privada?

1.2 JUSTIFICATIVA

³ “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”. Cf. BRASIL. **Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

⁴ “Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”. Cf. BRASIL. **Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998**, loc. cit.

⁵ “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de 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”. Cf. BRASIL. **Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998**, loc. cit.

A escolha do tema decorreu do interesse pelas questões relacionadas à saúde, principalmente, no que concerne ao âmbito privado, uma vez que as operadoras de planos de saúde, corriqueiramente, apresentam diversas objeções para não concretizarem o “direito à saúde” que, por sua vez, é assegurado constitucionalmente.

Este tema chama atenção para a forma de disponibilização, uma vez que o direito à saúde não pode continuar sendo reconduzido exclusivamente à condição de direito público subjetivo, já que é manifesta a sua atuação nas relações entre particulares.

Tomando por base que se trata de relação entre particulares é, portanto, direito subjetivo privado. Entretanto, nos contratos de planos de saúde, havendo o desprezo do bem maior, “o direito à saúde”, poderá o Poder Judiciário intervir, por se tratar de serviço de relevância pública, garantindo o direito fundamental à saúde e em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, visando analisar a eficácia do direito à saúde nas relações privadas com os planos de saúde, foi despertado o interesse em discorrer acerca deste tema haja vista a divergência e as discussões no meio jurídico e acadêmico.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar a eficácia do direito à saúde, nas relações privadas, frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, integrando o mínimo existencial.

1.3.2 Objetivos específicos

Analisar o direito fundamental à saúde frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Demonstrar que, embora se trate de relação entre particulares, existe muita desigualdade entre os envolvidos e, por isso, deve haver maior proteção aos direitos individuais.

Explicar que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, mas também os particulares em face dos poderes privados.

Identificar a eficácia do direito à saúde, na relação entre o cidadão e a operadora de plano de saúde, quando do desprezo do bem maior, “o direito à saúde”.

Constatar, através de alguns posicionamentos dos tribunais do país, a eficácia do direito à saúde nas relações privadas.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

No que diz respeito à metodologia da pesquisa, utilizou-se, no presente trabalho monográfico, o método de pesquisa dedutivo, no qual se partiu do estudo geral dos direitos fundamentais, inclusive do direito fundamental à saúde, e do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de analisar a sua eficácia nas relações entre particulares.

Atinente ao nível de profundidade do estudo, a pesquisa classifica-se como exploratória, uma vez que “[...] têm como finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e idéias, tendo em vista, a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores.”⁶

Quanto ao procedimento empregado para coleta de dados adotou-se a pesquisa bibliográfica, assim entendida por Heerdt e Leonel:

Pesquisa bibliográfica é aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos, etc. A realização da pesquisa bibliográfica é fundamental para que se conheça e analise as principais contribuições teóricas sobre um determinado tema ou assunto.⁷

⁶ GIL, Antonio Carlos. **Pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 43.

⁷ HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson. **Metodologia científica**. 5. ed. rev. Palhoça: Unisul Virtual, 2007. p. 67.

Desta forma, consistindo a pesquisa em bibliográfica, a obtenção dos dados para a elaboração da monografia ocorreu por meio da leitura analítica e interpretativa de livros e artigos científicos da área jurídica, seguida da organização dos registros dos dados coletados por meio de um fichamento, o qual se constitui na tomada de apontamentos, que facilita o ordenamento e a seleção do material.

Ainda, no que concerne ao tipo de pesquisa, adotou-se, também, a pesquisa documental, ou seja, foram utilizados os documentos em sua forma mais primária, como por exemplo, as jurisprudências.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho monográfico desenvolveu-se em três capítulos, além da introdução e da conclusão.

No primeiro capítulo, serão analisados os direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais, suas características e classificações, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu mínimo existencial, verificando também a eficácia destes e suas vinculações com os poderes privados.

O segundo capítulo versará, exclusivamente, sobre o direito fundamental à saúde. Tratar-se-ão sobre sua fundamentalidade, dimensões positiva e negativa e, de modo geral, abordar-se-á a saúde sendo prestada por particulares, mencionando os princípios que regem esta relação.

Por fim, no terceiro capítulo, examinar-se-ão as teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, determinando qual a teoria adotada no Brasil, bem como qual teoria deve ser aplicada nas relações privadas que tenham por objeto contratual o direito fundamental à saúde. Por fim, será analisada a eficácia do direito fundamental à saúde nas relações privadas no caso das operadoras de planos de saúde.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais, em seu conceito atual, surgiram como resultado da ligação de diversas fontes, desde tradições das diversas civilizações até a conjugação dos pensamentos filosóficos – jurídicos e das ideias surgidas do cristianismo e do direito natural.¹

Tais direitos baseiam-se na ideia de limitação e controle dos abusos de poder pelo Estado e por suas autoridades constituídas, bem como na consagração da igualdade e legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.²

Esses direitos humanos são outorgados tanto às pessoas físicas como às jurídicas e são indispensáveis porque asseveram uma existência digna, fraterna e leal a todos.

Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que somente consagrou a necessidade de um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.³

Portanto, os direitos fundamentais são absolutamente necessários em todas as Constituições, uma vez que limitam o poder estatal e visam o desenvolvimento da pessoa humana, de modo que consagraram o respeito à dignidade humana.

Ainda, os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, atuam em todo ordenamento jurídico, inclusive privado, protegendo os particulares, também, contra atos atentatórios aos direitos fundamentais, provenientes de outros indivíduos ou entidades particulares.

Contudo, neste capítulo serão estudados, de forma mais aprofundada, os direitos fundamentais, pois a presente monografia busca demonstrar a eficácia do direito fundamental social à saúde nas relações privadas.

2.1 CONCEITO

¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. Atlas: São Paulo, 2006. p. 1.

² Ibid., p. 1.

³ Ibid., p. 1.

Antes de se conceituar os direitos fundamentais⁴, importante se faz, para uma melhor compreensão, estabelecer uma distinção entre as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

No que concerne à distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais, Canotilho leciona que:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁵ (grifo nosso)

No que diz respeito à distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, Sarlet ensina que:

[...] o termo **direitos fundamentais** se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão **direitos humanos** guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).⁶ (grifo nosso)

Com relação aos direitos fundamentais, Schmitt leciona que “são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.”⁷

Acerca dos direitos fundamentais, Hesse afirma que estes almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.⁸

No mesmo pensar, Moraes assim conceitua:

⁴ Importante se faz estabelecer a diferença entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais são os bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais. As Garantias Constitucionais são os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, pois possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Cf. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 91.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35-36.

⁷ SCHMITT apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 561.

⁸ HESSE apud BONAVIDES, 2006, p. 560.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de uma proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento humano, pode ser definido como direitos humanos fundamentais.⁹

Por fim, particularizadas as definições de direitos fundamentais, apresentar-se-á, a seguir, um breve relato histórico dos direitos fundamentais.

2.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os direitos fundamentais foram reconhecidos através de um processo lento de transformações, no modo de agir e pensar de toda a sociedade que desembocou no Estado moderno, cuja essência e razão residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos do homem. Referida abordagem de cunho histórico passa-se a transcrever a partir de agora.

Os primeiros sinais dos direitos de proteção individual do homem em relação ao Estado se deram no antigo Egito e Mesopotâmia. O Código de Hamurabi talvez seja a primeira codificação a proteger um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família e a supremacia das leis em relação aos governantes.¹⁰

Mais tarde, na Grécia, diversos estudos sobre a necessidade de liberdade e igualdade do homem destacaram as previsões de participação política dos cidadãos. No entanto, foi no Direito Romano, por intermédio da Lei das Doze Tábuas, que surgiu um complexo mecanismo com o fim de defender os direitos individuais da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.¹¹

Posteriormente, o cristianismo influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, de modo que se tornaram extremamente necessários à dignidade da pessoa humana.¹²

Durante a Idade Média, ainda que existisse uma organização feudal e uma rígida separação de classes, inúmeros documentos reconheciam os direitos humanos, mas sempre

⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 162.

¹⁰ Id., 2006, p. 6-7.

¹¹ Ibid., p. 7.

¹² Ibid., p. 7.

como limitação do poder estatal. Porém, foi entre os séculos XVII e XX que as declarações de direitos humanos fundamentais se desenvolveram de forma expressiva.¹³

Na Inglaterra, se deram os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais, dentre eles pode-se citar a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701.¹⁴

Ainda com muita importância na evolução dos direitos humanos, tem-se a Revolução dos Estados Unidos da América, com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, a qual proclamou diversos direitos, quais sejam: direito à vida, à liberdade, à propriedade, o princípio da legalidade, devido processo legal, Tribunal do Júri, dentre outros. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, teve como tônica preponderante a limitação do poder do Estado e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, que também limitou o poder do Estado e estabeleceu a separação dos poderes estatais e de vários direitos humanos fundamentais.¹⁵

No entanto, os direitos fundamentais se consagraram somente na França, em 26 de agosto de 1789, quando a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com dezessete artigos, contendo neles o princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, dentre outros.¹⁶

Durante o constitucionalismo liberal do século XIX, os direitos fundamentais continuaram se concretizando, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 1812, a Constituição portuguesa de 1822, a Constituição Belga de 1831 e a Declaração Francesa de 1848.¹⁷

Contudo, foi a partir do século XX que surgiram os diplomas constitucionais¹⁸ fortemente marcados pela preocupação com o homem no meio social, garantindo, além dos direitos humanos tradicionais, o direito à liberdade do trabalho, à vida social, à religião, à educação, o segredo à correspondência, igualdade entre os sexos e entre filhos, liberdade de crença, entre outros.¹⁹

¹³ MORAES, 2006, p. 7.

¹⁴ Ibid., p. 7.

¹⁵ Ibid., p. 9-10.

¹⁶ Ibid., p. 10.

¹⁷ Ibid., p. 11.

¹⁸ Importante mencionar quais são os diplomas constitucionais do século XX: Constituição mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919, Declaração Soviética dos direitos do povo Trabalhador e Explorado de 1918, primeira Constituição Soviética de 1918 e Carta do Trabalho de 1927. Cf. MORAES, 2006, p. 11-12.

¹⁹ Ibid., p. 11-12.

Nesta senda, importante abordar-se a evolução dos direitos humanos fundamentais também nas Constituições brasileiras, pois, de acordo com Silva, a primeira constituição do mundo a subjetivar e concretizar os direitos do homem foi a **Constituição do Império do Brasil de 1824**, antes mesmo à da Bélgica de 1831.²⁰ A referida constituição previa um extenso rol de direitos fundamentais, dentre eles podem-se citar os princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, entre outros.²¹

Já a **Constituição de 1891** assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos inerentes à liberdade, à segurança e à propriedade, bem como garantias militares e funcionais. As constituições posteriores de 1934 e de 1937, além dos direitos e garantias individuais, inscreveram também os direitos de nacionalidade e os políticos. Segundo leciona Silva, a Constituição de 1934 também reconheceu os direitos econômicos e sociais do homem, porém de maneira pouco eficaz.²²

A **Constituição de 1946**, assim como as anteriores, também previa um título específico sobre os direitos e garantias individuais, mas, além disso, ela incluiu os direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, proteção à família, educação e cultura.²³

Além dos direitos já consagrados nas constituições anteriores, a **Carta Magna de 1967** trouxe algumas novidades como o sigilo telefônico e telegráfico, respeito à integridade física e moral do detento, previsão de competência para o Tribunal do Júri e previsão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira.²⁴

A **atual Carta Constitucional**, promulgada em 5 de outubro de 1988, ampliou consideravelmente o rol de direitos fundamentais e direitos humanos, deu ênfase à proteção dos direitos individuais e dos direitos trabalhistas e criou novos mecanismos de proteção e garantia dos direitos individuais e coletivos.²⁵

Com todo o exposto, percebe-se que os direitos humanos fundamentais sempre existiram, no entanto, nem sempre foram reconhecidos. A consagração de referidos direitos no ordenamento jurídico é decorrente de uma longa evolução da sociedade, sendo a Constituição condição de existência das liberdades fundamentais, pois pressupõe uma atuação

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 170.

²¹ MORAES, 2006, p.14

²² SILVA, op. cit., p. 171.

²³ MORAES, op. cit., p. 15.

²⁴ Ibid., p. 16.

²⁵ SARLET, 2004, p. 68.

juridicamente controlada e programada dos órgãos estatais, de forma que os direitos fundamentais somente terão eficácia em um autêntico Estado Constitucional.

Sob esse prisma, necessário se faz, portanto, um estudo sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

2.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais passaram, na ordem institucional, a manifestar-se em quatro²⁶ dimensões sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo, o qual faz prever uma nova visão de universalidade, em substituição à universalidade material e concreta, a universalidade abstrata, contida no jusnaturalismo do século XVIII.²⁷

As dimensões dos direitos fundamentais foram reconhecidas formalmente nas primeiras constituições escritas e até hoje vêm sofrendo diversas mutações referentes à sua titularidade, eficácia e efetivação.²⁸

Nesse sentido, ressalta Sarlet:

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da melhor doutrina.²⁹

Desse modo, não sendo os direitos fundamentais substituídos ao longo do tempo e sim acumulados, o termo utilizado a partir de agora, neste estudo, será “dimensões de direitos fundamentais.”

2.3.1 Direitos fundamentais da primeira dimensão

²⁶ Interessante constar que o núcleo da esfera de proteção dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões corresponde ao lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade. Cf. ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 94.

²⁷ BONAVIDES, 2006, p. 563.

²⁸ SARLET, 2004, p. 52.

²⁹ Ibid., p. 53.

Os direitos de primeira dimensão são apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que remetem a uma abstenção dos poderes públicos, por isso são direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado.³⁰ Têm como titular o indivíduo e, em razão disso, primeiro valorizam o homem-singular, que compõe a sociedade civil.³¹

Têm inspiração jusnaturalista, por isso são considerados direitos de primeira dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Podem-se mencionar ainda as liberdades de expressão coletivas, as garantias processuais e os direitos de participação política, por exemplo, o direito ao voto e à capacidade eleitoral. Desse modo, evidente está a estreita relação entre os direitos fundamentais e a democracia.³²

Segundo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão “[...] já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo nenhuma Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão.”³³

2.3.2 Direitos fundamentais da segunda dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram com a revolução industrial conexos ao princípio da igualdade, e deste não podem ser separados, pois é o que os ampara e estimula. Dominaram o século XX e as constituições do segundo pós-guerra. Passaram por um momento de eficácia duvidosa em virtude de exigirem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.³⁴

Os citados direitos passaram por outra crise, por não conterem garantias para sua concretização, esta teve fim quando as Constituições regulamentaram a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.³⁵

De acordo com Lenza, “os direitos humanos de segunda dimensão privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, desse modo, correspondendo aos direitos de

³⁰ SARLET, 2004, p. 54.

³¹ BONAVIDES, 2006, p. 564.

³² SARLET, op. cit., p. 55.

³³ BONAVIDES, op. cit., p. 563.

³⁴ Ibid., p. 564.

³⁵ Ibid., p. 564.

igualdade.”³⁶

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são realizados por meio de implementação de políticas e serviços públicos, pois correspondem aos direitos de participação e exigem do Estado prestações sociais, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras.³⁷

Ainda, no campo dos direitos da segunda dimensão, é importante lembrar que não abrangem apenas os direitos de cunho positivo, mas também os denominados de liberdades sociais, citam-se, como exemplos, liberdade de sindicalização, direito de greve, reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, entre outros.³⁸

Indubitavelmente importante ressaltar que os direitos sociais também se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão, os quais serão tratados no próximo item.³⁹

2.3.3 Direitos fundamentais da terceira dimensão

Os direitos da terceira dimensão fortaleceram-se no fim do século XX, como direitos que se destinam à proteção de um grupo ou de determinado Estado e não apenas de um indivíduo.⁴⁰

Como direitos da terceira dimensão podem-se destacar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.⁴¹

Para Sarlet, referidos direitos surgiram:

[...] do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas

³⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 740.

³⁷ ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 94.

³⁸ SARLET, 2004, p. 56.

³⁹ Ibid., p. 56.

⁴⁰ BONAVIDES, 2006, p. 569.

⁴¹ SARLET, op. cit., p. 57.

contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.⁴²

Denominam-se os direitos da terceira dimensão, normalmente, como direitos de solidariedade ou fraternidade, visto sua universalidade, ou no mínimo, transindividualidade, e também por exigirem esforços, inclusive, em escala mundial, para serem efetivados.⁴³

2.3.4 Direitos fundamentais da quarta dimensão

No que diz respeito à quarta⁴⁴ dimensão de direitos fundamentais, Bonavides citado por Sarlet sustenta que “esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.”⁴⁵ Ainda segundo Bonavides, esta quarta dimensão “é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.”⁴⁶

Essa última dimensão dos direitos fundamentais não somente culmina a objetividade dos direitos das duas dimensões que a antecedem, como também absorve a subjetividade dos direitos individuais (direitos da primeira dimensão). Mencionados direitos sobrevivem, podendo, doravante, irradiar-se com eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.⁴⁷

Em sendo assim, somente com os direitos da quarta dimensão é que será possível a globalização política, de modo que são eles que englobam a liberdade de todos os povos.⁴⁸

Indo além da clássica tripartição das dimensões de direitos fundamentais e da tendência de reconhecer-se uma quarta categoria, Fileti cogita a existência de uma quinta e uma sexta dimensão. Os direitos fundamentais de quinta dimensão seriam aqueles advindos

⁴² SARLET, 2004, p. 57.

⁴³ Ibid., p. 57.

⁴⁴ Para Fileti, esta dimensão passou a observar os avanços da ciência nas áreas da informática (espaços virtuais, comunicações via internet, etc.) e da manipulação genética (clonagem, reprodução assistida, transgênicos, etc.), os quais devem ser regulados nas Constituições como forma de proteção à essência do ser humano e como proteção à criação dos ditos “seres genéticos”. Cf. FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 47.

⁴⁵ SARLET, op. cit., p. 57.

⁴⁶ BONAVIDES apud SARLET, 2004, p. 59.

⁴⁷ Ibid., p. 572.

⁴⁸ BONAVIDES, 2006, p. 572.

das tecnologias de informações (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral. Já os direitos fundamentais da sexta dimensão seriam aqueles emergentes da globalização.⁴⁹

Contudo, sob pena de colocar-se em risco a fundamentalidade dos direitos fundamentais e para que correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos, é necessário muita cautela e observância de rigorosos critérios no reconhecimento de aludidos direitos.⁵⁰

Por fim, uma vez classificados os direitos fundamentais de acordo com o seu processo de positivação, tratar-se-á, no próximo item, da classificação dos direitos fundamentais de acordo com o atual ordenamento constitucional.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.4.1 Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, no atual ordenamento jurídico, são classificados levando-se em conta o seu conteúdo bem como a natureza do bem protegido e do objeto de tutela.⁵¹ E, seguindo esses critérios, Silva⁵² e Moraes⁵³ conceituam a classificação desses direitos, como sendo:

Direitos individuais e coletivos: estão conjecturados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e remetem aos direitos fundamentais que garantem autonomia aos indivíduos.

Direitos sociais: consagrados no artigo 6º e 193 e seguintes da Constituição Federal, visam à igualdade social, como uma tentativa de melhoria das condições de vida dos hipossuficientes.

Direitos à nacionalidade: dispostos no artigo 12 da Constituição, têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades.

⁴⁹ FILETI, 2009, p. 46.

⁵⁰ SARLET, 2004, p. 62.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 58.

⁵² Ibid., p. 58-59.

⁵³ MORAES, 2002, p. 164-165.

Direitos políticos: estão elencados nos artigos 14-17 da Constituição Federal, são também denominados de “direitos democráticos” ou “direitos de participação política”, pois permitem ao indivíduo a participação nos negócios políticos do Estado, de modo a conferir a cidadania e a liberdade de participação.

Direitos solidários: previstos no artigo 3º e 225, ambos da Carta Constitucional de 1988, são aqueles relativos ao gênero humano, tais como, o direito à paz, ao desenvolvimento equilibrado, patrimônio comum da humanidade.

Na Constituição atual, as categorias de direitos humanos fundamentais integram-se harmonicamente e influenciam-se reciprocamente, isto porque os direitos individuais possuem uma dimensão social. Transita-se de uma democracia político-formal para a democracia social.⁵⁴

Conclui Silva que “a antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia para a democracia, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.”⁵⁵

2.4.2 Diferença entre direitos individuais e direitos sociais

A Constituição atual assumiu uma integração entre os direitos fundamentais do homem precisamente sob os direitos sociais. De modo que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, pois compõem um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades.⁵⁶

No entanto, para uma melhor compreensão, ainda que haja uma integração entre os direitos fundamentais é de suma importância que os referidos direitos sejam diferenciados.

Os direitos individuais estão diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade e à liberdade.⁵⁷ Conforme Silva, “[...] são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”⁵⁸

⁵⁴ SILVA, 2006, p. 187-188.

⁵⁵ Ibid., p. 188.

⁵⁶ Id., 1995, p. 184.

⁵⁷ ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 102.

⁵⁸ SILVA, op. cit., p. 190.

Já os direitos sociais são de observância obrigatória em Estado de Direito, pois constituem as liberdades positivas. Os mencionados direitos têm o objetivo de proporcionar melhores condições de vida aos hipossuficientes, visando à igualdade material ou substancial.⁵⁹ Nesse sentido, Silva aduz que os direitos sociais “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”⁶⁰

Estabelecida a diferença entre direitos individuais e direitos sociais, estudar-se-ão adiante os direitos sociais e suas classificações.

2.4.3 Direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais foram consagrados, no Brasil, somente em 1934, quando foi criado um título sobre a ordem econômica e social, o que continuou nas demais constituições. Mas foi somente na Constituição de 1988 que foi instituído um capítulo para tratar especificamente sobre os direitos sociais, pois até então os referidos direitos saíam do capítulo da ordem social, que sempre estivera misturado com a ordem econômica.⁶¹

Em sendo assim, ao jurista foi dada a possibilidade de extrair aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, uma vez que, ao tratar da ordem social, deixou apenas os aspectos organizacionais.⁶²

No ordenamento constitucional brasileiro os direitos sociais, em sua maioria, estão previstos no artigo 6º, o qual estabelece que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.⁶³

⁵⁹ ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 102.

⁶⁰ SILVA, 1995, p. 286.

⁶¹ Id., 2006, p. 183.

⁶² Ibid., p. 183.

⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a concretização da igualdade social.⁶⁴

Discorrendo sobre os direitos fundamentais sociais, Silva os caracteriza como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Para Lenza:

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (1º, IV, da CF/88).⁶⁵

A este respeito, explica Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁶⁶

Salienta-se que à medida que são criadas condições materiais que garantam o auferimento da igualdade, estão sendo garantido o exercício da liberdade e do gozo dos direitos individuais.⁶⁷ Isso, em uma organização democrática da Sociedade e do Poder é fazer eficaz a dignidade da pessoa humana.⁶⁸

Sob esse prisma, com base nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, Silva classifica os direitos sociais em cinco classes:

(a) direitos sociais relativos ao trabalhador, (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo o direito à saúde, à previdência e à assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; (e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.⁶⁹

⁶⁴ ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 216.

⁶⁵ LENZA, 2010, p. 838.

⁶⁶ MORAES, 2002, p. 468.

⁶⁷ SILVA, 2006, p. 184.

⁶⁸ BONAVIDES, 2006, p. 657.

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 184.

Os direitos sociais podem ainda ser classificados como direitos do homem como produtor e como consumidor. Desse modo, é certo que a liberdade à greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter um emprego estão na classe dos direitos sociais do homem como trabalhador. Já, os direitos sociais do homem como consumidor englobam os direitos à saúde, à seguridade social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família.⁷⁰

2.5 DESTINATÁRIOS

Na sua origem, os direitos fundamentais representavam limitações impostas ao Estado em favor do indivíduo, tendo como titulares as pessoas naturais.⁷¹ Posteriormente, os ordenamentos constitucionais passaram a reconhecer os direitos fundamentais também às pessoas jurídicas, uma vez que são beneficiárias de direitos e garantias individuais, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais⁷². Hodiernamente, passaram a ser assegurados também ao próprio Estado, ou seja, o Estado passou a ser titular de direitos fundamentais.⁷³

No entanto, existem direitos que podem ser usufruídos por todos, mas existem direitos restritos a determinadas classes.⁷⁴

Alexandrino e Vicente, em conformidade com o texto constitucional vigente, de forma exemplificativa, enfatizam como destinatários de direitos fundamentais:

- a) direitos fundamentais destinados às pessoas naturais, às pessoas jurídicas e ao Estado – direito da legalidade e de propriedade (art. 5º, II e XXII);
- b) direitos fundamentais extensíveis às pessoas jurídicas – inviolabilidade do domicílio e assistência jurídica gratuita e integral (art. 5º, XI e LXXIV);
- c) direitos fundamentais exclusivamente voltados para a pessoa natural – direito de locomoção e inviolabilidade da intimidade (art. 5º, XV e X);
- d) direitos fundamentais restritos aos cidadãos – ação popular e iniciativa popular (arts. 5º, LXXIII, e 14, III);

⁷⁰ SILVA, 1995, p. 278.

⁷¹ Moraes entende por pessoas naturais os brasileiros e estrangeiros no território nacional. Pois os estrangeiros em trânsito pelo território nacional possuem igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30.

⁷² Ibid., p. 30.

⁷³ ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 95-96.

⁷⁴ Ibid., p. 96.

- e) direitos fundamentais voltados exclusivamente para a pessoa jurídica – direito de existência das associações, direitos fundamentais dos partidos políticos (arts. 5º, XIX, e 17);
- f) direitos fundamentais voltados exclusivamente para o Estado – direito de requisição administrativa no caso de iminente perigo público e autonomia política das entidades estatais (arts. 5º, XXV, e 18).⁷⁵

No que concerne aos destinatários de direitos sociais⁷⁶, estes alcançam todos os indivíduos, em especial aqueles que necessitam de um amparo maior do Estado.⁷⁷

2.6 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal, com o desígnio de garantir a efetividade dos direitos fundamentais nela assegurados, determinou em seu artigo 5º, §1º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tenham aplicabilidade imediata. “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁷⁸

Conforme o estabelecido, os aplicadores do direito deverão conferir aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, garantindo a maior eficácia possível, independente de regulamentação pelo legislador.⁷⁹

No entanto, segundo Alexandrino e Paulo, no tocante aos direitos sociais, não há unanimidade doutrinária quanto a serem classificados como cláusulas pétreas, visto que o legislador constituinte, no artigo 60 § 4º, inciso IV⁸⁰ referiu-se somente aos direitos e garantias individuais. De todo modo, ao menos os direitos e garantias, que embora denominados sociais pela Constituição, sejam direitos e garantias de índole individual, que possam ser referidos a indivíduos determinados, deveriam ser considerados cláusulas pétreas.⁸¹

⁷⁵ ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 96.

⁷⁶ Contudo, a proteção constitucional constante do art. 7º da CF destina-se, segundo os dizeres da própria Constituição, apenas aos trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais. Cf. TAVARES, 2010, p. 828.

⁷⁷ Ibid., p. 828.

⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷⁹ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 103.

⁸⁰ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]IV - os direitos e garantias individuais”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁸¹ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 217.

Assim, o constituinte de 1988 enquadrrou expressamente como direitos e garantias fundamentais os direitos sociais arrolados nos seus artigos 6º a 11⁸², desse modo, conforme determina a Constituição, em seu artigo 5º § 1º, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Ademais, uma literal interpretação do artigo 60 § 4º conduziria ao absurdo de se deixar desabrigados não só os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade, os direitos políticos, entre outros previstos na Constituição, além de não agasalhar o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸³

Nessa perspectiva, esclarecem Cucci e Marta:

Os titulares dos direitos não precisam esperar uma autorização ou concretização para poder exercer seus direitos. Se o legislador omitir, ou ainda, regulamentar de forma a restringir um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, cabendo ao Poder Judiciário apreciar casos de sua violação.⁸⁴

Demais disso, oportuno se torna dizer que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, devem ser aplicados, inclusive na ordem privada, ou seja, devem ser aplicados nas relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre os indivíduos e os detentores de poder social.⁸⁵

Consequentemente, por ter como pressuposto a efetivação dos direitos fundamentais e por constituir-se um dos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, abordar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu mínimo existencial.

2.7 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SEU “MÍNIMO EXISTENCIAL”

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, possui como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está

⁸² ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 102.

⁸³ CUCCI, Gisele Paschoal; MARTA, Taís Narder (Org.). **Estudos de direitos fundamentais**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 217-218.

⁸⁴ Ibid., p. 227.

⁸⁵ Ibid., p. 229.

expressamente enunciado no título dos princípios fundamentais^{86, 87}. Com o reconhecimento expresso do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o constituinte de 1988 reconheceu expressamente que o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário.⁸⁸

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Fora do âmbito dos princípios fundamentais o constituinte também previu o valor da dignidade da pessoa humana, quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna⁸⁹, quando fundou o planejamento familiar no âmbito da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável⁹⁰, além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade^{91, 92}.

Como consequência imediata da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil aparecem o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros.⁹³

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal de 1988, apresenta-se em uma dupla concepção, pois, primeiramente prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao Estado, seja em relação ao próprio indivíduo. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, bem como exige a Constituição.⁹⁴

⁸⁶ Importante mencionar que na história do Constitucionalismo pátrio a Constituição de 1988 foi a primeira a prever um capítulo próprio destinado aos princípios fundamentais. Cf. SARLET, 2004, p. 110.

⁸⁷ MORAES, 2006, p. 47.

⁸⁸ SARLET, op. cit., p. 110-111.

⁸⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁹⁰ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...]”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁹¹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁹² SARLET, op. cit., p. 109.

⁹³ MORAES, op. cit., p. 48.

⁹⁴ Ibid., p. 48-49.

Nesse sentido, menciona Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁹⁵

Para Sarlet:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inaliável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão e que lhe seja concedida a dignidade.⁹⁶

Barcellos afirma que “o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos.” Ou seja, terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.⁹⁷

Ressalta-se que os direitos fundamentais são formados pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, esta última abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses grupos se complementam, pois os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos, de modo que todos, de forma conjunta, contribuem para a realização da dignidade humana.⁹⁸

Desta feita, na Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio basilar do ordenamento jurídico e a principal finalidade do Estado, onde a Constituição democrática tem o dever de assegurar um consenso mínimo e garantir do pluralismo político.⁹⁹

Dessa forma, enfatiza Barcellos:

[...] uma constituição democrática, em primeiro lugar, cabe a ela tomar determinadas decisões políticas fundamentais, dentre as quais a de garantir um mínimo de direitos

⁹⁵ MORAES, 2006, p. 48.

⁹⁶ SARLET, 2004, p. 114.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 110-111.

⁹⁸ Ibid., p. 113-115.

⁹⁹ Ibid., p. 249.

aos indivíduos, que são colocados pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política e das maiorias.¹⁰⁰

O mínimo existencial, para que seja efetivamente exigível do Estado, sob a forma da eficácia jurídica, é apresentado como uma solução para boa parte das dificuldades, à medida que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais.¹⁰¹

Na visão de Torres o mínimo existencial representa um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade:

Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.¹⁰²

A este respeito, menciona Fiorillo:

[...] para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como ‘ piso mínimo normativo’, ou seja, como direitos básicos.¹⁰³

Barcelos explica ainda que “fazem parte desse mínimo da dignidade os chamados direitos da liberdade, e.g., liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, direito de propriedade etc.”¹⁰⁴

Importante ressaltar que o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, citam-se a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Desse modo, é a partir desse núcleo da dignidade humana que se reconhece a eficácia jurídica e o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.¹⁰⁵

Desse modo, Sarlet destaca a relevância do direito à saúde:

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico fundamentais ora referidas, **é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrado do sistema de**

¹⁰⁰ BARCELLOS, 2002, p. 249.

¹⁰¹ Ibid., p. 118.

¹⁰² TORRES apud BARCELLOS, 2002, p. 255.

¹⁰³ ROCHA, José Vilson da Silva. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação moderna.

Overmundo. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/banco/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-aplicacao-moderna-1>>. Acesso em: 1 abr. 2011.

¹⁰⁴ BARCELLOS, op. cit., p. 256.

¹⁰⁵ Ibid., p. 258.

proteção da seguridade social (justamente com a previdência e assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mas precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição da própria dignidade a ter direitos, constituindo, além disso, condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.¹⁰⁶ (grifo nosso).

Sendo assim, a saúde faz parte do privilegiado rol de direitos humanos fundamentais, estão obrigadas as normas que possuem aplicabilidade imediata e eficácia integral e ainda integram o mínimo existencial, são predicados que asseguram o direito subjetivo à saúde, seja público, seja privado.¹⁰⁷

Como se vê, as disposições constitucionais por si só delineiam a justiciabilidade do direito à saúde, por isso, importante destacar, desde já, que as disposições sobre direitos humanos fundamentais irradiam seus efeitos, inclusive, para as relações entre particulares. No caso do direito à saúde, aqueles que decidirem prestar assistência à saúde das pessoas, o que foi permitido à iniciativa privada (artigo 199 da Constituição Federal), não podem desprezar o arcabouço jurídico constitucional. Isto porque, ainda que a saúde figure como objeto de um contrato realizado entre particulares, ela não perderá sua condição de direito fundamental.¹⁰⁸

Assim, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, além de relacionar-se à proteção e respeito à integridade física e à isonomia, está intrinsecamente associada à garantia de condições justas e adequadas de vida ao indivíduo e sua família, onde assume relevo a efetivação dos direitos sociais como o trabalho, a seguridade social, entre outros, visando à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material.¹⁰⁹

Dessa forma, conclui-se que onde não houver respeito pela vida e integridade física das pessoas, onde não se asseguram as condições mínimas para uma existência digna, onde a identidade e intimidade das pessoas vêm submetidas a indevidas ingerências, onde a igualdade em relação aos demais não é garantida, onde não há limites ao poder, não há lugar para a dignidade da pessoa humana.¹¹⁰

¹⁰⁶ SARLET, 2004, p. 326.

¹⁰⁷ SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática.** São Paulo: Verbatim, 2009. p. 44.

¹⁰⁸ Ibid., p. 44.

¹⁰⁹ SARLET, op. cit., p. 118.

¹¹⁰ Ibid., p. 118.

Apresentadas todas as características que rodeiam os direitos fundamentais, importante se faz tecer algumas considerações acerca da vinculação entre os direitos fundamentais e as relações privadas.

2.8 VINCULAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS

No Estado clássico e liberal de direito, os direitos fundamentais eram concebidos como direitos de defesa, ou seja, possuíam a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal, alcançando relevância apenas entre os indivíduos e o Estado, já no Estado Social de Direito referida concepção restou sobrepujada.¹¹¹

As ampliações das atividades e funções do Estado majoradas da participação ativa da sociedade no exercício do poder geraram a necessidade de proteção contra as ameaças provenientes não apenas do poder público, mas também das advindas da esfera privada.¹¹²

A partir de então, com o reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o Estado passou a ser o garantidor da proteção integral e global dos direitos fundamentais. Fato que acarretou, ainda, o reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva¹¹³ dos direitos fundamentais, ou seja, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais exprime valores que o Estado, além de respeitar, deve promover e proteger, pois alcançam uma irradiação em todo o ordenamento jurídico – público e privado.¹¹⁴ Esta ideia de proteção remete ao Estado o dever de prevenir que os direitos fundamentais sejam lesionados por terceiros.¹¹⁵

Sob esse prisma, explica Sarmento:

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117.

¹¹² Ibid., p. 118.

¹¹³ O reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais segundo Sarlet é a razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado. Cf. Ibid., p. 119.

¹¹⁴ Ibid., p. 118-119.

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto et al. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro; Renovar, 2008. p. 154.

[...] que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.¹¹⁶

Com efeito, o direito à saúde é considerado direito fundamental social e que está adstrito ao mínimo existencial, portanto vê-se que, ainda que provido por um ente privado, este deve ter sua eficácia garantida nas relações privadas.

Em sendo assim, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição. E, é por esta razão que o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é, na verdade, um problema inerente à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado.¹¹⁷

Desse modo, a inserção dos direitos fundamentais nas relações privadas levou ao surgimento de várias teorias, as quais serão objeto de estudo nos próximos capítulos do presente trabalho.

A partir dessas abordagens conceituais, histórica e classificatória dos direitos fundamentais, far-se-á o estudo do direito à saúde para, posteriormente, alcançar o real objetivo do presente trabalho, qual seja, a constatação da eficácia do direito à saúde nas relações privadas.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 107.

¹¹⁷ SARLET, 2004, p. 367.

3 DIREITO HUMANO À SAÚDE

Em que pesem todas as considerações anteriormente tecidas acerca dos direitos fundamentais e da fundamentalidade dos direitos sociais, entende-se necessária uma análise pormenorizada do direito à saúde, de modo a contextualizá-lo na Constituição brasileira vigente.

3.1 SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL

A Constituição de 1988 privilegiou os direitos humanos fundamentais, bem como inseriu, ao lado dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, do Título II), direitos sociais (Capítulo II, do Título II).¹

Nesse sentido bem resume Humenhuk:

Se os direitos sociais estão insculpidos em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do homem e que possuem os mesmos atributos e garantia destes direitos.²

A Constituição Federal de 1988, de cunho eminentemente social, reconhece a saúde como direito fundamental social, em seu artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.³

Sob essa ótica, com a finalidade de garantia e efetividade do direito à saúde, passa a ser um direito que exige prestações positivas por parte do Estado, sob pena de ineficácia de tal direito.

¹ SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 14-15.

² HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr.2011.

Ainda, para que não haja qualquer tipo de dúvida, a Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90), no disposto do art. 2º, confirma, de forma escoreta e indubidosa, qual a natureza dos direitos sociais, ao assinalar expressamente que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover de condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”⁴

Desse modo, indubitável mencionar que o direito à saúde é um direito fundamental social, uma vez que é possuidor de todas as características inerentes a estes direitos, conforme dispõe o art. 5º, § 1º⁵ da Constituição Federal de 1988, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. No entanto, ainda que surgisse alguma polêmica a respeito, poder-se-ia obter socorro na norma do art. 5º, § 2º⁶ da Constituição Federal de 1988, a qual desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, mas como um direito fundamental implícito.⁷

Para Bontempo:

Os direitos sociais, da mesma forma que os direitos civis e políticos, ‘são autênticos direitos fundamentais, dotados de eficácia e plenamente exigíveis judicialmente’ e, por serem direitos fundamentais, ‘devem ser interpretados de modo a garantir a dignidade da pessoa humana; seus efeitos devem ser maximizados ou otimizados, nos termos do princípio da aplicabilidade imediata.’⁸

Assim, Salazar e Grou afirmam que “os direitos fundamentais passaram a integrar o núcleo protegido pela cláusula pétrea, condição até então exclusiva de algumas normas atinentes à organização política do Estado.”⁹

Nesse sentido, entende Sarlet:

Verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade, e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma satisfação de cunho notoriamente

⁴ BRASIL. **Lei n. 8.080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.

⁵ “Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 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”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

⁷ HUMENHUK, loc. cit.

⁸ BONTEMPO apud SALAZAR; GROU, 2009, p. 27-28.

⁹ SALAZAR; GROU, 2009, p. 16.

excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).¹⁰

Em sendo assim, o direito à saúde deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana, em consonância com a justiça social a ser alcançada, externam o direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo com toda sua fundamentalidade.¹¹

Verificando a saúde como um direito humano fundamental social, reporta-se, agora, o direito à saúde na ordem jurídico constitucional brasileira.

3.2 SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No Brasil, a saúde é considerada um direito fundamental diretamente ligado ao direito à vida, que é considerado um dos mais importantes direitos fundamentais. Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a obrigação de o Estado garanti-lo, obrigando o Poder Público a legislar, atuar e administrar junto aos cidadãos.¹²

O direito à saúde, por ser considerado corolário do direito à vida, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana¹³, integrando o núcleo do mínimo existencial, ao qual é atribuída eficácia plena e aplicabilidade imediata^{14 15}.

A Constituição Federal de 1988 também reconheceu a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos fundamentais, que segundo Salazar e Grou, “um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos.”¹⁶

¹⁰ SARLET apud SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

¹¹ HUMENHUK, loc. cit.

¹² ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 113.

¹³ Ibid., p. 13.

¹⁴ “O § 1º do artigo 5º determinou aplicabilidade imediata às normas que abrigam direitos humanos fundamentais, vinculando de modo imediato os Poderes Públicos, entidades públicas e privadas”. Cf. SALAZAR; GROU, 2009, p. 16.

¹⁵ Ibid., p. 14.

¹⁶ Ibid., p. 17.

A respeito da conexão entre as categorias de direitos fundamentais, leciona Silva:

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. [...]¹⁷

Por sua vez, o direito à saúde se inicia logo no artigo 1º da Carta Magna de 1988, que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Complementando o objetivo da República, tem-se a promoção do bem-estar de todos, exemplificada no artigo 3º. O artigo 5º assegura a inviolabilidade do direito à vida, já o artigo 6º garante os direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde. ¹⁸

Estando o direito à saúde, topograficamente, na Carta Magna de 1988, no art. 6º, ou seja, dentro do “Título II – Dos direitos e garantias fundamentais”, vê-se que este é direito fundamental, conforme demonstrado no item anterior, e que por isso pode ser aplicado de forma imediata. ¹⁹

O artigo 196²⁰ apresenta a saúde como direito de todos e dever do Estado²¹ em assegurá-lo. No entanto, em que pese ser dever do Estado garantir o direito à saúde mediante políticas públicas, o artigo 199²², juntamente com o artigo 197²³, que atribui à iniciativa privada um caráter suplementar que será regulamentado pela Lei nº 9656/97, definem que não é monopólio do Estado a prestação da saúde²⁴.

Ainda se tem a Lei nº 8080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços corresponden-

¹⁷ SALAZAR; GROU, 2009, p. 17.

¹⁸ Ibid., p. 18.

¹⁹ MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68.

²⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

²¹ Nos artigos 22 e 23, determinam que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado da saúde. E, de forma concorrente, a União, os Estados e o Distrito Federal legislarem sobre proteção e defesa da saúde. Cf. SALAZAR; GROU, 2009, p. 19.

²² “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

²³ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

²⁴ MATEUS, op. cit., p. 70.

tes. O referido diploma legal estabelece, em seu artigo 2º, que o Estado é responsável pelo provimento da saúde, no entanto, em seu § 2º²⁵ não exclui a atuação da iniciativa privada.

Contudo, a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais acaba acarretando a violação dos direitos civis e políticos, pois a vulnerabilidade do direito social à saúde está intimamente relacionada à vulnerabilidade do direito à vida e à liberdade, o que permite, em alguns casos, o exercício da autodeterminação e da consecução de um projeto de vida.²⁶

Tem-se, portanto, que o direito à saúde, por guardar íntima relação com o direito à vida e à liberdade, deve ter sua eficácia garantida, inclusive, pelos entes privados que optaram por fornecer assistência a este bem, que é considerado de relevância pública.

Assim, com base nos ensinamentos de Sarlet, pode-se definir a saúde como um conjunto completo e multidimensional de posições jurídicas destinadas a assegurar uma vida com dignidade visando à busca do pleno bem-estar físico e mental do indivíduo.²⁷

3.3 DIMENSÃO POSITIVA E NEGATIVA DO DIREITO À SAÚDE

As normas de direitos fundamentais, como visto anteriormente, são dotadas de eficácia e aplicabilidade e, em função do seu caráter multifuncional, podem ser classificadas, conforme leciona Sarlet, em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações, o primeiro reclama uma abstenção por parte do Estado, já o segundo exige uma ação.²⁸

Para Sarlet:

[...] o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada

²⁵ “Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. [...] § 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Cf. BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**, loc. cit.

²⁶ SALAZAR; GROU, 2009, p. 18.

²⁷ MATEUS, 2008, p. 71.

²⁸ Ibid., p. 71

natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.²⁹

Contudo, fica evidente o papel do Estado, uma vez que este deve assumir a função precípua de concretizador do direito à saúde, seja atuando como provedor dos serviços de saúde, seja não interferindo no exercício individual do direito ou impedindo que terceiros o façam. O Estado deve, além de adotar medidas prestacionais de serviços à saúde, garantir que qualquer particular que venha a atuar na área não lese o direito à saúde.³⁰

3.3.1 Dimensão positiva do direito à saúde

A dimensão positiva (dimensão prestacional) refere-se a uma atitude, em regra, por parte do Estado, pois este tem o dever de realizar prestações ou possibilitar que elas sejam realizadas com o intuito de proporcionar uma vida digna para a população. Importante ressaltar que cabe aos particulares e entidades privadas colaborar para a efetividade do direito à saúde, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é expressa no que refere ao direito à saúde, conforme se conclui da leitura do artigo 199³¹, no qual dispõe que: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.³²

No entanto, a norma constitucional não se infere, ao menos explicitamente, se o direito à saúde como direitos a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana, ou seja, se abrange desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, entre outros. Ou se está adstrito às prestações básicas e vitais em termos de saúde.³³

²⁹ SARLET apud TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 57-58.

³⁰ TRETTEL, 2010, p. 58.

³¹ MATEUS, 2008, p. 78.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, loc. cit.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./ out./ nov., 2007. Disponível em : <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

Portanto, caberá ao legislador Federal, Estadual ou Municipal, de acordo com a competência, definir o que é direito à saúde. Bem como caberá ao Judiciário interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais que a concretizam.³⁴

Sem embargo, se porventura o Poder Executivo vulnerar determinado preceito constitucional, é possível que o Poder Judiciário intervenha em sua esfera de atuação, no sentido de manter segura a ordem constitucional vigente.

Inobstante, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, estabelece que “nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá deixar de ser apreciada pelo poder judiciário”³⁵, isto é, sempre que o cidadão tiver seu direito lesado pelo Poder Público ou por outro particular, ser-lhe-á permitido socorrer-se do Poder Judiciário.

Contudo, abstendo-se o Poder Público ou ente privado de cumprir sua obrigação constitucional, não resta outra alternativa ao Judiciário senão compeli-lo a tornar efetivo o direito à saúde, isto se levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e a imediata aplicabilidade do direito fundamental à saúde.³⁶

3.3.2 Dimensão negativa do direito à saúde

A dimensão negativa (direitos de defesa) dos direitos fundamentais implica uma atitude omissiva, um não fazer por parte do Estado, que se estende também aos particulares.³⁷

Nesse sentido, entende Sarlet:

[...] os direitos de defesa geralmente – e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve abster-se de ingerir na esfera de autonomia pessoal ou de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou dos destinatários da norma.³⁸

Pode-se dizer que é um dever de abstenção, um dever jurídico de respeitar o outro que, se desrespeitado, pode exigir por meio de um órgão estatal, o Judiciário, que tal afetação seja cessada.³⁹

³⁴ SARLET, loc. cit.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**, loc. cit.

³⁶ SARLET, loc. cit.

³⁷ MATEUS, 2008, p. 71.

³⁸ Ibid., p. 71.

³⁹ Ibid., p. 71-72.

Do mesmo modo, a dimensão negativa do direito à saúde pode ser verificada a partir do impedimento, abstenção de ações que possam resultar em algum prejuízo à mesma.⁴⁰

Ainda, no que tange à dimensão negativa ou defensiva do direito à saúde, bem como de outros direitos fundamentais, há o princípio da proibição do retrocesso, que se trata da impossibilidade de uma vez concretizada a eficácia plena de uma determinada norma constitucional, através de legislação infraconstitucional pertinente, ao legislador é defeso revogá-lo, mas, por outro lado, poderá substituí-la por outra, ainda que esta outra diminua os benefícios sociais antes concedidos, tendo como limite a esta diminuição o mínimo existencial.

Sobre o tema, define Barroso:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. [...] O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação.⁴¹

Nesta senda, a proibição do retrocesso social abrange mais do que impossibilidade de revogação de normas infraconstitucionais, de modo que impõe limites à reforma da constituição.⁴²

Sob esse prisma, quanto ao direito à saúde, sabe-se que este, por ser imprescindível a uma vida com dignidade, não poderá ser suprimido pelo legislador do texto constitucional, uma vez que este representa um importante avanço e conquista da sociedade na busca da satisfação desse direito fundamental, pois a proibição do retrocesso visa estabelecer limites à atuação do legislador para que seja garantida a preservação da Constituição.⁴³

3.4 SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

⁴⁰ MATEUS, 2008, p. 72.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152-153.

⁴² MATEUS, op. cit., p. 72.

⁴³ Ibid., p. 78.

Não são todos os direitos sociais que possuem a característica público-subjetiva, pois somente em alguns casos será garantida ao cidadão, de forma imediata, uma prestação efetiva. Pois, para se falar em eficácia, é necessário que se decorra expressamente do texto constitucional, igualmente como ocorre com o direito à saúde.⁴⁴

No mesmo sentido, dispõem Canotilho e Moreira:

Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde [...].⁴⁵

Com base no art. 196 da Constitucional Federal de 1988, é possível afirmar acerca da existência de um direito público subjetivo oponível contra o Estado, independente de previsão em legislação ordinária e passível de reclamação pelo titular do direito via judicial e/ou administrativa.⁴⁶

A dimensão subjetiva da saúde reside na prestação sanitária em espécie, a qual pode ser reclamada pelo titular deste direito diante da inação do Estado. Essa dimensão proporciona ao cidadão uma imediata prestação efetiva⁴⁷ que deve ser integral, tendo em vista que a saúde é considerada mínimo vital.

No que concerne à eficácia e efetividade do direito à saúde, Sarlet aponta a dupla dimensão do direito à saúde, negativa e positiva.

[...] dimensão negativa, ou seja, direitos fundamentais como direitos negativos, o Estado (e os particulares) tem o dever de não afetar o direito à saúde das pessoas, e qualquer ação em sentido contrário, ofensiva à saúde, pode ser objeto de uma demanda judicial. Sobre a dimensão positiva ou prestacional, o autor pondera existirem dificuldades não presentes na dimensão negativa.⁴⁸

Seguindo essa linha, Barroso classifica o direito à saúde como:

[...] integrante dos direitos sociais e como norma constitucional definidora de direitos. Estas normas, explica o autor, criam, para seus beneficiários, 'situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas'. Caso as prestações não sejam satisfeitas, pelo estado ou por quem tenha o dever jurídico de realizá-las, tem-se a possibilidade de seus destinatários postularem seu cumprimento, inclusive por via judicial. Tem-se configurado desse

⁴⁴ SCHWARTZ, 2001, p. 56-57.

⁴⁵ CANOTILHO; MOREIRA apud SCHWARTZ, 2001, p. 56-56.

⁴⁶ SCHWARTZ, 2001, p. 56.

⁴⁷ Ibid., p. 74.

⁴⁸ SARLET apud SALAZAR; GROU, 2009, p. 32-33.

modo, o direito subjetivo, ou seja, o poder de ação, de exigir a satisfação de um determinado interesse.⁴⁹

Ainda no que se refere à máxima eficácia do direito à saúde, Sarlet aduz sua fundamentalidade formal e material, que serve para garantir a concretização do referido direito além do estabelecido por regulamentos administrativos.⁵⁰

Seguindo os ensinamentos de Sarlet, pode-se dizer que a fundamentalidade formal encontra-se intimamente ligada ao direito constitucional positivo e que na Constituição Federal de 1988 desdobra-se em três elementos:

[...] a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na constituição escrita, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (se assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.⁵¹

Por outro lado, no que diz respeito à fundamentalidade em sentido material, pode-se concluir que está ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional. Desse modo, a saúde, dada sua inquestionável importância para a vida humana, dispensa maiores comentários.

Assim, não restam dúvidas que, inclusive, os particulares têm o dever de fornecer integralmente o direito à saúde, pois devem respeitar o direito fundamental a que se propuseram a prestar.

Desse modo, é indubitável que a saúde é direito público subjetivo que deve ser propiciado pelo Estado, bem como pelos particulares a todos os brasileiros, sob pena de ser instalada demanda judicial.⁵²

Para Sarlet:

Também o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e refletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que possa admitir que a assim denominada ‘eficácia horizontal’ dos direitos fundamentais, em

⁴⁹ BARROSO apud SALAZAR; GROU, 2009, p. 28.

⁵⁰ SARLET apud SALAZAR; GROU, 2009, p. 33.

⁵¹ Ibid., p. 33.

⁵² SALAZAR; GROU, 2009, p. 34.

suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público.⁵³

Em sendo assim, vê-se que os dispositivos que abrigam o direito à saúde não estão diretamente relacionados ao Estado, de modo que produzem efeitos, da mesma maneira, nas relações privadas. Logo, de acordo com o caso concreto, existirão direito subjetivo público e direito subjetivo privado.⁵⁴

Por fim, cumpre destacar que, independente de serem os serviços de saúde prestados por particulares ou não, eles não podem nunca fugir ao interesse público, escapando aos ditames da dignidade humana e da prevalência do direito à vida, isto porque são considerados como de relevância pública.⁵⁵

3.5 ASSISTÊNCIA À SAÚDE PRESTADA POR PARTICULARES

Conforme visto anteriormente, cumpre ao Estado prover condições para o exercício do direito à saúde, no entanto, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988 e pelas Leis infraconstitucionais, este dever não está adstrito somente ao Estado, podendo, portanto, ser estendido à iniciativa privada, ou seja, pelos planos de assistência privada à saúde.

Assim, é a partir desta relação existente entre operadoras de planos de saúde e seus usuários que surge a grande questão a ser respondida, pois estaria o direito à saúde sendo efetivado nestas relações?

Como prerrogativa para responder a esta questão, precisa-se, primeiramente, destacar alguns pontos relevantes concernentes a este ponto.

Inicialmente, vale destacar que se trata de uma relação de consumo, portanto protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pela Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080/1990, que erigiu os princípios norteadores da saúde no Brasil, independente de ser esta prestada por pessoas físicas ou jurídicas de natureza pública ou privada, de modo que

⁵³ SALAZAR; GROU, 2009, p. 34.

⁵⁴ Ibid., p. 34.

⁵⁵ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**, loc. cit.

constitui a base de todas as outras regras que versem sobre saúde, ainda que parcialmente ou que venham a complementá-la, como é o caso da Lei nº 9656/1998.

Desta forma, os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para a prestação dos serviços de saúde também têm incidência quando o responsável pela assistência é a iniciativa privada. Por esses princípios, pode-se citar a integralidade e a igualdade.⁵⁶

De acordo com o princípio da integralidade, a saúde do contratante, que é objeto do contrato, deve prevalecer sobre eventuais limitações contratuais. Em atenção a este princípio, a Lei de Planos de Saúde estabeleceu um plano referência que deve cobrir todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a saúde, da Organização Mundial de Saúde (artigo 10 da Lei nº 9656/1998).⁵⁷

Sendo assim, observada a segmentação contratada, o atendimento à saúde deve ser integral, cobrindo as ações preventivas e os tratamentos necessários para a recuperação da saúde do consumidor.

Segundo Salazar e Grou,

a regulamentação da ANS – Agência Nacional de Saúde é importante instrumento para conferir organização e racionalidade ao setor privado, contudo, deve ser afastada sempre que as peculiaridades do caso concreto exigirem tratamento inicialmente não incluído no rol da ANS, mas mais eficaz naquele caso.⁵⁸

No que remete ao princípio da igualdade, este proíbe as operadoras de privilegiar o atendimento ao consumidor que não seja de urgência, bem como proíbe a restrição do consumidor por idade ou deficiência, conforme disposto no artigo 14 da Lei de Planos de Saúde.⁵⁹

Em atendimento às leis citadas, devido à vulnerabilidade do adquirente e por se tratar de um contrato de adesão, onde a parte não tem faculdade de transigir sobre as condições de contratação, deve-se observar a boa-fé e o equilíbrio nas relações.

Nesse sentido, preceitua Marques:

[...] a vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formando o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta não só por proteger a

⁵⁶ SALAZAR; GROU, 2009, p. 52.

⁵⁷ Ibid., p. 52.

⁵⁸ Ibid., p. 52.

⁵⁹ Ibid., p. 53.

vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por abuso do poderio econômico do fornecedor, como exigia a lei francesa, ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública de proteção do CDC e a autonomia de vontade não prevalecerá.⁶⁰

Ademais, torna-se evidente que as cláusulas eivadas de ilegalidade são passíveis de nulidade pelo Poder Judiciário, desse modo pode-se mencionar as que permitem a variação da mensalidade sem previsão clara e objetiva e ainda as que limitam a cobertura de doenças ou procedimentos.

Por fim, levando-se em consideração o arcabouço jurídico que envolve a questão, o Poder Judiciário tem afastado com mais facilidade o entendimento que beneficia o conteúdo do contrato, pois, quanto maior a desigualdade dos envolvidos, maior será a prevalência do direito fundamental em jogo e menor será a autonomia da vontade.⁶¹

A partir dessa perspectiva é possível extrair a possibilidade de vinculação dos particulares a direitos fundamentais.⁶² No entanto, a referida vinculação tem gerado grande discussão sobre a eficácia nas relações entre particulares dos direitos fundamentais, principalmente no âmbito da vinculação referente aos direitos sociais, que, conforme já tratado, também são direitos fundamentais dotados de eficácia e normatividade. Logo, compete analisar as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como a forma de eficácia aceita, para então analisar essas possibilidades no âmbito dos direitos sociais, especificamente na questão do direito à saúde.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 741-742.

⁶¹ SALAZAR; GROU, 2009, p. 99.

⁶² MATEUS, 2008, p. 91.

4 EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme já demonstrado, os direitos fundamentais sociais, no caso o direito à saúde, em princípio era exercido, somente, pelo Estado. No entanto, com o desenvolvimento do Estado Social de Direito, essa possibilidade se estendeu aos particulares, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, será estudada a questão da constitucionalização e publicização do Direito Privado, abordando as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como a teoria adotada no Brasil, com o fim de se demonstrar que o direito à saúde, ainda que provido por um particular e que envolva uma relação de consumo, deve ser efetivado, pois se trata de um direito fundamental.

4.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No início do século XX, com a Primeira Grande Guerra, houve um marco final na divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, passando esses a terem uma relação de dependência e complementaridade e a Constituição, que até então tinha por objetivo limitar o poder político, passou a regular a atividade dos indivíduos.¹

Desde então, o Direito Público começou a utilizar-se de instrumentos e institutos privados, ao tempo que o Direito Privado passou a se publicizar. Isso porque foi atribuída aos institutos típicos do Direito Privado uma preocupação, um objetivo social, como é o caso da função social do contrato.²

Ressalta-se, que atualmente, o Código Civil tem seu texto marcado com a ideia de publicização, pois, de acordo com a função social dos contratos, os interesses individuais devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, que, não se tem dúvida,

¹ MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 88-89.

² Ibid., p. 89.

estão presentes nos contratos que versam sobre a saúde das pessoas, conforme artigo 421³ do Código Civil de 2002.⁴

Ainda, decorre da publicização a constitucionalização na interpretação e aplicação do direito, que, segundo Facchini, representa “de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado, e o direito privado do outro.”⁵

A constitucionalização do direito privado pode ser verificada a partir de duas funções: a primeira é chamada relevância constitucional das relações privadas, que implica o deslocamento de certos institutos do direito privado para o texto constitucional; a segunda, através da interpretação que vincula o direito aos princípios constitucionais, de modo especial, a direitos fundamentais, ou seja, a Constituição é vista como fonte de valores que informam as regras de direito civil.⁶

A aproximação entre as esferas ocasionou um importante avanço, pois se mostra crescente o reconhecimento da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo Corrêa, “passa-se a aplicar, independentemente de lei regulamentadora, os princípios constitucionais às relações privadas entre particulares, sobretudo em casos que envolvam a defesa do mínimo existencial ao ser humano”.⁷

Como consequência da aproximação entre público e privado, apontam-se alguns princípios que servem de alicerce ao direito privado.

Destaca-se, inicialmente, o princípio da igualdade, que garante um tratamento diferenciado aos indivíduos que possuem situações diferentes dentro de uma relação jurídica.⁸

Outro princípio de grande relevância é o da função social, pois, por meio desse princípio, o direito passa a tutelar valores socialmente relevantes ainda que extracontratuais.⁹

Entretanto, em que pese a aproximação do direito público e do direito privado, é latente a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre

³ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Cf. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 26 maio 2011.

⁴ SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 103.

⁵ FACCHINI, 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. 11.

⁶ MATEUS, 2008, p. 89-90.

⁷ CORRÊA, Samantha. Efeitos da publicização e constitucionalização do direito privado. **Consulex**, Brasília, DF, v. 14, n. 331, p. 62-63, nov. 2010.

⁸ Ibid., p. 63.

⁹ Ibid., p. 63.

particulares, principalmente no que concerne à vinculação dos direitos sociais, mesmo esses dotados de eficácia e normatividade.

Assim, analisar-se-ão, a partir de agora, as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente no âmbito do direito social à saúde.

4.2 TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais, além de vincularem todos os poderes públicos, também exercem sua eficácia na esfera jurídico-privada, ou seja, nas relações entre particulares.

Desse modo, os direitos fundamentais, ao tempo que asseguram posições jurídicas subjetivas dos indivíduos em face do Estado, veiculam valores de ordem objetiva, que há de comandar a vida social e orientar as ações dos poderes públicos.¹⁰

A noção de eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares e o dever de proteção é extraída da dimensão objetiva. A ideia de proteção remete ao Estado o dever de prevenir que os direitos fundamentais sejam lesionados por terceiros.¹¹

Sob esse prisma, leciona Sarmento:

[...] que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.¹²

Desse modo, exercendo os direitos fundamentais eficácia nas relações privadas, abordar-se-ão as teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto et al (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro; Renovar, 2008. p. 150.

¹¹ Ibid., p. 154.

¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 107.

4.2.1 Teoria da eficácia imediata (direta)

Hans Carl Nipperdey, na década de 50, foi o primeiro a defender a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, sob o argumento de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral.¹³ Ou seja, ele defendeu que alguns direitos fundamentais têm incidência imediata nas relações entre particulares.¹⁴

Corroborando esse entendimento, Zippelius afirma “que quando tais direitos não forem suficientemente protegidos pelo legislador na esfera privada, as normas constitucionais que os consagram produzirão efeito direto de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos.”¹⁵

Desse modo, a teoria da eficácia direta está fundamentada no fato de os direitos fundamentais serem expressão máxima dos valores adotados por um Estado e, portanto, aplicáveis a toda ordem jurídica. Além disso, a força normativa da Constituição faz com que todas as normas infraconstitucionais, inclusive as do Direito Privado, devam-lhe obediência.¹⁶

A teoria referida reconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de modo que esses irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, independente da atuação legislativa ou jurisdicional. Portanto, assume a condição de direitos subjetivos constitucionais, isto para vincularem os particulares às relações privadas, inclusive para condicionar e restringir o exercício da autonomia privada.

Com efeito, são atribuídas diversas críticas à teoria da eficácia direta, desenvolvidas, em grande parte, pelos defensores da teoria da eficácia indireta. As principais objeções em seu desfavor dizem respeito à falta de preceito constitucional que vincule expressamente os particulares às normas de direito fundamental; ao risco de estar aniquilando a autonomia privada, em razão da dominação do direito público; à afronta ao princípio democrático, a separação dos poderes e a segurança jurídica.¹⁷

¹³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 220.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 157.

¹⁵ ZIPPELIUS apud SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 221.

¹⁶ NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. 180 f. Tese (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5623>. Acesso em: 14 maio 2011.

¹⁷ MATEUS, 2008, p. 117.

Os defensores da teoria da eficácia direta, em contraponto, articulam que aludidas críticas são alicerçadas em premissas equivocadas. Aduzem que se não se estabeleceu limitação constitucional, porque o legislador constituinte não quis que os particulares fossem vinculados. De outra banda, dada à grande diferença entre a relação Estado-particular e particular-particular, pois nesta última há a regência do princípio da autonomia privada, é que se torna impossível conferir a mesma eficácia direta atribuída ao Estado.¹⁸ Nesse sentido, Steinmetz defende que:

[...] não se está propondo que os direitos fundamentais irão simplesmente suplantam e extirpar a autonomia privada do ordenamento jurídico, mesmo porque esta também é princípio fundamental, e exatamente por isso, pode ser ponderada frente a outros direitos também fundamentais.¹⁹

Ubillos, citado por Sarmento, também insiste na necessidade de se ponderar o direito fundamental com a autonomia privada do particular em cada caso concreto, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas.²⁰

Quanto à última objeção, não há como se cogitar a violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, pois a mediação dos direitos fundamentais a ser realizada pelos juízes e tribunais está condicionada à inexistência de prévia mediação realizada pelo legislador infraconstitucional. Em relação ao princípio da segurança jurídica, ficaria a eficácia imediata à mercê da insegurança, pois os princípios constitucionais, devido à sua vagueza e indeterminação, são incompatíveis com a necessidade de regras claras e determinadas no âmbito privado.²¹

No que concerne à segurança jurídica, as teorias da eficácia direta e indireta guarnecem das mesmas deficiências, pois para preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados os juízes levam em consideração a ponderação de valores, comprometendo, desta forma, a segurança jurídica.

Contudo, percebe-se que, ao se assegurar aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares, não se estará suprimindo a autonomia privada.²²

¹⁸ MATEUS, 2008, p. 119.

¹⁹ STEINMETZ apud MATEUS, 2008, p. 119.

²⁰ UBILLOS apud SARMENTO, 2006, p. 206.

²¹ MATEUS, op. cit., p. 119.

²² Ibid., p. 123.

4.2.2 Teoria da eficácia mediata (indireta)

A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais pode ser vista como uma construção intermediária, uma vez que está entre aqueles que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aqueles que sustentam sua aplicabilidade direta.²³

Nesse passo, ressalta Sarmento:

A diferença essencial consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume.²⁴

De acordo com essa teoria, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não ocasiona sua incidência direta nas relações privadas, de modo que implicam a necessidade de que sejam levadas em conta, pelo estado, na criação legislativa ou na interpretação do direito privado. Desse modo, deverá sempre haver um órgão estatal, considerado destinatário direto, que atue como mediador da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas.²⁵

Os defensores da teoria da eficácia medida sustentam que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode ocorrer, uma vez que acabaria exterminando a autonomia da vontade, de modo a desfigurar o direito privado.²⁶

Outrossim, defendem que é através do Poder Legislativo que os preceitos constitucionais se estendem ao âmbito privado, portanto caberia a esse disciplinar as relações privadas de modo a torná-las compatíveis com os preceitos constitucionais.²⁷ Isso porque é o Poder Legislativo quem estabelece, define e delimita o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações interprivadas através da lei.²⁸

Além disso, a teoria em comento afirma que é por meio das cláusulas gerais, tais como os bons costumes, moral e boa-fé, que atuam os intercâmbios valorativos entre direito público e direito privado.

²³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 210.

²⁴ Ibid., p. 199.

²⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 160.

²⁶ Ibid., p. 160.

²⁷ SARMENTO, 2006, p. 200.

²⁸ NAKAHIRA, loc. cit.

Desse modo, cumpre destacar que, ao aplicar os preceitos de direito civil nas relações entre particulares, o intérprete deverá utilizar como parâmetro os direitos fundamentais.²⁹

4.2.3 Teoria da negação (*state action*)

A teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sua origem no direito norte-americano, com aceitação na doutrina e na jurisprudência, sob o argumento de que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense não impõem direitos aos particulares frente a outros particulares, de modo que impõem limitações apenas aos poderes públicos.³⁰

Existem ainda argumentos teóricos e o principal refere-se à preocupação com a autonomia privada.³¹ Laurence Tribe explica o referido entendimento:

[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.³²

Outro argumento defendido pela teoria *state action* é que este se liga ao pacto federativo, pois, nos Estados Unidos, a competência para legislar sobre Direito Privado compete aos Estados e não à União, exceto quando se tratar de matéria que discipline o comércio interestadual ou internacional.³³

A Suprema Corte Americana, na década de 40, passou a adotar a chamada *public function theory*, que preconizava a sujeição dos particulares às limitações constitucionais quando desenvolvessem atividades essencialmente estatais.³⁴

²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 161.

³⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 198.

³¹ Ibid., p. 199.

³² TRIBE apud SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 199.

³³ QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da horizontalização dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc>. Acesso em: 27 maio 2011.

³⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 201.

Posto isso, importante ressaltar que a doutrina dominante não questiona os pressupostos da teoria *state action*, no entanto existem alguns doutrinadores que contestam referido entendimento. Nesta senda, pode-se citar a indagação de Kairys: “na esfera pública [...] conceitos básicos de liberdade, democracia e igualdade são aplicáveis. No entanto, na esfera privada, que inclui quase toda atividade econômica, nós não permitimos nenhuma democracia ou igualdade, apenas a liberdade para comprar e vender.”³⁵

Também em sentido contrário à referida teoria, o professor Erwin Chemerinsk leciona:

[...] afirmar que a doutrina da *state action* é desejável porque preserva a autonomia e a liberdade é olhar apenas para um dos lados da equação [...]. De fato, de acordo com a doutrina da *state action*, os direitos do violador privado são sempre favorecidos em relação aos direitos das vítimas. Dessa forma, a *state action* só promove a liberdade se se considerar que a liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos.³⁶

Para Sarmento a doutrina do *state action* “não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas.”³⁷

No mesmo sentido, Nowak e Rotunda sustentam que deveria haver uma ponderação no que concerne à questão da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.³⁸

Assim, apesar de a teoria do *state action* não proporcionar um adequado tratamento aos direitos fundamentais frente às pessoas e organizações do âmbito privado, alguns países já aderiram a ela, como o Canadá e a África do Sul.³⁹

4.2.4 Teoria dos deveres de proteção

³⁵ KAIRYS apud SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 206.

³⁶ CHERMERINSKY apud SARMENTO, 2006, p. 195-196.

³⁷ SARMENTO, 2006, p. 196.

³⁸ Ibid., p. 197.

³⁹ Ibid., p. 105.

A teoria dos deveres de proteção impõe aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares.⁴⁰

Para esta teoria a melhor forma de resolver o problema da eficácia (vertical e horizontal) dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada é ter o Estado como destinatário principal dos direitos fundamentais, cuidando-se, à evidência, de uma proteção que, em regra, ocorre de forma mediata, notadamente levada a efeito pelo legislador e, subsidiariamente, pelos órgãos do Poder Judiciário.⁴¹

A teoria dos deveres de proteção segundo Sarlet:

Apresenta a vantagem de viabilizar um tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais do Direito Privado, partindo do reconhecimento de uma competência normativa dos sujeitos privados, admitindo o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados.⁴²

Ademais, a mencionada teoria aproxima-se muito, quanto aos efeitos, da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que também reclama, em princípio, a mediação do legislador. Isso porque caberia ao legislador disciplinar os comportamentos privados, de modo a evitar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais.⁴³

Para tanto, a teoria de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais é dever do legislador e não do Poder Judiciário. Todavia, somente poderá haver intervenção do Poder Judiciário quando o legislador não garantir a devida proteção ao direito fundamental em voga no caso concreto, bem como quando não conferir o devido peso à proteção da autonomia dos particulares.⁴⁴

Assim, de acordo com a teoria dos deveres de proteção, aos órgãos jurisdicionais seria atribuída a função subsidiária e complementar da atividade do legislador, competindo-lhe respeitar as ponderações, em consonância com a ordem constitucional vigente, realizadas por esse e o projeto desenhado pelo constituinte originário.

⁴⁰ MATEUS, 2008, p. 108.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 126.

⁴² Ibid., p. 127.

⁴³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 238.

⁴⁴ Ibid., p. 239.

4.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A partir da análise das teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, passar-se-á ao estudo da eficácia nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A violência e a desigualdade existentes na sociedade brasileira justificam a grande preocupação em tutelar os direitos humanos no âmbito privado. Por conta disso, no ordenamento jurídico brasileiro defende-se que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata.⁴⁵

A Constituição Federal de 1988 é o ápice do sistema jurídico, portanto deve ser respeitada, assim como a autonomia privada e a garantia da separação dos poderes, o que reafirma que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é direta e imediata. Isso não significa dizer que, por ser função do legislativo dispor sobre a composição dos conflitos no âmbito do direito privado, ao Poder Judiciário é vedada sua interferência.⁴⁶

Nesse sentido, defende Sarlet que “[...] também na ordem constitucional pátria [...] inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses que não tenham por destinatário exclusivo o poder público.”⁴⁷

Um pouco mais além e se fundamentando no princípio da dignidade da pessoa humana, posiciona-se Castro:

[...] 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 sobre as relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através do tempo granjearam assento nos estatutos supremos das nações.⁴⁸

Tependino, por sua vez, como instrumento de humanização e solidarização do Direito Civil, também defende a aplicação direta dos direitos fundamentais sobre as relações

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 247-248.

⁴⁶ MATEUS, 2008, p. 132.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais e direitos privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, 2000, p. 152.

⁴⁸ CASTRO apud SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 258.

privadas. Para ele, o principal instrumento de tutela da pessoa humana nas relações privadas é a dignidade da pessoa humana, pois esta é capaz de incidir em todas as situações em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja ponto de referência objetivo.⁴⁹

Nesse passo, o reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas resta comprovado, com o disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, § 1º, que diz serem as normas definidoras de direitos fundamentais dotadas de aplicabilidade imediata.

Assim, segundo Sarlet, citado por Mateus, tem-se que a Constituição “exige o reconhecimento de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.”⁵⁰

Igualmente, a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas é direta e imediata. No entanto, segundo Sarmento, é necessário analisar a ligação dos direitos sociais nas relações entre particulares com o princípio da solidariedade⁵¹.⁵²

O princípio da solidariedade, segundo o mencionado autor, é um dos pilares de vinculação entre particulares e direitos fundamentais sociais, onde, de um lado, está o dever primário do Estado de garantir os direitos fundamentais e, de outro, está o dever secundário da sociedade em assegurá-los.⁵³

Além disso, o princípio da solidariedade, ao sedimentar a ideia de que cada indivíduo é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais, fundamenta o reconhecimento de uma eficácia dos direitos sociais nas relações privadas.⁵⁴

Mesmo referente à dimensão positiva/prestacional dos direitos fundamentais sociais, Mateus entende que pode haver a existência de uma eficácia horizontal direta e imediata dos direitos sociais, mas, para tanto, é necessário levar em consideração a relação existente entre as partes da relação jurídico-privada em questão.⁵⁵

⁴⁹ TEPENDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 76-77.

⁵⁰ SARLET apud MATEUS, 2008, p. 133.

⁵¹ Para Sarmento, “[...] a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irreduzível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma irmandados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o lócus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livre e iguais, que se reconhecem como tais”. Cf. SARMENTO, 2006, p. 296.

⁵² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 332.

⁵³ MATEUS, op. cit., p. 135.

⁵⁴ SARMENTO, 2006, p. 296.

⁵⁵ Id., 2004, p. 344.

No mesmo sentido, enfatiza Sarlet, “não há como e por que afastar-se, a priori, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais sociais, mesmo no que diz com a sua dimensão prestacional.”⁵⁶

Entretanto, é necessário que a análise da vinculação dos particulares leve em consideração a dimensão do direito que está sendo avaliado,⁵⁷ bem como a autonomia privada e a desigualdade existente entre as partes, ou seja, que haja ponderação ao reconhecimento da vinculação de um particular a um direito fundamental social prestacional.⁵⁸

Por fim, cumpre ressaltar que todos os argumentos apresentados contra a teoria da eficácia direta e imediata foram refutados. Portanto, presume-se que no ordenamento jurídico brasileiro ocorra o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

4.3.1 Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações privadas no caso das operadoras de planos de saúde

Discorridas as premissas para a compreensão do tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, será iniciado o estudo acerca da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídico privadas entre as operadoras de planos de saúde e os particulares.

A saúde, na condição de direito fundamental social, possui as mesmas prerrogativas dos direitos fundamentais. Assim, as normas de direitos fundamentais devem ser utilizadas como parâmetros interpretativos, de modo que estabelecem uma obrigação também aos particulares no sentido de sua realização.

Desse modo, aplica-se também ao direito fundamental à saúde o disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, § 1º; portanto, a saúde também deve gozar de aplicabilidade imediata, ainda que em uma relação privada. Contudo, é necessário haver uma ponderação em cada caso concreto, levando-se em conta a autonomia privada dos particulares.

⁵⁶ SARLET apud MATEUS, 2008, p. 136.

⁵⁷ MATEUS, 2008, p. 137.

⁵⁸ SARMENTO, 2006, p. 305.

Nesse passo, primeiramente é importante lembrar que o legislador disciplinou na Lei nº 9656/98 a obrigatoriedade de uma cobertura mínima de tratamentos e procedimentos a serem oferecidos pelos planos de saúde, a qual estabelece três modalidades, quais sejam, plano referência⁵⁹, plano mínimo⁶⁰ e plano ampliado⁶¹, na tentativa de garantir o mínimo existencial, de modo que reduziu a autonomia e liberdade contratual das operadoras de planos de saúde, com o fim de garantir a proteção necessária ao direito à saúde.

Destarte, para Mateus, a exclusão de procedimentos e eventos para tratamento de saúde nos contratos de planos privados de assistência à saúde, mesmo os não considerados de cobertura obrigatória pela legislação infraconstitucional, representaria uma ofensa ao direito à saúde e ao mínimo existencial. Nestes casos, como forma de garantia do direito à saúde e ao mínimo existencial, os órgãos jurisdicionais devem determinar que as operadoras de planos de saúde, de forma direta e imediata, garantam o procedimento demandado pelo usuário.⁶²

Porquanto a limitação, exclusão de determinados procedimentos, apesar de autorizados pela legislação infraconstitucional, mostrou-se afrontosa ao mínimo existencial da parte postulante, devendo o Poder Judiciário, não em função da eficácia dos direitos sobre o mesmo, mas sim pela eficácia direta destes nas relações entre particulares, acrescida pelo poderio dos planos de saúde e das cláusulas de abertura existentes no CDC, proferir decisão no sentido de garantia do procedimento pactualmente excluído.⁶³

Nessa perspectiva, aduz Sarlet que:

[...] é possível sustentar a concepção de que, à exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas jusfundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares.⁶⁴

⁵⁹ O plano referência é de oferta obrigatória a todas as empresas que comercializam planos de saúde. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos realizados 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 da Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 da Lei nº 9656/1998. Cf. SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

⁶⁰ O plano mínimo pode ser oferecido a partir de uma combinação possível de quatro modelos isolados, os quais também podem ser ofertados isoladamente. Os quatro modelos são os seguintes: atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento obstetrício e atendimento odontológico. Cf. SILVEIRA, 2009, p. 86.

⁶¹ Essa modalidade oferece coberturas mais amplas e acomodações mais confortáveis que as previstas pelo plano básico. Cf. SILVEIRA, 2009, p. 86.

⁶² MATEUS, 2008, p. 145-146.

⁶³ Ibid., p. 146.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, 2000, p. 156.

Todavia, Martins, em sua tese de mestrado, discorda veementemente do entendimento perfilhado por Mateus e Sarlet, os quais defendem uma eficácia direta, observa-se:

As operadoras de plano de assistência à saúde, fora os procedimentos e eventos em saúde considerados de cobertura obrigatória, não se encontram diretamente vinculadas ao direito à saúde ao ponto de serem obrigadas a cobrir procedimentos médicos que não foram objetos do contrato. O intérprete não pode se olvidar que, em princípio, o direito à saúde é dever do poder público, sendo juridicamente inadequado sustentar que os particulares estejam, em todas as situações, diretamente vinculados ao direito fundamental à saúde ao ponto de se lhe imporem obrigações de prestar serviços, realizar procedimentos ou fornecer medicamentos fora aqueles considerados obrigatórios e que tenham sido objeto de contratação pelo beneficiário.⁶⁵

No entanto, é importante ressaltar que os tribunais brasileiros pesquisados vêm aplicando o direito fundamental à saúde para fins de obrigar as operadoras de planos de saúde a concederem tratamentos médicos que tiveram cobertura contratualmente limitada ou restringida por cláusulas abusivas. Isso ocorre porque, embora se trate de uma relação privada, as operadoras ficam adstritas às regras de caráter constitucional.

Nesse norte, destacam-se algumas ementas de decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros:

DIREITO DO CONSUMIDOR DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – SÍNDROME DE DOWN – SESSÕES DE FISIOTERAPIA E TRATAMENTO POR FONOAUDIOLOGIA – PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – INSURGÊNCIA – LIMITE DE SESSÕES DE FISIOTERAPIA – OMISSÃO CONTRATUAL – PRÁTICA ABUSIVA – NULIDADE – FIM SOCIAL DO CONTRATO – ALEGAÇÃO AFASTADA – SERVIÇO DE FONOAUDIOLOGIA – OMISSÃO CONTRATUAL – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – PROVIDÊNCIA A SER CUMPRIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PEDIDO DE REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FIXAÇÃO ADEQUADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A imposição de limite de sessões de fisioterapia ao filho menor da conveniada, sem respaldo no respectivo contrato, caracteriza prática abusiva ao fornecedor do serviço de saúde, conforme art. 39, II, do CDC.

O contrato de prestação de saúde, por envolver direito absoluto, acarreta ao fornecedor a obrigação de disponibilizar ao seu beneficiário atendimento não somente às doenças que ensejam grandes lucros à empresa, mas também àquelas que não geram ganho porque o contrato, além de objetivar a saúde como um todo, não pode ser instrumento de mercantilização do bem-estar físico e mental dos beneficiários.

⁶⁵ MARTINS, Thiago Penido, *A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas ente operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários*. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em direito de empresa) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/thiagopenidomartinsaeficiadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2011.

Não devem ser reduzidos honorários advocatícios que são fixados com base no zelo profissional, no tempo exigido para o serviço, na natureza da causa e no trabalho realizado pelo causídico.⁶⁶ (grifo nosso)

Nesse caso, o usuário do plano de saúde é portador de Síndrome de Down, e está incluído como dependente de sua mãe no contrato firmado com a operadora de planos de saúde, no entanto, teve limitada a cobertura para sessões de fonoaudiologia e o tratamento fisioterápico foi limitado a 20 (vinte) sessões anuais. Todavia, o contrato celebrado visa a saúde dos participantes, não havendo razão para que haja limitação do número de sessões necessárias a determinado tratamento. Desse modo, primando por uma eficácia do direito à saúde restou sobrepujada a limitação contratual imposta ao segurado.

Referente às limitações contratuais impostas pelas operadoras de planos de saúde também já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de garantir o direito à saúde, por entender que se trata uma relação de extrema desvantagem, devendo, portanto, ser assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o apelado requeria o fornecimento de prótese “*stent farmacológico*”, via intervenção cirúrgica, pois se tratava de procedimento de extrema urgência e essencial à sua sobrevivência, sobrepondo-se o direito à saúde aos direitos patrimoniais.

AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE SAÚDE - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CARDÍACO COBERTO - NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DE STENTS FARMACOLÓGICOS - EXCLUSÃO DA COBERTURA O FORNECIMENTO DE PRÓTESES E ÓRTESES DE QUALQUER NATUREZA - CLÁUSULA LIMITADORA ABUSIVA - APLICAÇÃO DO CDC - CONTRATO FIRMADO ANTES DA LEI 9.656/98 - IRRELEVÂNCIA - DEVER DE COBERTURA ASSEGURADO. Se a cirurgia cardíaca, cuja cobertura foi autorizada pelo plano de SAÚDE, tinha como único objetivo o implante de próteses denominadas ‘stents farmacológicos’, que eram necessários à sobrevivência do segurado, ilícita é a negativa da empresa de assistência à SAÚDE em cobrir os gastos com tais próteses. **Configura-se abusiva a cláusula contratual que prevê a exclusão da cobertura securitária o fornecimento de próteses necessárias ao restabelecimento da SAÚDE do segurado, por colocá-lo em situação de extrema desvantagem, frustrar os objetivos da própria assistência médica que fundamenta a existência dos PLANOS de SAÚDE e, ainda, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana e os demais instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor, plenamente aplicável à relação jurídica estabelecida entre a empresa de plano de SAÚDE e o segurado contratante, ainda que tenha o contrato sido celebrado**

⁶⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2005.035766-7**. Relator: Des. Monteiro Rocha. Florianópolis, 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>>. Acesso em: 28 maio 2011.

antes da edição da Lei nº 9.656/98, por tratar-se de contratação de trato sucessivo, prorrogando-se no tempo e tendo sido, portanto, atingida por tal lei e também pelo CDC.⁶⁷ (grifo nosso)

No mesmo sentido, pronunciou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação cível - Plano de Saúde - Utilização de marcapasso na cirurgia cardíaca - Sentença que determinou ao plano de saúde a cobertura da cirurgia - Inconformismo - Alegação de ilegitimidade passiva rechaçada - O autor utiliza a rede credenciada da ré em razão de intercâmbio - A ré se nega a corrigir a guia médica e negou a cobertura da cirurgia no autor - O contrato prevê a cobertura do tratamento de doença do coração (assistência cardiológica de alto custo), e assim deve fornecer todo o material necessário, sendo no caso, o marca-passo - Aplicação do art. 423 do C.C. e 47 do C.D.C. - Esta Câmara vem entendendo que os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no art. 5º da Constituição Federal - O marcapasso é acessório vinculado ao ato cirúrgico - Precedentes citados - Apelação improvida (Voto 19905).⁶⁸

No presente caso, a usuária do plano de saúde requer o fornecimento de marca-passo para garantir a eficácia de procedimento cirúrgico coberto pela operadora, no entanto esta se recusa a fornecê-lo sob o argumento de não cobertura contratual. Porém o tratamento de doença do coração é coberto, conforme consta no contrato, desta feita o Tribunal de Justiça de São Paulo entende que deve a operadora fornecer todo o material necessário para o êxito do tratamento, como forma de proteção do direito à vida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E SERVIÇOS DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA QUE RESTRINGE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO. ABUSIVIDADE CONFIGURADA.

‘Uma vez identificado que a cláusula é abusiva, se opera o regime da nulidade de pleno direito (art. 51 caput, CDC). De sorte que, pela sistemática do Código do Consumidor, é possível o Magistrado, diante da conjuntura do caso real, reconhecer a abusividade da cláusula e, portanto, declarar a mesma nula de pleno direito.’ (AC n. 2000.010873-1, rel. Carlos Prudêncio, publicada no DJ de 27-3-2002)

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIBERAÇÃO DE GUIAS AUTORIZADORAS. PROCEDIMENTO MÉDICO DE URGÊNCIA. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO. CLÁUSULA EXPRESSA A RESPEITO. LEI N. 9.656/1998. CONFLITO ENTRE DIREITOS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. RECURSO PROVIDO.

⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 1.0024.05.801538-9/001**. Relator: Des. Arnaldo Maciel. Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt_processo=801538&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=planos%20de%20sa%FAd&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 31 maio 2011.

⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 9196337-62.2007.8.26.0000**. Relator: Des. Ribeiro da Silva. São Paulo, 23 de março de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5026571>>. Acesso em: 31 maio 2011.

‘No conflito entre dois bens jurídicos, há que ser sacrificado, em seara de tutela antecipada, aquele de importância inferior na escala de valores que pautam as atividades humanas, segundo a compreensão do homem médio. Assim, no confronto entre direitos econômicos e o direito à vida, este deve, sem qualquer dúvida, prevalecer. Com relação aos planos de saúde, ainda que exclua aquele da qual é beneficiária a postulante o custeio de transplantes, tratando-se de transplante de medula, afirmado o respectivo procedimento médico como de urgência, é de se deferir a tutela antecipada, para que a indispensável cirurgia seja realizada, sob pena de perecimento do bem maior do ser humano: o direito fundamental à vida. Nesse contexto, flexibilizado, ante a gravidade do 'periculum in mora', há que ser a avaliação do pressuposto do 'fumus boni iuris', com a mitigação, de outro lado, do obstáculo da irreversibilidade da medida. Não bastassem todos esses aspectos, tem-se que a Lei n. 9.658, ao dispor sobre os planos e seguros privados, impõe, em seu art. 35-C, a obrigatoriedade da cobertura do atendimento, independentemente de cláusula contratual em contrário, nas hipóteses de emergência, incluídas dentre estas, aquelas que, como no caso, impliquem em risco imediato de vida para o segurado.’⁶⁹

Como demonstra o acórdão acima, a requerente necessita de transplante alogênico de medula óssea, o qual não é custeado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e no contrato pactuado com a operadora os transplantes bem como as despesas dele decorrentes foram limitados, sendo permitidos apenas os transplantes de rim e córnea. No entanto, embora seja o transplante requerido excluído do contrato, considerou-se no presente a urgência da medida, inclusive, porque, quando em confronto, dois interesses essencialmente divergentes: o patrimonial da agravada e o direito à vida da recorrente, deve-se optar pelo mais importante e relevante deles - o direito à vida.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO FIRMADO ANTES VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. RENOVAÇÕES CONTRATUAIS SUCESSIVAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COBERTURA SECURITÁRIA. PLANO REFERÊNCIA.

1. O contrato de seguro ou plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes.

2. Há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. Inteligência do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em exame o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: *aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.*

⁶⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 2007.018813-0**. Relator: Des. Carlos Prudêncio, Florianópolis, 05 de abril de 2009. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra/html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.r elator=¶metros.nao=¶metros.processo=2007.0188130¶metros.classe=¶metros.rowid=AA AQR%2BAAAAAE92DAAB>>. Acesso em: 28 maio 2011.

3. O objeto do litígio é o custeio do tratamento quimioterápico a que tem de se submeter a autora, em que a ré sustenta a ausência de cobertura securitária.
4. **A legislação atual é aplicável aos planos e seguros privados de assistência à saúde em razão da adequação do contrato a esse regramento jurídico, pois em função do seu caráter de ordem pública, as normas em questão têm incidência imediata ao caso em concreto.**
5. **Portanto, aplicável ao caso em exame as exigências mínimas previstas no plano-referência de que trata os artigos 10 e 12 da legislação dos planos de saúde, bem como a Resolução Normativa nº. 211/2010 da ANS.**
6. Destarte, deve ser declarada a nulidade da cláusula do contrato mantido entre as partes, a qual exclui a cobertura para quimioterapia, cabendo a ré arcar integralmente com o tratamento pleiteado pela autora e restituir os valores que esta despendeu em razão da negativa. Dado provimento ao apelo. (grifo nosso)⁷⁰

No caso exposto, a usuária requereu tratamento quimioterápico, o qual foi negado pela operadora de planos de saúde sob o argumento de que haveria cláusula contratual de exclusão, no entanto a referida cláusula foi redigida antes da Lei nº 9656/1998. Por esse motivo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não deu provimento ao apelo do plano de saúde, alegando que:

[...] o tratamento postulado na inicial se mostra necessário para que a autora restabeleça o seu estado de saúde e retome a sua jornada normal de vida, o que importa em garantir uma melhor prestação do serviço contratado, bem como servem para evitar riscos desnecessários (e até irreversíveis) à vida da recorrida.⁷¹

Também primando pelo direito à vida, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE EMERGÊNCIA. RECUSA EM AUTORIZAR O PROCEDIMENTO. AUTORA ACOMETIDA DE CÂNCER NO INTESTINO. CONTRATO COM ABRANGÊNCIA NACIONAL. CONDUTA ILÍCITA DA APELANTE. DANO MORAL CONFIGURADO. SÚMULA Nº 209 TJERJ. FIXAÇÃO DO 'QUANTUM.' OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, EQUIDADE E DE JUSTIÇA. Cuida-se de demanda em que objetiva a autora a condenação da ré na obrigação de fazer c/c dano moral, diante da recusa da UNIMED em autorizar a realização de procedimento de emergência em Hospital credenciado. Observa-se dos autos que o d. Juízo 'a quo' concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para compelir a ré a

⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70040953069**. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 30 de junho de 2010. Disponível em: http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnom_e_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70040953069%26num_processo%3D70040953069%26codEmenta%3D4107703+planos+de+sa%C3%BAde+cobertura&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70040953069&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=27-04-2011&relator=Jorge+Luiz+Lopes+do+Canto. Acesso em: 28 maio 2011.

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70040953069**, loc. cit.

autorizar e custear o procedimento cirúrgico necessário ao tratamento de câncer no intestino, sob pena de multa diária de R\$ 100,00. Ressalta-se que a ré ora apelante não interpôs o recurso pertinente (Art. 522, CPC), resignando-se sobre o teor da decisão, razão pela qual a discussão sobre tal matéria encontra-se preclusa. Não obstante, a solicitação de internação no nosocômio – Hospital A. C. Camargo – em caráter de urgência se encontra às fls. 25, tendo em vista a gravidade do estado de saúde da autora acometida de câncer no intestino. Por outro vértice, o instrumento de contrato demonstra que plano de saúde contratado possui abrangência nacional, não comprovando a ré que o Hospital A. C. Camargo não estaria incluído em sua rede de hospitais credenciados, ônus esses que lhe cabia por força do art. 333, II do CPC. **O direito à vida e o direito à saúde são expressões de direitos subjetivos inalienáveis e, constitucionalmente, consagrados como direitos fundamentais (art. 5º, X, da CRFB/88), cujo primado supera as restrições legais e contratuais. Remarque-se, neste passo, que no propósito de proteger a SAÚDE e a VIDA do paciente, direitos fundamentais indissociáveis garantidos pela Lei Maior, na perspectiva de realização do princípio fundamental de proteção da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, da CRFB/88), impõe-se, na hermenêutica, a prevalência da tutela do DIREITO À VIDA sobre questões obrigacionais e contratuais, notadamente, quando as cláusulas de exclusão não estão subscritas ou rubricadas pelo segurado, evidenciando, o seu desconhecimento, e, por isso, incompatíveis com o princípio que resguarda a boa-fé do consumidor (arts. 4º, III e 51, IV, da lei nº 8.078/90).** Nestas circunstâncias, em que houve recusa injustificada de tratamento médico, uma vez que a autora se encontrava acometida de doença grave – câncer no intestino, o dano moral ficou caracterizado, diante da flagrante ofensa aos direitos da personalidade do autor, gerando-lhe abalos psíquicos que ultrapassam o limite do mero aborrecimento, posto que ofendem a sua dignidade, consoante teor de verbete de Súmula nº 209 deste Egrégio Tribunal de Justiça. No presente caso, o quantum fixado em R\$ 5.000,00 afigura-se razoável considerando a falta não intencional do lesante e a gravidade média da lesão, sendo compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado. Precedentes. NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO, ‘EX VI’ ART. 557, CAPUT DO CPC.⁷² (grifo nosso)

No caso supracitado a usuária do plano de saúde, por estar acometida de doença intestinal grave (câncer) procurou tratamento, em caráter de urgência no Hospital A. C. Camargo. Não obstante, a operadora de planos de saúde contratada, UNIMED, negou o procedimento cirúrgico, argumentando que o referido hospital não estava credenciado à mesma, no entanto, a apelante não comprovou o alegado. Diante dos fatos, a usuária do plano de saúde, por força judicial, teve seu procedimento deferido, uma vez observados o direito à vida e o direito à saúde como forma de garantia do mínimo existencial e de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. DESCREDENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA NO CURSO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, SEM SUBSTITUIÇÃO POR ESTABELECIMENTO DE SAÚDE

⁷² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0020272-94.2009.8.19.0066**. Relator: Des. Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=0003940B8990D3403AA6FE7E7DC2F17BEAD298C403031B3E>>. Acesso em: 28 maio 2011.

EQUIVALENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA ABUSIVA. ART. 17 DA LEI 9.656/98.

1. O caput do art. 17 da Lei 9.656/98 garante aos consumidores de planos de saúde a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora ao longo da vigência dos contratos.

2. Nas hipóteses de descredenciamento de clínica, hospital ou profissional anteriormente autorizados, as operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos conveniados compatível com os serviços contratados e apta a oferecer tratamento equivalente àquele encontrado no estabelecimento de saúde que foi descredenciado. Art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98.

3. O descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos. O consumidor não é obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados e não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do contrato de assistência médica.

4. Recurso especial conhecido e provido.⁷³

No caso em análise, a usuária foi diagnosticada com câncer de mama e foi instruída, por seu médico, a fazer tratamento na Clínica Oncológica Médica, entretanto, a UNIMED Paulistana alegou que esta clínica estava descredenciada e que o tratamento poderia ser feito no Hospital Santa Helena em São Paulo/SP, o que diminuiria a qualidade do serviço prestado. Ademais, o descredenciamento efetuado pela recorrida sem a observância dos requisitos previstos pelo art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/98, configura prática abusiva. Com o fim de garantir o direito à saúde da usuária do plano de saúde que teve seu tratamento cancelado, a Ministra Nancy Andrighi aduz que:

Os contratos de assistência médica e hospitalar contêm peculiaridades que tornam imprescindível a estrita observância aos comandos legais da Lei 9.656/98 e do CDC, especialmente porque tratam de um direito de extrema relevância social. Nesse sentido, o exercício da grande maioria dos direitos fundamentais e constitucionalmente tutelados depende, em última análise, do gozo efetivo do direito à saúde, como ocorre com o direito à vida e à dignidade humana. É evidente, portanto, que a saúde não pode ser tratada como simples mercadoria: as empresas e profissionais que prestam serviços médicos devem se submeter às normas constitucionais e infraconstitucionais que cuidam diretamente do tema.⁷⁴

Ainda no que se referem às cláusulas contratuais que determinam um reajustamento das prestações de planos de saúde com base na elevação da faixa etária do usuário, estas também vêm sendo consideradas abusivas pelos tribunais, por caracterizarem

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.119.044**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1025236&sReg=200901102925&sData=20110304&formato=PDF>. Acesso em: 28 maio 2011.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.119.044**, loc. cit.

uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois vedam ao usuário os meios necessários para a preservação de sua saúde.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR INOMINADA - PLANO DE SAÚDE - INDÍCIOS DE REAJUSTES ABUSIVOS - § 3º DO ART. 15 DO ESTATUTO DO IDOSO - APLICAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA - REQUISITOS PREENCHIDOS - DECISÃO MANTIDA. **A saúde é um direito fundamental da pessoa humana, devendo as operadoras de planos de SAÚDE garantir ao segurado todos os meios necessários para a sua preservação, nos termos dos artigos 196, 197 e 199, da CF/88, o que importa em sua integral assistência, sempre que o segurado dela precisar, como ocorre na hipótese.** Nas ações cautelares, cabe ao julgador perquirir se há risco de ineficácia do processo principal pela sua natural demora e se existe indícios de um possível direito a ser acautelado. Os contratos firmados antes da vigência do referido Estatuto do IDOSO devem sofrer os efeitos deste, principalmente porque a cláusula relacionada ao aumento da mensalidade em função da implementação dos 60 anos passou a gerar efeitos concretos quando o direito brasileiro não mais contemplava a validade dessa espécie de ajuste.⁷⁵ (grifo nosso)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 15, § 3º, DO ESTATUTO DO IDOSO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação existente entre as operadoras de plano de saúde e seus usuários.

Apresenta-se abusiva a cláusula contratual que determina o reajustamento das prestações do plano de saúde com base na elevação da faixa etária do usuário, por caracterizar violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, inseridos no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e ao disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso.

‘A compensação de valores e a repetição de indébito, na forma simples, e não em dobro, são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro’.⁷⁶

Resta claro que o arcabouço jurídico estratificado na Constituição Federal de 1988 quanto ao direito à saúde irradia efeitos para as relações entre particulares, de modo que o fato da preservação, manutenção e recuperação da saúde sendo objeto de um contrato não afasta a

⁷⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 1.0024.09.575352-1/001**. Relator: Des. Nicolau Masselli. Belo Horizonte, 18 de março de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=9&txt_processo=575352&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=planos%20de%20sa%FAde%20direito%20funda%20mental%20idoso&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 31 maio 2011.

⁷⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2010.028914-0**. Relator: Des. Fernando Carioni. Florianópolis, 7 de julho de 2010. Disponível em: <

fundamentalidade jurídica e social da saúde. Antes disso, o legislador só está vinculado a tais dispositivos, devendo tê-los em mente ao elaborar normas que, em maior ou menor grau, estiverem relacionadas com a saúde das pessoas, mesmo aquelas mais diretamente destinadas à iniciativa privada, como é o caso da Lei de Planos de Saúde.⁷⁷

Assim, em que pese os entendimentos divergentes e se trate de uma relação entre particulares, em que se deve respeitar a autonomia privada, nas relações entre operadoras de planos de saúde e particulares deve haver a aplicação direta do direito fundamental à saúde, com vista a garantia da dignidade de pessoa humana.

Por fim, é importante ressaltar que, embora o plano contratado seja o menos completo, que, por exemplo, não inclua internação hospitalar, e mesmo não se tratando de caso de emergência, Mateus aduz que, em respeito à autonomia da vontade, é garantido que parte do tratamento/procedimento seja prestada pelo plano de saúde e parte pelo Estado, pois este também tem o dever de garantir a saúde.⁷⁸

⁷⁷ SALAZAR; GROU, 2009, p. 105.

⁷⁸ MATEUS, 2008, p. 143.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais estão em amplo processo de evolução, na incansável tentativa de se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em célere desenvolvimento, pois, à medida que o tempo passa, ocorrem transformações e surgem necessidades a serem garantidas por novos direitos fundamentais.

Por conta disso, a mera positivação dos direitos fundamentais não é suficiente para a garantia de sua efetivação e muitos deles dependem de proteção da legislação.

Desse modo, muitos dos direitos fundamentais se consubstanciaram dentro da ordem constitucional em normas genéricas, abstratas com caráter altamente principiológico, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, contudo todos são considerados cláusulas pétreas.

Com efeito, os direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, possuem diversas classificações, dentre elas se encontram os direitos sociais, inseridos no rol do artigo 6º, com o fim de proteger o bem-estar social da comunidade que rege, visando à igualdade material, ou seja, a nivelação social com um mínimo de existência digna.

No rol dos direitos sociais, destaca-se o direito à saúde, apresentado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 como dever do Estado e que pode também ser prestado pela iniciativa privada, nos termos do artigo 199 do mesmo diploma.

Nesse passo, o direito fundamental à saúde passou a ser notado sob uma nova perspectiva, com o desiderato precípua de ampliar a proteção atribuída aos indivíduos, mediante o reconhecimento de sua eficácia também nas relações privadas, deixando o direito à saúde de ser concebido apenas pela atuação do poder público, para, inclusive, estender-se aos particulares.

Dessa forma, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, podem ser classificados como direitos de defesa e direitos a prestações, implicando em promoção e respeito, tanto pelo poder público quanto pelo privado. Ainda como direito de defesa, o direito à saúde é imprescindível à vida com dignidade e não poderá ser diminuído do texto fundamental, pois, de acordo com o princípio da proibição do retrocesso social, o legislador deve agir para que seja garantido o mínimo existencial e para que a Constituição seja preservada.

Contudo, por se mostrarem os particulares capazes de suprimir os direitos fundamentais na esfera de suas relações privadas, houve a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais para essas relações – constitucionalização do direito privado.

Desse modo, nota-se que antes, nas relações privadas era muito mais difícil de o judiciário rever os contratos entre particulares, pois reinava o princípio do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos) e o princípio da autonomia privada. Em contrapartida, atualmente essas regras foram relativizadas pelas normas de direito público (função social dos contratos e boa-fé objetiva) em defesa do mínimo existencial do ser humano. Isso, com relevo, permite, com facilidade, a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em meio a tantas mudanças, o direito fundamental à saúde deixou de ser compreendido apenas como direito público subjetivo, destinado a proteger somente os indivíduos contra o poder estatal, passando a ser considerado direito privado subjetivo.

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais geram efeitos nas relações privadas entre particulares e que são dotados de eficácia e aplicabilidade imediata, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu § 1º do artigo 5º, poderá o judiciário compelir o poder público, ou outro ente privado, a tornar efetivo o direito à saúde, levando-se em conta a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Perante esse quadro, no Brasil, em respeito ao ordenamento constitucional, adotou-se a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas com o intuito de implicar na efetiva consideração dos fatores reais que envolvem o caso que está sendo julgado, valorizando o direito à vida. Destarte, como contraponto, deve, ainda, haver uma ponderação entre os casos em análise, pois não se quer suprimir a autonomia privada.

Todavia, em que pese a proteção constitucional atribuída às relações privadas existentes entre os cidadãos e as operadoras de planos de saúde, inúmeros são os desrespeitos praticados por estas contra a vida de seus contratantes, uma vez que negam tratamentos e restringem coberturas baseados em cláusulas contratuais abusivas, muitas vezes, desrespeitando a obrigatoriedade de uma cobertura mínima.

Sobretudo, felizmente, o judiciário, ainda que de forma implícita, tem se mostrado plenamente a favor da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente quando o objeto do contrato é o direito à saúde, que pertence ao mínimo existencial e é indispensável à consecução de uma vida com dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto et al. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 26 maio 2011.

_____. **Lei n. 8.080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.119.044**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1025236&sReg=200901102925&sData=20110304&formato=PDF>. Acesso em: 28 maio 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Samantha. Efeitos da publicização e constitucionalização do direito privado. **Consulex**, Brasília, DF, v. 14, n. 331, p. 62-63, nov. 2010.

CUCCI, Gisele Paschoal; MARTA, Taís Narder (Org.). **Estudos de direitos fundamentais**. São Paulo: Verbatim, 2010.

FACCHINI, 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.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Thiago Penido, **A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas ente operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários**. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em direito de empresa) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/thiagopenidomartinsaefiaciadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2011.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 1.0024.09.575352-1/001**. Relator: Des. Nicolau Masselli. Belo Horizonte, 18 de março de 2010. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=9&txt_processo=575352&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=planos%20de%](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=9&txt_processo=575352&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=planos%20de%20)>

20sa%FAde%20direito%20fundamental%20idoso&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 31 maio 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 1.0024.05.801538-9/001**. Relator: Des. Arnaldo Maciel. Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&txt_processo=801538&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=planos%20de%20sa%FAde&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 31 maio 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. Atlas: São Paulo, 2006.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. 180 f. Tese (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5623>. Acesso em: 14 maio 2011.

QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da horizontalização dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc>. Acesso em: 27 maio 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0020272-94.2009.8.19.0066**. Relator: Des. Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003940B8990D3403AA6FE7E7DC2F17BEAD298C403031B3E>>. Acesso em: 28 maio 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70040953069**. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 30 de junho de 2010. Disponível em: <http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70040953069%26num_processo%3D70040953069%26codEmenta%3D4107703+planos+de+sa%C3%BAde+cobertura&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70040953069&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=27-04-2011&relator=Jorge+Luiz+Lopes+do+Canto>. Acesso em: 28 maio 2011.

ROCHA, José Vilson da Silva. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação moderna. **Overmundo**. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/banco/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-aplicacao-moderna-1>>. Acesso em: 1 abr. 2011.

SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 2007.018813-0**. Relator: Des. Carlos Prudêncio, Florianópolis, 05 de abril de 2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.nao=¶metros.processo=2007.0188130¶metros.classe=¶metros.rowid=AAQr%2BAAAAEE92DAAB>>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2005.035766-7**. Relator: Des. Monteiro Rocha. Florianópolis, 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2010.028914-0**. Relator: Des. Fernando Carioni. Florianópolis, 7 de julho de 2010. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.nao=¶metros.processo=2010.0289140¶metros.classe=¶metros.rowid=AAQr%2BAAAAAGixDAAD>>. Acesso em: 28 maio 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 9196337-62.2007.8.26.0000**. Relator: Des. Ribeiro da Silva. São Paulo, 23 de março de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5026571>>. Acesso em: 31 maio 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./ out./ nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

ANEXOS

ANEXO A – Recurso especial n. 1.119.044 - SP**Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência****RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.044 - SP (2009/0110292-5)**

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
ADVOGADO : LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADOS : THIAGO MAHFUZ VEZZI
MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)
EDUARDO BARROS MIRANDA PERILLIER

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. DESCREDENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA NO CURSO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, SEM SUBSTITUIÇÃO POR ESTABELECIMENTO DE SAÚDE EQUIVALENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA ABUSIVA. ART. 17 DA LEI 9.656/98.

1. O *caput* do art. 17 da Lei 9.656/98 garante aos consumidores de planos de saúde a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora ao longo da vigência dos contratos.

2. Nas hipóteses de descredenciamento de clínica, hospital ou profissional anteriormente autorizados, as operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos conveniados compatível com os serviços contratados e apta a oferecer tratamento equivalente àquele encontrado no estabelecimento de saúde que foi descredenciado. Art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98.

3. O descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos. O consumidor não é obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados e não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do contrato de assistência médica.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda que negava provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.044 - SP (2009/0110292-5)

RECORRENTE : JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
 ADVOGADO : LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
 ADVOGADO : MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)

RELATÓRIO**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):**

Trata-se de recurso especial interposto por JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO objetivando a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJ/SP.

Ação: de “procedimento ordinário com pedido de antecipação de tutela”, ajuizada pela recorrente em face da UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. Em meados de novembro de 2005, a autora recebeu o diagnóstico de câncer de mama (carcinoma ductal invasivo grau 3), razão pela qual foi submetida a mastectomia e a tratamento quimioterápico em clínica oncológica credenciada pela recorrida. Durante a terapia, contudo, a clínica de oncologia que frequentava foi descredenciada, razão pela qual a recorrente passou a utilizar os serviços de hospital filiado à recorrida. O médico da recorrente, contudo, expressamente desaconselhou a realização do tratamento em ambiente hospitalar, devido ao quadro de leucopenia apresentado pela recorrente (baixa resistência imunológica) e ao risco de infecção dele decorrente. Diante desses fatos, a recorrente requereu a concessão de liminar em sede de antecipação de tutela, a fim de que fosse possível dar continuidade ao tratamento na clínica que havia eleito e a condenação da recorrida ao pagamento de compensação por danos morais (e-STJ fls. 4/16). A liminar foi concedida (e-STJ fl. 88).

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de tornar definitiva a tutela antecipada anteriormente concedida e condenar a recorrida a arcar com os custos integrais do tratamento iniciado pela autora, na clínica na qual fora iniciado. Segundo o Juízo da 23ª vara cível do foro central da comarca da Capital do Estado de São Paulo, a recorrente e o Ministério da Saúde não foram comunicados com a devida antecedência acerca do descredenciamento da clínica que prestava os serviços à consumidora. Além disso, o local no qual a recorrente realizava seu tratamento de saúde e que foi posteriormente descredenciado pela recorrida não foi substituído por outro equivalente, já que “o Hospital Santa Helena, considerado similar pela ré, não oferece o mesmo padrão de atendimento da Clínica de Oncologia Médica”.

No que diz respeito aos danos morais alegadamente sofridos pela recorrente, a decisão proferida em primeiro grau considerou-os inexistentes, porque a “divergência na interpretação da lei e do contrato” foi “solucionada judicialmente” (e-STJ fls. 215/218). Foram interpostos recurso de apelação (e-STJ fls. 221/236) e recurso adesivo (e-STJ fls. 251/256).

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pela recorrida e negou provimento ao recurso adesivo da recorrente, nos termos da seguinte ementa:

Plano de saúde e obrigação de fazer. Existência de hospital apto a realizar o tratamento dentro da área abrangida pelo contrato firmado. Alegação de excelência de hospital não conveniado que não basta para autorizar o tratamento em outro que não o conveniado. Exames compreendidos no contrato, contudo, cuja cobertura não fica condicionada à solicitação por médico cooperado. Ausência de danos morais. Recurso da ré parcialmente provido, improvido o adesivo da autora.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente (e-STJ fls. 311/320) e pela recorrida (e-STJ fls. 308/309). Somente os embargos de declaração da recorrida foram acolhidos, a fim de sanar a omissão relativa à verba de sucumbência devida pela recorrente (e-STJ fls. 323/326).

Recurso especial: interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, sustenta a necessidade de reforma do acórdão proferido pelo TJ/SP pelas razões a seguir, dentre outras (e-STJ fls. 330/358):

- I. a rejeição dos embargos de declaração interpostos pela recorrente, com a recusa do acórdão recorrido ao esclarecimento das questões por ela levantadas, infringe os arts. 165, 458 e 535, II, do CPC;

- a ausência de prévia notificação da recorrente acerca do descredenciamento da clínica oncológica cujos serviços utilizava e a não substituição deste estabelecimento por outro equivalente viola os arts. 17 da Lei 9.656/98 e 20, 30, 48 e 51 do CDC;
- há manifesta divergência jurisprudencial, pois o entendimento manifestado pelo TJ/SP diverge de julgamento proferido pelo TJPR, no qual hipótese idêntica à presente foi analisada.

Exame de admissibilidade: a presidência da seção de direito privado do TJ/SP negou seguimento ao recurso especial (e-STJ fls. 404/407), motivando a interposição de agravo de instrumento (Ag 987.109/SP), ao qual dei provimento para melhor exame da matéria.

Medida cautelar: ajuizada pela recorrente perante esta Corte e autuada sob n.º 12.849/SP, a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial por ela interposto, especialmente em razão da urgência que a continuidade de seu tratamento encerra. A liminar pleiteada pela recorrente foi concedida por meio de decisão unipessoal de minha lavra, conforme atesta a ementa a seguir:

Processo civil. Medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. Possibilidade, em casos excepcionais. Precedentes.

Plano de saúde. Descredenciamento de clínica oncológica durante o tratamento quimioterápico da requerente. Substituição por hospital geral. Alegação, da requerente, de que não há equivalência de serviços entre os dois estabelecimentos. Hipótese em que há recomendação médica para que ela não se submeta a tratamento em hospital, em virtude da redução de suas defesas imunológicas em decorrência da quimioterapia, e de que o ambiente hospitalar apresenta maior índice de infecção. Reconhecimento, mediante cognição sumária, de plausibilidade do direito alegado. Perigo de demora também presente, dada a gravidade da doença e necessidade de imediato tratamento.

Medida liminar deferida, para o fim de se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial e restabelecer a antecipação de efeitos da tutela que havia sido concedida em primeiro grau.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.044 - SP (2009/0110292-5)

RELATORA	: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE	: JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
ADVOGADO	: LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO	: MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a determinar: (i) legalidade do descredenciamento, pelo Plano de Saúde, de clínica oncológica na qual a recorrente realizava seu tratamento de saúde; (ii) os critérios para a substituição da referida clínica por estabelecimento de saúde equivalente; e (iii) o direito da recorrente à continuidade de seu tratamento quimioterápico perante a clínica descredenciada.

I. Admissibilidade do recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Violação dos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC

Segundo a recorrente, o acórdão proferido pelo TJ/SP manteve as obscuridades nele verificadas, a despeito da interposição de embargos de declaração. Isso porque a decisão não teria esclarecido de maneira satisfatória a questão referente à ausência de substituição da clínica descredenciada por estabelecimento de saúde equivalente, de maneira que “o caso foi julgado como se, para o descredenciamento, a lei não exigisse providência alguma” (e-STJ fl. 354).

A prestação jurisdicional dada pelo acórdão recorrido, no entanto, corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes. O TJSP pronunciou-se de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado, tanto que estes integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante.

Não se constata, portanto, qualquer vício no acórdão em relação aos fundamentos nele declinados, mas mero inconformismo do recorrente, matéria que diz respeito ao mérito do julgado e que não dá causa ao reconhecimento da violação ao art. 535 do CPC.

II. Delimitação da controvérsia

O acórdão recorrido, ao analisar a questão debatida nestes autos, condicionou a possibilidade do descredenciamento da clínica na qual a recorrente recebia o tratamento quimioterápico à “continuidade do tratamento previsto na contratação, seja por novos credenciamentos, seja porque já integrados ao sistema cooperativo” (e-STJ fl. 300).

A recorrente, por outro lado, sustenta que a avaliação do TJSP violou o art. 17 da Lei 9.656/98 e diversos dispositivos do CDC, já que “simplesmente ignorou as exigências legais para que essa providência pudesse ser ultimada em consonância com o ordenamento jurídico vigente”. Esses requisitos, por sua vez, consistem na “substituição da entidade médica por outra similar” e na “comunicação à ANS e ao consumidor com antecedência de trinta dias” (e-STJ fl. 342).

Os contratos de assistência médica e hospitalar contêm peculiaridades que tornam imprescindível a estrita observância aos comandos legais da Lei 9.656/98 e do CDC, especialmente porque tratam de um direito de extrema relevância social. Nesse sentido, o exercício da grande maioria dos direitos fundamentais e constitucionalmente tutelados depende, em última análise, do gozo efetivo do direito à saúde, como ocorre com o direito à vida e à dignidade humana. É evidente, portanto, que a saúde não pode ser tratada como simples mercadoria: as empresas e profissionais que prestam serviços médicos devem se submeter às normas constitucionais e infraconstitucionais que cuidam diretamente do tema.

O *caput* do art. 17 da Lei 9.656/98 garante aos consumidores a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora de plano de saúde ao longo da vigência dos contratos. Ocorre que há situações nas quais a exclusão de hospital, clínica ou médico credenciado decorre de fato superveniente e imprevisível, como a majoração excessiva dos preços dos serviços médicos e a consequente impossibilidade de manter o equilíbrio contratual, ou seja, uma relação proporcional entre o valor do prêmio e a cobertura oferecida. Assim, a substituição de clínicas e profissionais da rede credenciada é possível, mas encontra-se subordinada ao preenchimento dos requisitos contidos no § 1º do art. 17 da lei 9.656/98.

III. Condições para o descredenciamento, pela operadora, dos serviços oferecidos por estabelecimento ou profissional de saúde

A questão relativa à ausência de notificação da recorrente acerca do descredenciamento da clínica na qual se submetia a tratamento quimioterápico não foi examinada pelo acórdão recorrido, razão pela qual este recurso especial tampouco poderá analisá-la. No que diz respeito ao preenchimento dos critérios legais para o descredenciamento da clínica de oncologia, contudo, a situação é outra.

Para melhor contextualizar o exame deste ponto do recurso especial, deve-se destacar que o acórdão recorrido estabeleceu a validade da substituição da clínica de oncologia pelo hospital sob o argumento de que este último estaria apto ao fornecimento do tratamento quimioterápico, sem contudo fazer qualquer menção à necessidade de equivalência entre os serviços. Como destaquei por ocasião da decisão que analisou a medida cautelar ajuizada pela recorrente, na qual deferi a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo TJSP, “trata-se apenas de apurar se a substituição, tal qual estabelecida no acórdão recorrido, é suficiente para todos os fins e efeitos do art. 17 da Lei 9.656/98” (MC 12.849/SP, de minha relatoria, DJ de 24/5/2007).

O § 1º do art. 17 da lei 9.656/98 estabelece as condições para o chamado descredenciamento de entidade médica ou hospitalar, o qual somente pode ocorrer nas hipóteses em que houver (i) equivalência das entidades médico-hospitalares, ou seja, da descredenciada e da substituta; (ii) notificação dos consumidores com antecedência mínima de trinta dias; e (iii) comunicação à Agência Nacional de Saúde (ANS) dentro do mesmo prazo.

O § 2º do mesmo diploma legal prevê, ainda, que “na hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato”.

Assim, ainda que as necessidades financeiras e operacionais das operadoras de planos de saúde sejam compreensíveis e fundamentadas, o interesse público que cerca esse ramo de atividade impõe limites à substituição indiscriminada de estabelecimentos e profissionais credenciados. Isso porque o teor do art. 17 da Lei 9.656/98 indica que esse dispositivo foi redigido com base nos princípios que orientam o CDC, especialmente naquele que cuida da boa-fé objetiva. A legislação específica, portanto, buscou concretizar os direitos

abstratamente garantidos pelos art. 30, 20, 48 e 51, XIII, do CDC aos usuários dos serviços de saúde complementar.

Na hipótese dos autos, o TJ/SP afastou a pretensão da recorrente sob o argumento de que existe “hospital apto a realizar o tratamento dentro da área abrangida pelo contato firmado” (e-STJ fl. 299), sem contudo avaliar a necessária equivalência dos serviços prestados pelo hospital substituto e do tratamento que a recorrente recebia na clínica oncológica que foi descredenciada pela recorrida.

A necessidade do cotejo entre os serviços prestados, no entanto, decorre de expressa previsão legal. Por essa razão, a sentença de primeiro grau, ao analisar as provas produzidas durante a instrução processual, afirmou que “o Hospital Santa Helena, considerado similar pela ré, não oferece o mesmo padrão de atendimento da Clínica de Oncologia Médica” (e-STJ fl. 217 – sem destaque no original).

Partindo desse pressuposto, verifica-se que a alternativa apresentada pela recorrida – o Hospital Santa Helena, em São Paulo/SP – não oferece tratamento equivalente ao que a recorrente receberia na clínica que foi descredenciada e na qual se submetia ao tratamento quimioterápico. Por esse motivo, não há como acolher a alegação do acórdão recorrido, no sentido de que a substituição efetuada pela UNIMED supriria as necessidades da paciente. As operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos conveniados compatível com os serviços contratados, sob pena de configuração da inexecução do contrato e aplicação do art. 84 do CDC.

Não se pode permitir que o consumidor seja obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados. Além do mais, é perfeitamente razoável supor que a quantidade de estabelecimentos conveniados, a localização e a especialização da rede credenciada pela UNIMED PAULISTANA tenham sido levadas em consideração pela recorrente na oportunidade da adesão ao plano de saúde oferecido pela recorrida.

Em hipóteses nas quais está sendo debatida a correta interpretação dos dispositivos contidos na Lei 9.656/98, ademais, é sempre necessário ter em vista que o paciente desenvolve uma relação de extrema confiança com seu médico. Na espécie em exame, a recorrida violou o direito da recorrente de continuar seu tratamento com o oncologista de sua confiança, que provavelmente a acompanhava desde o diagnóstico de câncer de mama, ocorrido quando contava com apenas 33 anos de idade (e-STJ fl. 6). Não se tratava, portanto, de caso corriqueiro, no qual o médico somente deveria prescrever alguns analgésicos.

O descredenciamento efetuado pela recorrida sem a observância dos requisitos previstos pelo art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98, portanto, configura prática abusiva, combatida pelos arts. 6º, IV, 30, 48 e 51, XIII e § 1º, II, do CDC. Destaco, ainda, que a conduta da UNIMED atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos, pois frustra a legítima expectativa do consumidor. Nesse sentido, o consumidor não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do contrato de assistência médica.

IV. Divergência Jurisprudencial

Tendo em vista que a matéria impugnada pela recorrente com fundamento no alínea “c” do permissivo constitucional é a mesma tratada na alínea “a”, a análise do mérito de sua irrisignação torna desnecessária a reapreciação da matéria. A solução da causa, quanto à divergência, necessariamente convergirá para o que se decidiu quanto à violação.

Face ao exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de condenar a recorrida a autorizar e arcar com todas as despesas efetuadas em razão do tratamento médico da recorrente junto à clínica oncológica descredenciada no decorrer da execução do contrato de assistência médica.

Condeno a recorrida, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R\$ 10.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0110292-5

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.119.044/SP

Números Origem: 200702787475 21022005 4743034 4743034201 4743034402

PAUTA: 23/11/2010

JULGADO: 23/11/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
 ADVOGADO : LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
 ADVOGADO : MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora, conhecendo do recurso especial dando provimento, e o voto divergente do Sr. Ministro Massami Uyeda, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina.

Brasília, 23 de novembro de 2010

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
 Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.044 - SP (2009/0110292-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
 ADVOGADO : LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
 ADVOGADO : MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Meu voto dá provimento ao Recurso Especial, restabelecendo a sentença de 1º Grau, em que pese ao imenso respeito pelo voto divergente do E. Min. MASSAMI UYEDA, voto proferido com o brilho costumeiro de S. Exa.

2.- Pedi vista porque, na sessão de julgamento, formei a impressão falsa de que se tratasse de pleito a obtenção de atendimento médico em local diverso do da contratação, o que, contudo, não ocorre nos autos, em que a questão se circunscreve a validade da exigência de atendimento por hospital descredenciado, em que iniciado o atendimento médico, sem que o contratante do plano de saúde tenha sido previamente notificado e sem verificação de equivalência de atendimento pelo novo hospital.

O ponto essencial está em que a recorrente começou a ser atendida no dia 5.12.2005 na Clínica de Oncologia Médica, credenciada pela ora recorrida, mas, no dia seguinte, esta, a recorrida, passou a autorizar o atendimento apenas no Hospital Santa Helena, informando a autora, quando de nova solicitação de atendimento, no dia 16.12.2005, que o hospital anterior estaria descredenciado a partir de 30.12.2005.

Vê-se, pois, violação do art. 17 da Lei 9656/98, que exige o prazo antecedente de 30 dias para a validade da troca de hospital credenciado e, ainda, com exigência de equivalência de condições de atendimento.

Nesse ponto, com razão a sentença de 1º Grau, ao ressaltar:

“No caso, a Clínica de Oncologia Médica fazia parte da rede credenciada da ré, na vigência do plano da autora (fls. 45 e 46). Com a contestação, a ré juntou cópia de notificação endereçada à aludida clínica, dando conta da rescisão do seu contrato de prestação de serviços a partir de 10 de outubro de 2005 (fls. 134). Ora, isso é manifestamente insuficiente para que a autora seja obrigada a procurar os serviços de que necessita em outro local, que não a aludida clínica, pois faltou comunicação formal à consumidora e ao Ministério da saúde, com trinta dias de antecedência, sem mencionar que o hospital Santa Helena, considerado similar pela ré, não oferece o mesmo padrão de atendimento da Clínica de Oncologia Médica, conforme sintética e suficiente análise comparativa feita na petição inicial (fls. 8, dois primeiros parágrafos), reforçada por relatório médico (fls. 49) e não impugnada pela ré com outros documentos”.

3.- Pelo exposto, meu voto dá provimento ao Recurso Especial, “a fim de condenar a recorrida a autorizar e arcar com todas as despesas efetuadas em razão do tratamento médico da recorrente junto à clínica oncológica descredenciada no decorrer da execução do contrato de assistência médica”, com a condenação, ainda, ao “pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios” como alvitado pela E. Relatora.

Ministro SIDNEI BENETI

RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.044 - SP (2009/0110292-5)

RELATORA	: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE	: JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
ADVOGADO	: LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO	: MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Com a vênia do eminente Presidente, acompanho integralmente o voto da Sra. Ministra Relatora. Já era minha intenção no dia da sessão anterior, pois houve a mudança da clínica durante o tratamento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 200702787475 21022005 4743034 4743034201 4743034402

PAUTA: 22/02/2011

JULGADO: 22/02/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOANA LUZIA DA ROCHA FRAGOSO
ADVOGADO : LUCIANA MORSE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIMED PAULISTANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : MÁRCIO CORREIA DA SILVA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda que negava provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de fevereiro de 2011

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

ANEXO B – Apelação cível n. 2010.028914-0 - SC

Apelação Cível n. 2010.028914-0, de Itajaí
Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 15, § 3º, DO ESTATUTO DO IDOSO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação existente entre as operadoras de plano de saúde e seus usuários.

Apresenta-se abusiva a cláusula contratual que determina o reajustamento das prestações do plano de saúde com base na elevação da faixa etária do usuário, por caracterizar violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, inseridos no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e ao disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso.

"A compensação de valores e a repetição de indébito, na forma simples, e não em dobro, são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro" (STJ, AgRg no REsp. 895.541, Quarta Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 22-5-2007).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.028914-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Unimed Litoral Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu e José Iran Pereira Sobrinho:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos. Custas legais.

RELATÓRIO

José Iran Pereira Sobrinho ajuizou ação de revisão contratual cumulada com repetição de indébito contra Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu, na qual relatou que firmou

contrato de assistência médico-hospitalar com a ré.

Salientou que em novembro de 2007 completou 60 (sessenta) anos, e a prestação que antes era de R\$ 387,62 (trezentos e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos) sofreu reajuste para o valor de R\$ 527,35 (quinhentos e vinte e sete reais e trinta e cinco centavos) em razão da nova faixa etária alcançada.

Destacou, por fim, a nulidade da cláusula contratual que permite o reajuste das prestações de acordo com a faixa etária do usuário.

Foi concedido ao autor o pedido de antecipação de tutela para que a ré mantenha a mensalidade em seu valor original (fl. 19).

Em contestação, a Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu ressaltou que em cumprimento ao seu objetivo opera planos privados de assistência à saúde sem intuito de lucro, mas como forma de angariar clientes aos seus médicos cooperados.

Mencionou que o contrato de plano de saúde convencionada, para os 60 (sessenta) anos, um reajuste de 28,64% (vinte e oito vírgula sessenta e quatro por cento) na mensalidade.

Alegou sobre a aplicabilidade da Lei n. 9.656/1998. Acrescentou a legalidade das cláusulas que estipulem obrigações ao consumidor. Argumentou sobre a bilateralidade do contrato em questão.

Houve réplica (fls. 99-102).

Apreciando o feito, o Magistrado Gilberto Gomes de Oliveira julgou procedentes os pedidos formulados na inicial nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, com fundamento nos arts. 269, inciso I, 330, inciso I, do CPC; 4º, incisos III e VI, 6º, inciso V, 39, inciso V, 42, parágrafo único, 47 e 51, inciso IV, do CDC; 15º, § 3º, da Lei nº 10.741/03; 5º, inciso XXXII, da CF/88, JULGO PROCEDENTES, em parte, os pedidos, com resolução do mérito, para: a) excluir a incidência do percentual de 28,64% (vinte e oito inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento) no plano uniflex firmado entre as partes, haja vista a abusividade do parágrafo segundo da cláusula 19ª do contrato; b) condenar a demandada à devolução, ao demandante e de forma simples, dos valores por este pagos a maior; c) condenar a demandada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% sobre o valor da condenação. Deixo de condenar o demandante nas despesas processuais por ter decaído de parte mínima do pedido. Publique-se. Registre-se. Intimem-se (fls. 108-109).

Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu interpôs recurso de apelação, no qual reafirmou as teses suscitadas em contestação. Acrescentou sobre a inaplicabilidade da Lei n. 10.741/2003 ao caso em tela.

Relatou sobre a maior utilização do plano pelo apelado, bem como o aperfeiçoamento das técnicas médicas.

Pugnou pelo prequestionamento de artigos de leis federais.

Inconformado, José Iran Pereira Sobrinho, também interpôs recurso de apelação, no qual pleiteou a repetição em dobro dos valores cobrados indevidamente.

Contrarrazões do autor às fls. 151-155 e da ré às fls. 156-174.

VOTO

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu e por José Iran Pereira Sobrinho com o desiderato de ver reformada a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor para excluir a incidência do percentual de 28,64% (vinte e oito vírgula sessenta e quatro por cento) no plano uniflex firmado entre as partes, bem como condenar a operadora de plano de saúde à devolução ao autor, de forma simples, dos valores por este pagos a mais.

Do recurso de apelação cível da Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu

Inicialmente, deve ser observado que se trata de relação de consumo sujeita às regras e aos princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

As atividades desenvolvidas pelas operadoras de plano de saúde estão enquadradas na expressão "fornecedor", tal como descrita no *caput* do art. 3º do Código Consumerista, na modalidade de prestadora de serviços, e o usuário consumidor, na condição de destinatário final.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, eventual dúvida na interpretação de cláusula contratual resolve-se a favor do beneficiário do plano de saúde (CDC, art. 47) (Ap. Cív. n. 2007.028020-7, da Capital, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 6-11-2009).

Indubitavelmente, nas demandas envolvendo discussão do contrato de plano de saúde evidencia-se relação de consumo, aplicando-se, pois, as disposições do Código Consumerista (Ap. Cív. n. 2007.028270-6, da Capital, rel. Des. Subst. Carlos Adilson Silva, j. em 29-10-2009).

Tratando-se de relação de consumo a havida entre o segurado e o plano de saúde, as normas contratuais devem ser interpretadas em favor do consumidor, notadamente na generalidade das cláusulas. Urge, ainda, que as cláusulas limitativas estejam expressamente previstas e com os devidos destaques (§§ 3º e 4º do art. 54 do CDC) (Ap. Cív. n. 2008.079384-8, da Capital, rel. Juiz Henry Petry Junior, j. em 7-7-2009).

No mesmo sentido: STJ, ED no AgRg no Ag 431464/GO, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 4-10-2005; e STJ, REsp. 345848/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 4-11-2004.

Por outro lado, é consabido que a nova realidade contratual pressupõe tratamento diferenciado às partes sempre que existir um desequilíbrio entre elas.

Na sociedade de consumo, a contratação em massa deu origem, entre outros, aos contratos de adesão, que se caracterizam pela elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas contratuais.

Não há dúvida de que o contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares – plano de saúde, é modalidade de contrato de adesão, e não cabe ao consumidor a faculdade de interferir acerca de suas cláusulas, estando praticamente limitado a aderir ou não, sob pena de não conseguir contratar.

Ademais, é consabido que o contrato celebrado entre os litigantes favorece em suas cláusulas a operadora de plano de saúde, parte

economicamente mais forte na relação.

Ciente dessa vulnerabilidade do particular diante de tais práticas comerciais, o Código de Defesa do Consumidor elaborou uma série de mecanismos capazes de preservar o equilíbrio mínimo entre as partes.

Nesse sentido, o "*princípio da boa-fé objetiva*", recepcionado pelo art. 4º, III, do Código Consumerista, deverá ser observado em toda a relação de consumo, com o intuito de regular a conduta dos contratantes, inibindo práticas abusivas. Vejamos:

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:

[...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes, a boa-fé objetiva pode ser definida como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças (*Comentários ao código de defesa do consumidor, direito material* [arts. 1º a 54]. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 107).

Salienta-se que tal preceito decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo, disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, que pode ser traduzido no respeito e proteção ao ser humano como objetivo central de todo ordenamento jurídico.

Assim, o contrato passa a ser regulado em toda a sua extensão, vinculando as partes, não somente no momento de sua celebração, mas desde a fase das tratativas, durante sua execução e até mesmo após o término de sua vigência.

Para tanto, o artigo 51 da Lei n. 8.078/1990 assim dispõe:

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 com a boa-fé ou a equidade.

In casu, as partes firmaram Contrato de Assistência à Saúde Uniflex Nacional, com início da vigência no dia 1º-12-2003, época em que o usuário contava 56 (cinquenta e seis) anos de idade.

Até o usuário completar 60 (sessenta) anos de idade, pagava a mensalidade do plano de saúde no valor de R\$ 387,62 (trezentos e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos), sendo que seu plano sofreu um reajuste em

decorrência do aumento de sua faixa etária, atingindo a soma de R\$ 527,35 (quinhentos e vinte e sete reais e trinta e cinco centavos).

A cláusula décima nona do ajuste prevê, em seu parágrafo segundo, que *"as mensalidades serão automaticamente reajustadas em razão da idade do usuário, no mês seguinte ao de seu aniversário"* (fl. 92).

Frisa-se que não se nega a possibilidade de reajuste das mensalidades de plano de saúde; contudo, deve ser coibido o uso do reajuste em função da elevação da faixa etária do usuário, como de fato ocorreu no caso em questão.

É evidente que o reajuste por faixa etária deve-se ao fato de que ao elevar-se a idade dos usuários eleva-se também a utilização dos serviços médicos e hospitalares disponibilizados pela operadora, fazendo com que o plano de saúde perca sua alta lucratividade com o passar dos anos.

Com efeito, considerando os preceitos antes mencionados da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva e, ainda, o disposto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, mostra-se injusto o reajuste em questão.

Portanto, à vista das circunstâncias apresentadas, pelo caráter de adesividade da avença, pela presença de cláusula abusiva que permite o reajuste por faixa etária e pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é medida de rigor declarar a ilegalidade do aumento das prestações em função da elevação da idade do contratante, como bem decidiu o Magistrado sentenciante.

Por oportuno, colhem-se julgados desta Corte que apreciaram questão idêntica, na qual figurava como parte a Unimed:

PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE DA MENSALIDADE EM RAZÃO DO IMPLEMENTO DA IDADE DE 60 ANOS – ABUSIVIDADE – REJEIÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ O AUMENTO EM DOBRO – APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO OU AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI.

Em contrato de plano de saúde é nula de pleno direito a cláusula que estabelece o reajuste excessivo das mensalidades, em razão do implemento da idade de 60 anos do segurado, por violar a norma contida no Código de Defesa do Consumidor e o artigo 15, § 3º, da Lei n. 10.741/03.

Não há falar em violação à regra da irretroatividade das leis e do ato jurídico perfeito, porquanto estamos diante de preceitos legais cogentes, de ordem pública, prevalentes, e de aplicação imediata, podendo os efeitos, sem sombra de dúvida, incidir sobre os pactos em vigor, até porque são eles, no presente caso, de trato sucessivo (Ap. Cív. n. 2009.011501-6, de Ituporanga, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 24-4-2009).

DIREITO CONSUMERISTA – OBRIGAÇÕES – CONTRATO – PLANO DE SAÚDE – AUMENTO UNILATERAL DOS PRÊMIOS – CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO PELO AUTOR – PEDIDO DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO – INCONFORMISMO – REAJUSTE DAS CONTRAPRESTAÇÕES PELA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – DESTAQUE DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA – ABUSO – NULIDADE – LEVANTAMENTO DAS PARCELAS CONSIGNADAS – OBRIGAÇÃO CUMPRIDA – SENTENÇA REFORMADA – APELO PROVIDO.

É nula por abusiva cláusula que, em contrato de plano de saúde, estabelece reajuste das contraprestações pecuniárias pela mudança de faixa etária, mormente

inexistindo informações contratuais, infringindo o princípio da transparência e da boa-fé (Ap. Cív. n. 2004.023594-1, de Curitiba, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 21-6-2007).

Na mesma direção:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PLANO DE SAÚDE FIRMADO EM 2001, SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 9.656/98. REAJUSTE DAS MENSALIDADES DO PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA NO PERCENTUAL DE 122,11%. USUÁRIO QUE ATINGE 60 (SESSENTA) ANOS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO. Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do estatuto do idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. Precedente do STJ. É abusiva a cláusula que prevê o reajuste de mais de 100% da mensalidade por ocasião de mudança de faixa etária [...] (TJSE, Ap. Cív. n. 2009206326, rel. Des. Cezário Siqueira Neto, DJSE 14-10-2009, p. 70).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. AGRAVO RETIDO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPROVIDO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL EM RAZÃO DA INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. AFASTADA. MÉRITO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA CONTRAPRESTAÇÃO POR MUDANÇA DA FAIXA ETÁRIA. ESTABELECIMENTO DO PREÇO UNILATERALMENTE E SEM AUTORIZAÇÃO DA ANS. CLÁUSULA ABUSIVA. RECURSO IMPROVIDO. [...] Apresenta-se abusiva a cláusula contratual que prevê reajuste de contraprestação pecuniária de prestação de serviços médicos e hospitalares de forma unilateral e desprovida de autorização da ANS. (TJMS, Ap. Cív. n. 2008.016072-6/0000-00, Campo Grande, rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJEMS 6-10-2009, p. 33).

CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. Reajuste das mensalidades por mudança de faixa etária. Abusividade. Onerosidade excessiva. Cláusula abusiva que coloca o consumidor em desvantagem exagerada frente ao fornecedor, sendo incompatível com a boa-fé e equidade (art. 51, IV do CDC). Cláusula contratual que não se sustenta quando examinada à luz do estatuto do idoso. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido. (TJBA, Rec. n. 119105-5/2006-1, rela. Juíza Martha Cavalcanti Silva de Oliveira, DJBA 14-4-2009).

Ademais, o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda a cobrança de valores diferenciados em razão da idade do usuário, vejamos:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

[...]

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Em julgamento realizado no dia 25-3-2008, o Superior Tribunal de Justiça, em voto conduzido pela Ministra Nancy Andrighi, reconheceu a abusividade do reajuste em decorrência da mudança de faixa etária para os consumidores com idade superior a 60 (sessenta) anos, ainda que o contrato tenha sido celebrado anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso, vejamos:

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto

do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade.

- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º).

- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.

- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.

- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

- Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

- E 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).

- Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.

- A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser.

- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 809.329/RJ).

Extrai-se do corpo do referido julgado que:

Se o consumidor, usuário do plano de saúde, atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus ao abrigo da referida regra protetiva. Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Explico: não sabemos se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido [...] Sob tal encadeamento lógico, o consumidor

que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.

Na mesma direção, colhe-se decisão deste Tribunal:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. REAJUSTE DO VALOR DA PRESTAÇÃO. AUMENTO EXCESSIVO. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE DECLARADA. EXEGESE DO ART. 15, § 3º, DO ESTATUTO DO IDOSO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

São de todo incompatíveis com o sistema de proteção ao consumidor cláusulas que deixam ao alvedrio do fornecedor a escolha dos índices e percentuais de reajuste do contrato, ofendendo em especial o artigo 51, inciso IV, e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor.

Manifesta está a abusividade aposta na cláusula que prevê majoração excessiva do valor da prestação mensal do plano de saúde apenas com base na alteração da faixa etária do beneficiário, a teor do engastado no artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso [...] (Ap. Cív. n. 2008.082158-7, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 3-4-2009).

Com efeito, considerando os fatos narrados e a vedação contida no Estatuto do Idoso, deve ser repelida a atitude da operadora de plano de saúde que reajustou as mensalidades do plano em função do aumento da faixa etária do usuário.

Por derradeiro, requer a apelante o prequestionamento dos dispositivos legais ventilados nas razões recursais.

O recurso de apelação cível não se destina a prequestionar matéria nem dispositivo de lei federal, mas para combater a decisão de primeiro grau.

O julgador não está obrigado a responder um a um os pontos levantados pelas partes, nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados; deve decidir a lide conforme o seu convencimento, aplicando ao caso a norma legal que entender devida.

Desse modo, descabido é o pedido da apelante para prequestionar a matéria, visto que foi suficientemente abordada pelo Juízo de primeiro grau e reexaminada por este Órgão Colegiado.

Do recurso de apelação cível interposto por José Iran Pereira Sobrinho

Requer o autor que a repetição dos valores cobrados a mais se dê em dobro.

A restituição de indébito está assim disposta no artigo 876 do Código Civil:

Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir [...].

É importante salientar que o direito material em análise está ordenado também no Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve no art. 42, parágrafo único, que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à

repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

Ao tratar de repetição de quantias pagas a mais, pontifica Arnaldo Rizzardo:

De acordo com sentido jurídico, o pagamento indevido constitui um pagamento sem causa que se faz a alguém, trazendo-lhe uma vantagem ou o enriquecimento, empobrecendo ou prejudicando, em contrapartida, aquele que paga. É o pagamento que se faz na suposição errônea de que se está devendo, ou da inexistência de uma obrigação pendente de solução (*Contratos de crédito bancário*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 64).

A repetição do indébito tem respaldo na teoria do enriquecimento sem causa, e apresenta-se, assim, como sanção da regra de que não é permitido a ninguém enriquecer injustamente às custas de outrem.

No caso em discussão, tem-se, sem dúvida, a vantagem indevida por parte da Unimed e, em contrapartida, o empobrecimento do autor, conforme ficou demonstrado, em virtude da cláusula abusiva, o que consubstancia prática arbitrária e totalmente ilegal.

Igualmente, considerando os princípios da defesa do consumidor, sobretudo o do equilíbrio contratual, não se pode olvidar a possibilidade da revisão e repetição do indébito, porquanto é notório que, por via de regra, não é propiciada ao consumidor nenhuma discussão sobre as cláusulas e condições contratuais.

Outro ponto a ser observado a fim de que não haja dúvida acerca da *quaestio* diz respeito à voluntariedade do pagamento indevido e à prova de ter sido feito por erro, consoante o art. 877 do Código Civil, que determina:

Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.

Muito embora não se encontre configurado o erro em seu sentido literal, não se pode exigir dos consumidores que compreendam a legalidade das cláusulas e, principalmente, a complexidade dos cálculos estabelecidos.

Nesse sentido, já decidiu o Sodalício catarinense:

A repetição de indébito é possível, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor. A devolução em dobro, no entanto, não se justifica, no caso em que houve engano justificável, devendo, portanto, haver a restituição de forma simples (Ap. Cív. n. 2005.019478-0, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 13-9-2005).

Extrai-se do venerando acórdão:

Não há necessidade sequer de comprovação do erro no pagamento, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"A pretensão de devolução dos valores pagos a maior, em virtude do expurgo de parcelas judicialmente declaradas ilegais, é cabível em virtude do princípio que veda o enriquecimento sem causa, prescindindo da discussão a respeito de erro no pagamento" (REsp. n. 200.267/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Portanto, sobejamente comprovadas as ilegalidades constantes no contrato *sub judice*, impõe-se a compensação ou a repetição do indébito por parte da Unimed. Tal repetição, contudo, não deve ser em dobro, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Vejam-se:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO

ESPECIAL. INADIMPLEMENTO. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. Admite-se a repetição do indébito na forma simples, e não em dobro, salvo prova da má-fé [...] (STJ, AgR no REsp. n. 1.016.947, Terceira Turma, rela. Mina. Fátima Nancy Andrigli, j. em 21-5-2009).

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE MÚTUA HIPOTECÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. TEMA PACIFICADO. INDEFERIMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. MANUTENÇÃO. I. A jurisprudência iterativa da Terceira e Quarta Turma orienta-se no "sentido de admitir, em tese, a repetição de indébito na forma simples, independentemente da prova do erro, ficando relegado às instâncias ordinárias o cálculo do montante, a ser apurado, se houver" (AGRG no RESP 749830/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 05.09.2005). II. Assistência Judiciária Gratuita mantida. III. Agravo regimental parcialmente provido (STJ, AgR no REsp n. 953.549, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, j. em 14-8-2007).

A compensação de valores e a repetição de indébito, na forma simples, e não em dobro, são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro (STJ, AgRg-REsp n. 895.541, Quarta Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 22-5-2007).

Destarte, mantém-se a possibilidade da compensação ou restituição; todavia, impede-se que ela seja em dobro, mantendo-a na forma simples.

Ante o exposto, mantém-se incólume a sentença combatida.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento aos recursos.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de junho de 2010, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 7 de julho de 2010.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

ANEXO C – Agravo de instrumento n. 2007.018813-0 - SC

Agravo de Instrumento n. 2007.018813-0, de Balneário Camboriú
Relator: Des. Carlos Prudêncio

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E SERVIÇOS DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA QUE RESTRINGE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO. ABUSIVIDADE CONFIGURADA.

"Uma vez identificado que a cláusula é abusiva, se opera o regime da nulidade de pleno direito (art. 51 caput, CDC). De sorte que, pela sistemática do Código do Consumidor, é possível o Magistrado, diante da conjuntura do caso real, reconhecer a abusividade da cláusula e, portanto, declarar a mesma nula de pleno direito." (AC n. 2000.010873-1, rel. Carlos Prudêncio, publicada no DJ de 27-3-2002)

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIBERAÇÃO DE GUIAS AUTORIZADORAS. PROCEDIMENTO MÉDICO DE URGÊNCIA. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO. CLÁUSULA EXPRESSA A RESPEITO. LEI N. 9.656/1998. CONFLITO ENTRE DIREITOS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. RECURSO PROVIDO.

"No conflito entre dois bens jurídicos, há que ser sacrificado, em seara de tutela antecipada, aquele de importância inferior na escala de valores que pautam as atividades humanas, segundo a compreensão do homem médio. Assim, no confronto entre direitos econômicos e o direito à vida, este deve, sem qualquer dúvida, prevalecer. Com relação aos planos de saúde, ainda que exclua aquele da qual é beneficiária a postulante o custeio de transplantes, tratando-se de transplante de medula, afirmado o respectivo procedimento médico como de urgência, é de se deferir a tutela antecipada, para que a indispensável cirurgia seja realizada, sob pena de perecimento do bem maior do ser humano: o direito fundamental à vida. Nesse contexto, flexibilizado, ante a gravidade do 'periculum in mora', há que ser a avaliação do pressuposto do 'fumus boni iuris', com a mitigação, de outro lado, do obstáculo da irreversibilidade da medida. Não bastassem todos esses aspectos, tem-se que a Lei n. 9.658, ao dispor sobre os planos e seguros privados, impõe, em seu art. 35-C, a obrigatoriedade da cobertura do atendimento, independentemente de cláusula contratual em contrário, nas hipóteses de emergência, incluídas dentre estas, aquelas que, como no caso, impliquem em risco imediato de vida para o segurado." (Agravo de Instrumento n. 2007.065045-

9, relator: Des. Trindade dos Santos, DJ de 18-3-2008)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.018813-0, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), em que é agravante Janete da Silva Constante, e agravada Unimed Litoral Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Janete da Silva Constante contra decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú que, nos autos da ação de obrigação de fazer, por si proposta contra Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí-Açu, indeferiu a antecipação de tutela para determinar o custeio, por parte da agravada, das despesas necessárias e indispensáveis ao tratamento, bem como a liberação das guias autorizadoras para realização de transplante alogênico de medula óssea.

Aduz que se encontra em estado de saúde muito debilitado, necessitando, com urgência, de um transplante alogênico de medula óssea, o qual não é realizado pelo Sistema Único de Saúde do Estado. Sustenta, ainda, que, muito embora tenha pactuado um acordo de assistência médica com a agravada, o contrato limita de forma abusiva a realização de transplantes e as despesas dele decorrentes, com exceção de córnea e rim.

Por fim, requer o provimento do recurso.

O efeito ativo almejado foi negado (fls. 63 a 65).

Decorrido o prazo legal, a parte agrava deixou de apresentar as contra-razões recursais (fl. 69).

VOTO

O objeto do presente recurso cinge-se em analisar a decisão que negou o pedido de tutela antecipada, ao argumento da sua total inviabilidade, considerando-se estar o procedimento médico pretendido de custeamento abarcado pela previsão contratual de exclusão do rol daqueles assegurados pela recorrida.

a) Da incidência do Código de Defesa do Consumidor

É cediço que a relação jurídica - contrato de plano de saúde para prestação de serviços médicos - estabelecida entre a as partes – UNIMED e Janete da Silva Constante – é regida pelos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Esse pacto de serviços se enquadra perfeitamente no conceito de contrato de adesão estabelecido no art. 54 do CDC, como sendo aquele que *cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*.

Ao par dessa definição temos a chamada cláusula abusiva, considerada nula de pleno direito, quando coloque "o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Estabelecidas tais premissas, infere-se que a Unimed se nega a autorizar a realização de um transplante de medula alogênica, argumentando haver cláusula expressa de vedação a qualquer transplante, exceto de córnea e/ou rim.

Não obstante, dada a forma pelo qual o contrato foi pactuado, penso que está, em tese, evidenciada a abusividade de tal cláusula, ao colocar o consumidor em desvantagem excessiva.

Já tive a oportunidade de relatar, na Apelação Cível n. 2000.010873-1, da Capital, publicada no DJ de 27-3-2002, no sentido de que:

Uma vez identificado que a cláusula é abusiva, se opera o regime da nulidade de pleno direito (art. 51 caput, CDC). De sorte que, pela sistemática do Código do Consumidor, é possível o Magistrado, diante da conjuntura do caso real, reconhecer a abusividade da cláusula e, portanto, declarar a mesma nula de pleno direito.

Fixada essa premissa, passa-se à análise da antecipação da tutela recursal.

b) Da antecipação da tutela recursal

Cumprido, por oportuno, destacar que para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, necessário se faz a presença dos requisitos estabelecidos no artigo 273, incisos I, II e § 2º, do Código de Processo Civil.

Prescreve o artigo 273, incisos I e II do Código de Processo Civil:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Dessa feita, verifica-se que a concessão da tutela antecipada está condicionada à verificação da verossimilhança por meio da prova inequívoca nos autos, e, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Sobre o tema, assim leciona o renomado Luiz Fux, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2004, 3ª ed., p. 63:

No que pertine à evidência, o raciocínio, à luz do texto legal, é claro. A parte deve comprovar de plano o seu direito evidente na inicial e pleitear a antecipação da tutela, de sorte que, muito embora a prova plena possa ser encetada mais adiante, a concessão da antecipação decorre do pedido inicial.

Realizada a prova plena ulteriormente, torna-se possível a tutela antecipada, ainda que não pleiteada na inicial, considerando esse pedido como embutido na postulação de uma decisão justa e adequada para a causa. Essa é uma das razões pelas quais essa tutela antecipada deveria compor a atividade *ex officio* do juiz.

Considere-se, ainda, que se revela em prova inequívoca a alegação calcada em fatos notórios, incontroversos ou confessados noutro feito entre as partes, bem como aquela fundada em presunção *jure et de jure*, haja vista que a presunção relativa admite, em princípio, prova em contrário.

Nesse talvegue, é cediço que a verificação da verossimilhança corresponde a um juízo de probabilidade, em relação ao reflexo dos fatos articulados na prefacial e a plausibilidade da tutela jurídica pretendida. Já a prova inequívoca é aquela que fundamenta o convencimento do julgador. Prova que não permite equívoco, engano, conduzindo a uma certeza do direito pleiteado na inicial.

Da análise do presente caso, verifica-se a verossimilhança das alegações, bem como a prova inequívoca, haja vista que os documentos juntados aos autos não deixam dúvidas a respeito da urgência do transplante de medula óssea a ser feito na recorrente, devendo, em tal quadro, o contrato celebrado entre as partes ser considerado com ressalvas, posto que é contrato de adesão, regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Concernente ao perigo de irreversibilidade da decisão que antecipa os efeitos da tutela não pode servir de obstáculo para sua concessão, ainda mais quando envolver a saúde da agravante e a saúde financeira do agravante.

Ora, em que pese o contrato celebrado possuir cláusula expressa de exclusão de cobertura a tratamentos de transplante, há que se ter em conta a urgência da medida, quando em confronto, como no caso, dois interesses essencialmente divergentes: o patrimonial da agravada e o direito à vida da recorrente, havendo-se que optar, nesse conflito, pelo mais importante e relevante deles - o direito à vida.

Sobre o tema, ensina o Carreira Alvim *in* Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 140), que:

No conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o *homo medius*, na valoração dos bens da vida.

Nesse sentido, o art. 35-C, da Lei n. 9.656/1996, que dispõe sobre os planos e seguros privados, impõe a obrigatoriedade da cobertura, independentemente de cláusula contratual em contrário, nas hipóteses de risco à vida, senão vejamos:

É obrigatória a 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, caracterizada em declaração do médico assistente; e

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

In casu, não há dúvida quanto a situação de emergência existente, posto que o transplante deve ser realizado com a maior brevidade, devido a gravidade da doença e o risco de complicações fatais que ela confere.

Ademais, sabe-se que, para a realização do transplante alogênico de medula óssea é necessário que haja doador compatível para tanto. Com efeito, após exames procedidos nos familiares da recorrente, seu irmão, de

nome Nicácio da Silva, foi considerado o único apto para ser o doador. Portanto, existindo um doador apto e identificado, é imperioso que se proceda o transplante a fim de resguardar a vida da Sra. Janete da Silva Constante.

Desse modo, presentes os requisitos ensejadores da tutela antecipada, mormente quando envolvida a gravidade do estado de saúde da recorrente, a solução mais prudente é a concessão da medida.

Em caso análogo, é o entendimento desta Corte de Justiça:

"No conflito entre dois bens jurídicos, há que ser sacrificado, em seara de tutela antecipada, aquele de importância inferior na escala de valores que pautam as atividades humanas, segundo a compreensão do homem médio. Assim, no confronto entre direitos econômicos e o direito à vida, este deve, sem qualquer dúvida, prevalecer. Com relação aos planos de saúde, ainda que exclua aquele da qual é beneficiária a postulante o custeio de transplantes, tratando-se de transplante de medula, afirmado o respectivo procedimento médico como de urgência, é de se deferir a tutela antecipada, para que a indispensável cirurgia seja realizada, sob pena de perecimento do bem maior do ser humano: o direito fundamental à vida. Nesse contexto, flexibilizado, ante a gravidade do 'periculum in mora', há que ser a avaliação do pressuposto do 'fumus boni iuris', com a mitigação, de outro lado, do obstáculo da irreversibilidade da medida. Não bastassem todos esses aspectos, tem-se que a Lei n. 9.658, ao dispor sobre os planos e seguros privados, impõe, em seu art. 35-C, a obrigatoriedade da cobertura do atendimento, independentemente de cláusula contratual em contrário, nas hipóteses de emergência, incluídas dentre estas, aquelas que, como no caso, impliquem em risco imediato de vida para o segurado." (Agravado de Instrumento n. 2007.065045-9, relator: Des. Trindade dos Santos, DJ de 18-3-2008)

E, ainda:

Deve ser deferida a tutela antecipada, ante à presença dos pressupostos presentes no art. 273, I, do CPC. Eventual irreversibilidade da medida não deve servir de obstáculo intransponível ao seu deferimento, mormente por existir prova inequívoca da necessidade do tratamento, bem como o perigo de dano irreparável à saúde da autora. (AI. n. 2004.033798-5, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento) (AI n. 2005.013138-6, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, DJ de 26-8-2005).

A concessão da tutela antecipada tem como pressuposto a existência, tão-somente, de prova inequívoca, capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança das alegações do autor e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante o artigo 273 do Código de Ritos.

Via de regra tem-se como defeso ao julgador conceder tutela antecipada nos casos em que houver perigo de irreversibilidade do provimento, só merecendo abrandamento quando em risco o bem maior do ser humano, qual seja, o direito fundamental à vida (AI nº 2006.037004-6, rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 30-1-2007).

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para deferir a antecipação da tutela recursal e determinar que a agravante arque com as despesas necessárias e indispensáveis ao tratamento, bem como a liberação das guias autorizadoras para realização de transplante alogênico de medula óssea na agravante.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 28 de abril de 2009, os Exmos. Srs. Desembargadores Edson Ubaldo e Desembargador Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 5 de maio de 2009.

Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Presidente e Relator

ANEXO D – Apelação cível n. 2005.035766-7 - SC

Apelação Cível n. 2005.035766-7, de Araranguá
Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO DO CONSUMIDOR DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – SÍNDROME DE DOWN – SESSÕES DE FISIOTERAPIA E TRATAMENTO POR FONOAUDIOLOGIA – PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – INSURGÊNCIA – LIMITE DE SESSÕES DE FISIOTERAPIA – OMISSÃO CONTRATUAL – PRÁTICA ABUSIVA – NULIDADE – FIM SOCIAL DO CONTRATO – ALEGAÇÃO AFASTADA – SERVIÇO DE FONOAUDIOLOGIA – OMISSÃO CONTRATUAL – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – PROVIDÊNCIA A SER CUMPRIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PEDIDO DE REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FIXAÇÃO ADEQUADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A imposição de limite de sessões de fisioterapia ao filho menor da conveniada, sem respaldo no respectivo contrato, caracteriza prática abusiva ao fornecedor do serviço de saúde, conforme art. 39,II, do CDC.

O contrato de prestação de saúde, por envolver direito absoluto, acarreta ao fornecedor a obrigação de disponibilizar ao seu beneficiário atendimento não somente às doenças que ensejam grandes lucros à empresa, mas também àquelas que não geram ganho porque o contrato, além de objetivar a saúde como um todo, não pode ser instrumento de mercantilização do bem-estar físico e mental dos beneficiários.

Não devem ser reduzidos honorários advocatícios que são fixados com base no zelo profissional, no tempo exigido para o serviço, na natureza da causa e no trabalho realizado pelo causídico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.035766-7, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é apelante Sociedade Literária e Caritativa Santo Agostinho Hospital São José, sendo apelado V. T. S., representado por sua mãe Ana Maria de Souza Teixeira Simon:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, desprover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Ação Declaratória de Direito movida por V. T. S., representado por sua mãe Ana Maria de Souza Teixeira Simon, contra Sociedade Literária e Caritativa Santo Agostinho Hospital São José, objetivando declarar o direito do autor ao integral tratamento de saúde, que prevê sessões de fonoaudiologia e fisioterapia.

Sustentou que o menor é portador de Síndrome de Down e em 08.12.1999 foi admitido como usuário de plano de saúde como dependente de sua genitora, que é funcionária da Escola Agrotécnica Federal de Sombrio, com quem a requerida possui contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares.

Disse que a requerida não vem cumprindo com o contrato estipulado, aduzindo que inexistente previsão para tratamento de fonoaudiologia e que as sessões de fisioterapia devem ser limitadas a 20 (vinte) por ano.

Anotou que o menor necessita de tratamento constante e que, ante a previsão contratual para a especialidade de otorrinolaringologia, o mesmo deve ser deferido.

Em medida cautelar nominada, foi deferida liminar para compelir a requerida à realização do tratamento requerido, conforme votação unânime desta Segunda Câmara de Direito Civil.

Às fls. 45/47, o Ministério Público de 1º Grau opinou pela procedência parcial do pedido, objetivando o custeio, pela requerida, do tratamento fisioterápico do menor.

Entregando antecipadamente a prestação jurisdicional, sentença foi proferida às fls. 49/55, contendo a parte dispositiva o seguinte teor:

"Diante do exposto, julgo procedentes os pedidos para condenar o réu a arcar com o tratamento de fisioterapia e fonoaudiologia em favor do autor, independentemente do número de sessões, com relação ao plano de saúde firmado entre as partes. Condene a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), consoante art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, considerando a complexidade da causa e tempo de duração".

Inconformada, Sociedade Literária e Caritativa Santo Agostinho Hospital São José interpôs recurso de apelação objetivando a reforma *in totum* do *decisum* objurgado, aduzindo, para tanto, que inexistente cobertura para sessões de fonoaudiologia e que o tratamento fisioterápico é limitado à 20 (vinte) sessões anuais.

Pugnou, ainda, pela redução da verba honorária arbitrada pelo magistrado de 1º Grau em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, §4º do CPC.

Contra-razões foram regularmente apresentadas.

Às fls. 82/87, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto tempestivo e instruído com os documentos necessários.

Objetiva a ré/apelante a reforma da sentença ao argumento de que o contrato firmado entre as partes não prevê cobertura para sessões de fonoaudiologia e que o tratamento fisioterápico é limitado à 20 (vinte) sessões anuais.

Pugnou, ainda, pela redução da verba honorária arbitrada em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Desmerece reparo a sentença atacada.

A exemplo do agravo de instrumento n. 2002.022113-4, em cuja decisão foi mantida a liminar de antecipação de tutela deferida pelo magistrado de 1º Grau, que concedeu a cobertura contratual ora pleiteada.

Os contratos de seguro de saúde são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), a teor do que dispõem os arts. 2º e 3º do aludido diploma consumerista.

A moléstia que aflige o menor, beneficiário da apelada, é das mais graves, exigindo tratamento através de medicina interdisciplinar intensiva e ininterrupta, com abordagens, inclusive, de diversos profissionais que não sendo médicos, tratam do corpo como expressão orgânica e funcional. É que o menor é portador de anomalia cromossômica congênita, denominada "síndrome de Down", além de sofrer de oftalmopatia e disfunção tireóidiana a exigir o tratamento necessário ao crescimento integral da criança, englobando-se saúde física e mental.

No caso concreto, a apelada pretende reduzir as seqüelas da síndrome de Down de que é portador seu filho menor. São decorrências dessa doença, ressaltados caso a caso, retardamento mental, dificuldade de aprendizagem, locomoção tardia e dificuldade ou impossibilidade de se manifestar através da fala. Assim, o plano de saúde da qual a mãe do apelado faz parte, deve colocar à disposição do menor todos os profissionais que possam minimizar a sua doença.

Como se sabe, o corpo humano é um todo e a saúde é a ausência de qualquer patologia no organismo, sob pena de desintegração psicossomática, em maior ou em menor grau e intensidade, para aquele que possua qualquer doença.

É indispensável afirmar-se que aparentemente certos usuários de plano de saúde só terão seu objetivo realizado – saúde -, quando o paciente tiver à sua disposição médicos e profissionais da saúde que pelo menos minimizem os efeitos da doença analisada no caso concreto.

Como é observado no contrato de fls. 34 (autos em apenso), mais especialmente em seu capítulo IX, o plano de saúde prevê exclusivamente o tratamento de fisioterapia, ressaltando-se que o contrato omitiu os serviços de fonoaudiologia.

No caso em tela, o que se discute é a validade da cláusula limitativa da responsabilidade civil do plano de saúde pelo pagamento de despesas

com sessões de tratamento fisioterápico e fonoaudiológico no filho da apelada.

O contrato firmado entre as partes objetiva a saúde dos seus partícipes e familiares, não havendo razão para que o acordo bilateral de vontades, do qual a mãe do menor participa, faça previsão de tratamento de determinadas doenças pelo número de sessões, em detrimento de outras patologias.

Assim, não vingam as proibições ou restrições que revelam abusividade ou limitações ao direito do segurado, mormente quando inexistem cláusulas expressas de exclusão ou restrição de benefícios.

Embora não havendo limitação contratual, a apelante alega que o serviço de fisioterapia tem o limite de 20 sessões anuais por usuário, caracterizando, aparentemente, prática comercial abusiva, conforme art. 39, II, do CDC:

"É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes".

Entretanto, conforme estatui o art. 47 do CDC, *"As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"*.

Assim, é abusiva a prática comercial que limita em até 20 sessões anuais de fisioterapia o tratamento do usuário portador da síndrome de Down, tendo em vista a imprevisibilidade da cura, o direito fundamental à saúde previsto na CF, o art. 5º, da LICC e os arts. 421/423, do Código Civil de 2002.

Nesse sentido é entendimento da jurisprudência pátria:

"Contrato de seguro saúde. Necessidade de tratamento fisioterápico em razão de cardiopatia congênita. Nulidade de cláusula contratual que estabelece limite máximo de 40 sessões ao ano. Aplicação da Lei n. 9656/98. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Sentença que declarou nula a referida cláusula em relação aos autores. Apelo improvido" (Ap. Civ. n. 70001033265, Sexta Câmara Cível, TJRS, Rel. Cacildo de Andrade Xavier, j. 14/06/2000).

O TJSC, manifestando-se em caso análogo, perfilha o mesmo entendimento:

"É abusiva a cláusula contratual que restringe o número de sessões quimioterápicas e radioterápicas do beneficiário de plano de saúde, mormente porque impossível prever-se o tempo necessário à sua convalescença." (TJSC, 2ª Cam. Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Agravo de instrumento n. 2002.015754-1, de Itajaí – SC, j. em 15/04/2003).

Conforme o raciocínio supra, a apelante deverá fornecer todas as sessões de fisioterapia necessárias à saúde do filho da apelada, sem limitação de tempo e quantidade, exigindo-se apenas prescrição médica.

Quanto aos serviços de fonoaudiologia em favor do filho da apelada, também não assiste razão à ré/apelante, pois os contratos, mais especialmente aqueles que objetivam assegurar saúde, devem ser interpretados conforme as necessidades sociais, levando em conta que a saúde, além de direito fundamental, tem natureza jurídica absoluta.

Em decorrência da síndrome de Down, o filho da autora necessita de tratamento para falar, para locomover-se, para reduzir seu retardamento mental e para integrar-se na sociedade, sendo necessária a

intervenção de equipe interdisciplinar, incluindo fonoaudiólogo(a).

Analisado o contrato sob o aspecto econômico, é devida a substituição de fonoaudiólogo por otorrinolaringologista. Entretanto, mencionada substituição, sem demérito a qualquer profissional, não reduzirá os problemas que o filho da recorrida possui.

Analisado o contrato de prestação de serviço médico sob o aspecto teleológico, ele deve estar mais alicerçado em sua função social que na função econômica, devendo a empresa apelante proporcionar ao filho da agravada todos os meios necessários para que o mesmo veja satisfeito o seu tratamento fisioterápico e fonoaudiológico.

Não bastasse isso, a apelante, ao contratar plano de saúde com a apelada, sabia do estado de saúde de seu filho – presume-se dos autos –, tanto é que majorou os prêmios mensais em decorrência da inclusão do menor no plano, criando expectativa de que o contrato seria cumprido de acordo com as limitações físicas do infante.

Traz-se aos autos excerto de acórdão da 4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, quando resolveu assunto relacionado à recusa do plano de saúde em permitir a realização de transplante de fígado em seu usuário, sob a alegação de exclusão contratual:

"... à medida que o setor privado aproveita-se da notória incapacidade do Poder Público de prover toda a população de assistência médica para entrar num mercado altamente lucrativo, que é o de 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 as moléstias mais onerosas, deixando a complementação menos custosa (capaz de proporcionar lucro) à iniciativa privada, é descurar da máxima capitalista de que, quanto o maior o lucro, maior também é o risco. Assim, as limitações contratuais referentes ao tratamento de doenças onerosas 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" (Apelação Cível n. 264003-9, j. em 05/12/99).

No referido acórdão do Judiciário mineiro, o Des. Relator complementa a decisão asseverando que *"em princípio, a saúde é um bem indivisível. Não faz sentido lotear o corpo humano, seus aparelhos e sistemas, para proteger uns e não outros"*.

No tocante à redução da verba honorária arbitrada em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º do CPC, não merece acolhimento o apelo formulado pela ré.

Importante destacar que o patrono do apelado conduziu o processo com zelo e presteza, utilizando-se de todos os meios processuais cabíveis em defesa dos direitos de seus clientes. Reduzir a verba seria aviltar o trabalho realizado pelo causídico.

Ademais, cumpre esclarecer que houve também ajuizamento de cautelar inominada pelo apelado, cuja liminar, após deferida pelo magistrado de 1º Grau, foi agravada pela apelada, o que certamente exigiu do advogado maior tempo de trabalho.

Sobre o tema é entendimento do STJ:

"Não se pode aviltar a atividade causídica atribuindo-lhe ínfimos honorários, que empobrecem material e intelectualmente a dedicação dispensada pelo advogado militante" (Rel. Min. Humberto Martins, in REsp 863297/PR, Segunda Turma, j. 07/11/2006).

Deve ser mantida, desta forma, a fixação de honorários advocatícios em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, voto para conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve desprover o recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Mazoni Ferreira, que presidiu a sessão, e Victor José Sebem Ferreira.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli.

Florianópolis, 23 de agosto de 2007.

MONTEIRO ROCHA

Relator

ANEXO E – Apelação cível n. 70040953069 - RS

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PODER JUDICIÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO FIRMADO ANTES VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. RENOVAÇÕES CONTRATUAIS SUCESSIVAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COBERTURA SECURITÁRIA. PLANO REFERÊNCIA.

1. O contrato de seguro ou plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes.

2. Há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. Inteligência do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em exame o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: *aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*.

3. O objeto do litígio é o custeio do tratamento quimioterápico a que tem de se submeter a autora, em que a ré sustenta a ausência de cobertura securitária.

4. A legislação atual é aplicável aos planos e seguros privados de assistência à saúde em razão da adequação do contrato a esse regramento jurídico, pois em função do seu caráter de ordem pública, as normas em questão têm incidência imediata ao caso em concreto.

5. Portanto, aplicável ao caso em exame as exigências mínimas previstas no plano-referência de que trata os artigos 10 e 12 da legislação dos planos de saúde, bem como a Resolução Normativa nº. 211/2010 da ANS.

6. Destarte, deve ser declarada a nulidade da cláusula do contrato mantido entre as partes, a qual exclui a cobertura para quimioterapia, cabendo a ré arcar integralmente com o tratamento pleiteado pela autora e restituir os valores que esta despendeu em razão da negativa

Dado provimento ao apelo.

APELAÇÃO CÍVEL

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70040953069

COMARCA DE PORTO ALEGRE

CELITA CABRAL

APELANTE

UNIMED PORTO ALEGRE APELADO
SOCIEDADE COOP TRABALHO
MEDICO LTDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. GELSON ROLIM STOCKER E DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA.**

Porto Alegre, 27 de abril de 2011.

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO,
Relator.

I- RELATÓRIO

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO (RELATOR)

CELITA CABRAL interpôs apelação contra a decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de declaração de nulidade de cláusula contratual e restituição de valores movida em face de **UNIMED PORTO ALEGRE – SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.**

Em suas razões recursais (fls. 139/160), a autora afirmou que não tomou conhecimento da correspondência enviada pela ré oportunizado a migração para um plano adaptado à Lei 9.656/98. Acrescentou que a proposta encaminhada pela ré contraria o disposto nos artigos 14 e 15 da RN nº. 64/2003 da ANS.

Argumentou que a ré é a detentora dos elementos atinentes aos novos planos de saúde, cumprindo-lhe alertar acerca das restrições, em estrita observância ao princípio da boa-fé. Aduziu que em 2004 celebrou um aditivo contratual, momento no qual a ré deveria ter ofertado a migração para um plano adaptado.

Defendeu que a incidência da Lei 9.656/98 não viola o princípio da irretroatividade das leis, pois o contrato ajustado entre as partes se renova automaticamente ao final de cada período. Salientou que o contrato é de adesão e que deve ser interpretado em benefício do segurado, consoante artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Afirmou que o artigo 12, I e II da Lei 9.656/98 e os artigos 14 e 15 da Resolução Normativa nº. 167/2007 da ANS estabelecem a obrigatoriedade de cobertura para tratamento quimioterápico. Defendeu que o tratamento igualmente não pode ser recusado, por se tratar de atendimento de emergência, de acordo com o artigo 35-C da Lei 9.656/98.

Requeru o provimento do recurso.

Contra-arrazado o apelo (fls. 164/172), os autos foram remetidos a esta Colenda Corte de Justiça.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

II – VOTOS

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO (RELATOR)

Admissibilidade e objeto do recurso

Eminentes colegas, o recurso intentado objetiva a reforma da sentença de primeiro grau, versando a causa sobre negativa de cobertura securitária.

Os pressupostos processuais foram atendidos, utilizado o recurso cabível, há interesse e legitimidade para recorrer, é tempestivo e está dispensado de preparo devido à gratuidade deferida (fl. 93), inexistindo fato impeditivo do direito recursal, noticiado nos autos.

Assim, verificados os pressupostos legais, conheço do recurso intentado para o exame das questões suscitadas.

Mérito do recurso em exame

O contrato em tela foi avençado entre as partes com o objetivo de garantir o ressarcimento para a hipótese de ocorrer a condição suspensiva consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora de saúde deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado, condições gerais estas previstas no art. 757 e seguintes do Código Civil.

Ressalte-se que os pressupostos do contrato de seguro são a cobertura de evento futuro e incerto capaz de gerar dano ao segurado, cuja mutualidade está consubstanciada na reparação imediata do prejuízo sofrido, ante a transferência do encargo de suportar este risco para a seguradora. Permeadas estas condições pelo elemento essencial deste tipo de pacto, qual seja, a boa-fé, nos termos do art. 422 da atual legislação civil, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas.

Saliente-se que presentes as condições precitadas, deve ser feito o pagamento da obrigação assumida pela seguradora nos limites contratados e condições acordadas, desonerando-se aquela de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização ou ressarcimento das despesas.

Sobre o assunto em foco é oportuno trazer à baila os ensinamentos de Cavalieri Filho, ao lecionar que:

Três são os elementos essenciais do seguro - o risco, a mutualidade e a boa-fé -, elementos, estes, que formam o tripé do seguro, uma verdadeira, “trilogia”, uma espécie de santíssima trindade.

Risco é perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro. As pessoas fazem seguro, em qualquer das suas modalidades - seguro de vida, **seguro de saúde**, seguro de automóveis etc. -, porque estão expostas a risco.

(...)

Em apertada síntese, seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-las.

Assim, o elemento volitivo supracitado gera o agravamento do risco estipulado, resultando no desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado, nos termos do art. 768 da lei civil. Portanto, para que esta situação ocorra, deve haver intenção do segurado, não bastando mera negligência ou imprudência deste.

De outro lado, é preciso consignar que os serviços securitários estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo, dispondo aquele diploma legal em seu art. 3º, § 2º, o seguinte:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º (...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Dessa forma, há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes a essa espécie de seguro saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro ofertada pela empresa seguradora de saúde, consubstanciada no pagamento dos prejuízos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço.

Assim, aplica-se a lei consumerista a relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em exame o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: *aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*.

Ademais, releva ponderar que o contrato de seguro ou plano de saúde é basicamente um acordo de transferência da titularidade dos prejuízos econômicos decorrentes da materialização do sinistro, onde aquele que toma a posição de garantidor (seguradora) se obriga ao pagamento de um valor em pecúnia ao segurado, a fim de ressarcir as despesas médicas deste, caso o sinistro relativo à saúde do mesmo venha a se perpetrar.

Portanto, é indispensável nesse tipo de avença, a confiança mútua, ou seja, a segurança de ambas as partes, no que tange ao cumprimento do pactuado.

No caso em exame a autora pretende a declaração de nulidade da cláusula 11, no ponto em que exclui o tratamento e diagnóstico de doenças com cobertura contratual, bem como que seja autorizado o tratamento quimioterápico a que tem de se submeter e, ainda, que seja restituído o valor que teve de despende devido à negativa securitária.

Ao analisar os documentos insertos nos autos, constata-se que a autora firmou contrato de assistência à saúde com a ré no ano de 1997 (fls. 59/60) e, em 2004, um aditivo contratual (fls. 61/62).

É oportuno ressaltar, ainda, que o referido pacto está submetido às disposições da Lei 8.078/90, como anteriormente mencionado, atinente ao mercado de prestação de serviços médicos, conforme se extrai da interpretação do art. 35 da Lei 9.656/98.

Frise-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, ao instituir os direitos básicos do consumidor, definiu no seu art. 6º, inciso III que:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

(...)

Assim, a norma precitada assegura ao consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam. Portanto, no caso *sub judice*, há evidente desobediência ao dispositivo legal em comento, na medida em que as informações sobre o serviço que estava sendo contratado não foram prestadas de forma adequada.

Pondere-se, ainda, que a incidência das regras definidas na Lei n.º 9.656/98, mesmo que o contratante do plano objeto do presente litígio não tenha optado por migrar de plano, não ocasiona ofensa a ato jurídico perfeito, pois não se trata de aplicação retroatividade do referido diploma legal, mas mera adequação do contrato a esse regramento jurídico, pois em função do seu caráter de ordem pública, tem a normatização em questão aplicação imediata. Nesse sentido são os ensinamentos de Orlando Gomes¹:

A mais importante questão no exame da continuidade de um contrato por tempo determinado consiste em saber se o contrato persiste ou se outro lhe sucede.

Para resolvê-las, separam-se duas hipóteses: 1º) se as partes conservam as cláusulas, limitando-se a dilatar o prazo de vigência da relação jurídica, numa palavra, prorrogá-lo, não haverá formação de novo contrato. É o mesmo contrato que continua, sujeito, ou não, a novo termo; 2º) se introduzem, entretanto, novas cláusulas, modificando o conteúdo do contrato originário, inclusive a relativa à duração, renovando-o, por conseguinte, terão estipulado outro contrato. Distinguir-se-ia, desse modo, a prorrogação da renovação. Ocorrendo prorrogação, um só e mesmo contrato dilatado no tempo. Verificando-se a renovação, seqüência de contratos estipulados pelas mesmas partes. Prorrogação estende a duração do contrato; renovação dá lugar a contrato novo, ainda tendo conteúdo idêntico ao precedente.

Assim, não há que se falar em violação ao princípio da irretroatividade das leis, uma vez que em se tratando de contrato de longa duração, o qual se renova, de regra, anualmente e de forma automática, obrigação esta de trato sucessivo, também denominado de contrato cativo, segundo a nomenclatura adotada por Cláudia Marques, devem as estipulações fixadas no curso deste atender a regulação atinente a cada novo período.

Dessa forma, mesmo que o contrato tenha sido celebrado anteriormente a sua vigência, a relação havida entre as partes deve sofrer os efeitos da nova lei, conforme preleciona a Professora Cláudia Lima Marques²:

Os comuns limites e/ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais), especialmente limitando as internações hospitalares, permanência em UTI's e similares, presentes nos contratos anteriores à lei e agora excluídos expressamente pelos arts. 10 e 12 da Lei nº. 9.656/98 encontram sua base em cláusulas contratuais. Estas cláusulas contratuais são nulas por contrárias a boa-fé, como esclarece a própria lei, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica, criam um desequilíbrio no contrato ao ameaçar o objetivo do mesmo, que é ter o serviço de saúde que necessita.

¹ GOMES, Orlando. Contratos. RJ: Forense, 2007. p. 156.

² MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima (coordenadora). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.132

Portanto, aplicável ao caso em exame as exigências mínimas previstas no plano-referência de que trata os artigos 10 e 12 da legislação dos planos de saúde. Assim, como define o inciso II, “a” do art. 12 do diploma legal precitado, quando o plano incluir internação hospitalar, é obrigatória 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;*

Ainda, conforme estabelece o inciso II, “b” do mencionado dispositivo, constitui exigência mínima dos planos que garantam atendimento ambulatorial, a *cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente.*

Por outro lado, conforme o artigo 10, §4º, *a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.* Dessa forma, conforme os artigos 17, XI e artigo 18, X, “b” da Resolução Normativa nº. 211/2010 da ANS, a cobertura de quimioterapia constitui exigência mínima dos planos, não podendo ser recusada.

Ademais, a tratamento postulado na inicial se mostra necessário para que a autora restabeleça o seu estado de saúde e retome a sua jornada normal de vida. Situação anteriormente descrita que importa em garantir uma melhor prestação do serviço contratado, bem como servem para evitar riscos desnecessários (e até irreversíveis) à vida da recorrida.

Destarte, deve ser declarada a nulidade da cláusula 11, VIII, do contrato mantido entre as partes, a qual exclui a cobertura para quimioterapia, cabendo a ré arcar integralmente com o tratamento pleiteado pela autora e restituir os valores que esta despendeu em razão da negativa (fls. 73/78), corrigidos monetariamente pelo IGP-M a partir de cada desembolso e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

III- DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao apelo para:

a) declarar a nulidade da cláusula 11, VIII, do contrato mantido entre as partes;

b) determinar que a ré custeie o tratamento quimioterápico pleiteado pela autora;

c) condenar a ré ao reembolso dos valores que a demandante despendeu com o tratamento de quimioterapia (fls. 73/78), corrigidos monetariamente pelo IGP-M a partir de cada desembolso e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

d) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da autora fixados em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), tendo em vista a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo procurador que atuou no feito, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

DES. GELSON ROLIM STOCKER (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO - Presidente - Apelação Cível nº 70040953069, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ROSANE WANNER DA SILVA BORDASCH

ANEXO F – Agravo de instrumento n. 1.0024.09.575352-1/001(1) - MG



Número do processo: 1.0024.09.575352-1/001(1)

Processos associados: [clique para pesquisar](#)

Relator: Des.(a) NICOLAU MASSELLI

Relator do Acórdão: Des.(a) NICOLAU MASSELLI

Data do Julgamento: 18/03/2010

Data da Publicação: 08/04/2010

Inteiro Teor:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR INOMINADA - PLANO DE **SAÚDE** - INDÍCIOS DE REAJUSTES ABUSIVOS - § 3º DO ART. 15 DO ESTATUTO DO **IDOSO** - APLICAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA - REQUISITOS PREENCHIDOS - DECISÃO MANTIDA. A **SAÚDE** é um **DIREITO FUNDAMENTAL** da pessoa humana, devendo as operadoras de **PLANOS** de **SAÚDE** garantir ao segurado todos os meios necessários para a sua preservação, nos termos dos artigos 196, 197 e 199, da CF/88, o que importa em sua integral assistência, sempre que o segurado dela precisar, como ocorre na hipótese. Nas ações cautelares, cabe ao julgador perquirir se há risco de ineficácia do processo principal pela sua natural demora e se existe indícios de um possível **DIREITO** a ser acautelado. Os contratos firmados antes da vigência do referido Estatuto do **IDOSO** devem sofrer os efeitos deste, principalmente porque a cláusula relacionada ao aumento da mensalidade em função da implementação dos 60 anos passou a gerar efeitos concretos quando o **DIREITO** brasileiro não mais contemplava a validade dessa espécie de ajuste.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.09.575352-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): BRADESCO **SAUDE** S/A - AGRAVADO(A)(S): WALDIR LALLO - RELATOR: EXMO. SR. DES. NICOLAU MASSELLI

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador FRANCISCO KUPIDLOWSKI, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010.

DES. NICOLAU MASSELLI - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. NICOLAU MASSELLI:

VOTO

Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo proposto por BRADESCO **SAUDE** S/A, em face da douda decisão de 1º grau, proferida nos autos da AÇÃO CAUTELAR INOMINADA proposta por WALDIR LALLO, ora agravado.

Nesta decisão, a i. magistrada de 1º grau deferiu a liminar rogada pelo autor da ação, ora agravado, determinando a redução do valor da mensalidade do plano de **SAÚDE**, do montante de R\$ 1.256,20 para R\$ 152,15, a corrigir monetariamente pelo INPC, valor este referente ao valor do

plano na data em que o agravado havia completado 60 anos.

Inconformado com tal decisão em primeiro grau, a agravante apresentou o presente agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo.

Em suas razões recursais, afirma que a Lei n. 9.656/98 entrou em vigor após a celebração do contrato com o apelado, não podendo, assim, retroagir. Alega que o § 3º do art. 15 do Estatuto do **IDOSO** (Lei 10.741/2003) não pode ser aplicado aos contratos anteriores à vigência deste.

Pugna pelo total provimento do recurso, para que seja permitido os reajustes nos termos do contrato e autorizações da Agência Nacional de **SAÚDE** Suplementar.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo.

É o relatório.

A meu ver, a decisão agravada não merece reparo.

Registre-se, ab initio, que a **SAÚDE** é um **DIREITO FUNDAMENTAL** da pessoa humana, devendo as operadoras de **PLANOS** de **SAÚDE** garantir ao segurado todos os meios necessários para a sua preservação, nos termos dos artigos 196, 197 e 199, a CF/88, o que importa em sua integral assistência, sempre que o segurado dela precisar, como ocorre na hipótese.

Não podemos esquecer que o **DIREITO** à vida e à **SAÚDE** é um **DIREITO** supremo e inviolável, devendo ser velado em sua concepção de continuar vivo e de se ter vida digna quanto à subsistência.

Conforme é de ciência geral, a tutela cautelar pressupõe a presença de dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro requisito consiste na aparência de **DIREITO**. Mas não é **DIREITO** material e sim a possibilidade da tutela principal, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, em Curso de **DIREITO** Processual Civil, 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, vol. II, pág. 371:

"O *fumus boni iuris*. Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do **DIREITO** material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o **DIREITO** em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o '**DIREITO** de ação, ou seja, o **DIREITO** ao processo de mérito'".

Já o segundo requisito consiste na probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. É o mesmo autor, na obra citada, à p. 372, quem esclarece:

"*Periculum in mora*. Para a obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal."

Assim, nas ações cautelares, cabe ao julgador apenas perquirir se há risco de ineficácia do processo principal pela sua natural demora e se existe indícios de um possível **DIREITO** a ser acautelado. E nestes autos, a meu sentir os requisitos da cautelar restaram demonstrados.

É que pela análise dos autos, fazendo um juízo preliminar, percebo ter a operadora reajustado as mensalidades do plano de **SAÚDE** do agravado de forma abusiva.

Afirma a recorrente que a Lei n. 9.656, de 03-06-98, entrou em vigor após a celebração do contrato com o apelado, em 1993, e, assim, não poderia retroagir para sua aplicação, já caracterizado como um ato jurídico perfeito.

Entretanto, está em discussão um pacto de trato sucessivo, cujas obrigações implementam-se ao longo do tempo, sofrendo, por isso, o impacto da legislação superveniente, que o afeiçoa às circunstâncias e realidades emergentes.

Assim, o surgimento da Lei n. 9.656/98, veio disciplinar os **PLANOS** e seguros privados de

assistência à **SAÚDE**, já existentes no mercado, objetos de contratos, muitas vezes, leoninos e desfavoráveis ao usuário dos serviços.

Neste sentido colaciono da jurisprudência:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REAJUSTE DE PARCELAS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APARENTE ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL EM QUE SE FUNDOU O AUMENTO. Em que pese tenha aberto a decisão proferida pelo STF caminho à eclosão de tal problemática, não há se permitir, ao menos por ora, enquanto ainda não julgada a ação direta de inconstitucionalidade intentada pelas operadoras de **PLANOS** de **SAÚDE**, sejam descumpridos os preceitos trazidos pela lei consumerista, com a aplicação de cláusulas contratuais unilaterais e aparentemente abusivas. Por se tratarem de contratos de trato sucessivo, aplicável à espécie se apresentam os dispositivos do CDC, inclusive aos contratos anteriores ao seu advento. Aparentemente abusiva se mostra a cláusula que permite o condicionamento do reajuste das parcelas do prêmio à recomposição das despesas médico-hospitalares quando sobreposta tão-somente porque afastada a incidência de artigo de lei que dispõe sobre a competência da ANS para a divulgação do índice de reajuste, até então propalado em 11,75%, longínquos, no entanto, do reajuste de 81,60% de que ora se aproveita a seguradora.

AGRAVO IMPROVIDO". (agravo de Instrumento n. 70009372699, TJRS, Relator Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, 5ª Câmara Cível).

No que tange à alegação do agravante, que o § 3º do art. 15 do Estatuto do **IDOSO** não pode ser aplicado, melhor sorte não lhe assiste.

Assim dispõe o mencionado artigo da Lei 10.741/2003.

"Art. 15. É assegurada a atenção integral à **SAÚDE** do **IDOSO**, por intermédio do Sistema Único de **SAÚDE** SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da **SAÚDE**, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

(...)

§3º É vedada a discriminação do **IDOSO** nos **PLANOS** de **SAÚDE** pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

Em razão de seu caráter de ordem pública, a regra acima citada tem aplicação imediata, não representando nenhuma ofensa ao ato jurídico perfeito.

Os contratos firmados antes da vigência do referido Estatuto do **IDOSO** devem sofrer os efeitos deste, principalmente porque a cláusula relacionada ao aumento da mensalidade em função da implementação dos 60 anos passou a gerar efeitos concretos quando o **DIREITO** brasileiro não mais contemplava a validade dessa espécie de ajuste.

Não se está alcançando, dessa forma, os efeitos das cláusulas contratuais que tiveram sua eficácia implementada antes da vigência de novas leis, em específico da Lei 10.741, de 2003.

A Lei nova, no caso, por força da natureza continuada da própria relação, está incidindo em tópico do Contrato que não era dotado de eficácia em razão da não implementação da condição vinculada à idade.

Tal matéria já foi submetida ao crivo do STJ, que definiu a abusividade dos reajustes em razão da faixa etária do segurado. Abaixo, o julgado daquele egrégio Tribunal Superior:

"**DIREITO** CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DO **IDOSO**. **PLANOS** DE **SAÚDE**. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO.

- O plano de assistência à **SAÚDE** é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a **SAÚDE** do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

- Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por

se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

- Ao firmar contrato de plano de **SAÚDE**, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.

- O interesse social que subjaz do Estatuto do **IDOSO**, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os **PLANOS** de **SAÚDE**, ainda que firmados anteriormente à vigência do estatuto Protetivo.

Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de **SAÚDE** calcada exclusivamente na mudança de faixa etária - de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do **IDOSO**.

Veda-se a discriminação do **IDOSO** em razão da idade, nos termos do art. 15, §3º, do Estatuto do **IDOSO**, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos **PLANOS** de **SAÚDE** que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de **PLANOS** de **SAÚDE**, sempre ressalvada a abusividade.

Recurso especial conhecido e provido" (REsp 989.380/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 20/11/2008).

Mediante tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas pelo agravante.

LC

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALBERTO HENRIQUE e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

??

??

??

??

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.09.575352-1/001

ANEXO G – Apelação cível n. 1.0024.05.801538-9/001 - MG

Número do processo: [1.0024.05.801538-9/001\(1\)](#)

Processos associados: [clique para pesquisar](#)

Relator: Des.(a) ARNALDO MACIEL

Relator do Acórdão: Des.(a) ARNALDO MACIEL

Data do Julgamento: 09/02/2010

Data da Publicação: 12/03/2010

Inteiro Teor:

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE SAÚDE - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CARDÍACO COBERTO - NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DE STENTS FARMACOLÓGICOS - EXCLUSÃO DA COBERTURA O FORNECIMENTO DE PRÓTESES E ÓRTESES DE QUALQUER NATUREZA -CLÁUSULA LIMITADORA ABUSIVA - APLICAÇÃO DO CDC - CONTRATO FIRMADO ANTES DA LEI 9.656/98 - IRRELEVÂNCIA - DEVER DE COBERTURA ASSEGURADO. Se a cirurgia cardíaca, cuja cobertura foi autorizada pelo plano de saúde, tinha como único objetivo o implante de próteses denominadas "stents farmacológicos", que eram necessários à sobrevivência do segurado, ilícita é a negativa da empresa de assistência à saúde em cobrir os gastos com tais próteses. Configura-se abusiva a cláusula contratual que prevê a exclusão da cobertura securitária o fornecimento de próteses necessárias ao restabelecimento da saúde do segurado, por colocá-lo em situação de extrema desvantagem, frustrar os objetivos da própria assistência médica que fundamenta a existência dos planos de saúde e, ainda, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana e os demais instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor, plenamente aplicável à relação jurídica estabelecida entre a empresa de plano de saúde e o segurado contratante, ainda que tenha o contrato sido celebrado antes da edição da Lei nº 9.656/98, por tratar-se de contratação de trato sucessivo, prorrogando-se no tempo e tendo sido, portanto, atingida por tal lei e também pelo CDC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.801538-9/001 em conexão 1.0024.05.846104-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): UNIMED BELO HORIZONTE COOP TRAB MEDICO LTDA - APELADO(A)(S): FUND FELICE ROSSO, FERNANDO ERNESTO DE OLIVEIRA, JOSÉ BONIFÁCIO DE OLIVEIRA ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE SUZANA EVA DE OLIVIERA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARNALDO MACIEL

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2010.

DES. ARNALDO MACIEL - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Guilherme Carvalho Monteiro.

O SR. DES. ARNALDO MACIEL:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por UNIMED BELO HORIZONTE - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA, tanto nos autos da Ação de Cobrança de nº 1.0024.05.846104-7/001 em apenso, como também nos autos desta Ação Ordinária, contra a sentença conjunta proferida em ambos os processos, que julgou procedente o pedido formulado pela FUNDAÇÃO FELICE ROSSO naquela primeira ação, intentada contra FERNANDO ERNESTO DE OLIVEIRA E ESPÓLIO DE JOSÉ BONIFÁCIO DE OLIVEIRA, e que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por estes últimos naquela segunda ação, intentada contra a apelante e a FUNDAÇÃO FELICE ROSSO, para reconhecer a validade do débito cobrado por esta última, mas atribuindo a responsabilidade pelo pagamento à apelante, para confirmar os efeitos da antecipação de tutela concedida nestes autos e determinar que a Fundação apelada se abstenha de cobrar diretamente dos apelados Fernando e Suzana o valor referente às próteses implantadas no falecido José Bonifácio de Oliveira, bem como para declarar nula a cláusula "2.2, m" do contrato de plano de saúde celebrado entre aqueles e a apelante, que excluía da cobertura próteses e órteses de qualquer natureza.

Nas razões recursais, interpostas às fls. 284/302 da Ação de Cobrança e às fls. 329/347 desta Ação Ordinária, suscita a apelante a não aplicação da Lei 9.656/98 à presente situação, por ter o contrato de plano de saúde sido firmado antes da edição da citada lei e por não ter o apelado Fernando solicitado, após a entrada em vigor desta, a ampliação da cobertura do plano, razões pelas quais deveriam prevalecer as cláusulas livremente pactuadas entre as partes, dentre as quais a que previa expressamente a exclusão de próteses e órteses da cobertura do plano, afirmando que teria agido de boa-fé e de forma lícita, tanto que não teria se negado a cobrir nenhum dos outros procedimentos realizados no falecido José Bonifácio de Oliveira e aduzindo ainda, por fim, que deferir a cobertura pretendida romperia o equilíbrio contratual e inviabilizaria a prestação de seus serviços.

Intimados, os apelados FERNANDO ERNESTO DE OLIVEIRA E ESPÓLIO DE JOSÉ BONIFÁCIO DE OLIVEIRA ofertaram nos autos em apenso as contrarrazões de fls. 304verso, suscitando a inadmissibilidade do recurso, ofertando nestes autos as contrarrazões de fls. 354/366, afirmando que a negativa da apelante seria ilícita, pois a exclusão da prótese da cobertura do plano inutilizaria o próprio objetivo do procedimento cirúrgico autorizado pela apelante e requerendo, portanto, a manutenção da decisão de 1º Grau.

Por sua vez, ofertou a FUNDAÇÃO FELICE ROSSO as contrarrazões de fls. 350/353, suscitando a preclusão consumativa em relação à decisão que reconheceu a existência do débito em seu favor e alegando que a decisão atacada não merece qualquer reparo, por ser inegável a ilegalidade da exclusão da prótese da cobertura do plano de saúde em questão.

Preparos efetuados pela apelante em ambos os processos e comprovados às fls. 303 dos autos

em apenso e às fls. 348 desta ação.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Da inadmissibilidade recursal

Nenhum amparo merece a pretensão dos apelados Fernando Ernesto de Oliveira e ESPÓLIO DE JOSÉ BONIFÁCIO DE OLIVEIRA, aduzida às fls. 304verso dos autos em apenso, de ser negado provimento ao recurso interposto pela apelante naquele processo, uma vez que embora não tenha ela figurado como parte em tal ação, a Juíza de 1º Grau, em face da conexão constatada, unificou os processos e proferiu uma única e conjunta decisão, na qual condenou a ora apelante ao pagamento das custas da prótese implantada no falecido José Bonifácio de Oliveira, possuindo ela, assim, inegável interesse recursal.

Do mérito

Antes de qualquer consideração, quero deixar aqui registrado que o presente voto apreciará as questões debatidas em ambos os processos supracitados, considerando-se a sentença conjunta prolatada pela digna Magistrada a quo e a absoluta identidade entre os recursos interpostos pela apelante em cada uma das ações, sendo ainda oportuno destacar que, como bem pontuado pela apelante Fundação Felice Rosso em sede de contrarrazões, não tendo havido recurso em relação à decisão que reconheceu em seu favor o direito ao recebimento do débito relativo ao valor das próteses implantadas no falecido José Bonifácio, tal questão não poderá mais ser objeto de discussão.

Feitas tais considerações, verifica-se dos autos que o apelado Fernando Ernesto contratou junto à apelante um plano de saúde, no qual figurava como dependente o seu pai, Sr. José Bonifácio, que sofria de problemas coronarianos e, em função do agravamento da doença no ano de 2005, veio a ser internado no hospital mantido pela Fundação apelada e teve que ser submetido a uma cirurgia de urgência, para a colocação de próteses denominadas "stents farmacológicos", mas cujo pagamento negou-se a apelante a suportar, ao argumento de tratar-se de material excluído da cobertura securitária.

Em princípio, há que se registrar que a relação jurídica estabelecida entre as partes acima apontadas trata-se de clara relação de consumo, em que a apelante figura como prestadora de serviços e os apelados Fernando e Suzana como consumidores, e relação esta à qual são, portanto, plenamente aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, em especial a instituída pelo seu art. 51, que classifica como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que criem obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Dessa forma, ainda que exista regulamentação específica, hoje consistente na Lei nº 9.656/98, para as contratações de planos de saúde, esta deve ser aplicada em conjunto com as regras do CDC, de modo que a interpretação das cláusulas contratuais se dê de forma mais favorável ao consumidor.

No caso dos autos, restou patente a necessidade de serem implantados no Sr. José Bonifácio, especificamente, os "stents farmacológicos", considerando-se a gravidade do caso e o fato de que apenas estas próteses surtiriam o efeito desejado e evitariam até mesmo a morte do paciente, mas implante este que apenas poderia se dar por meio de um procedimento cirúrgico, também específico, que foi devidamente autorizado pela apelante, embora tenha ela se negado a autorizar a cobertura das citadas próteses.

Ora, não haveria qualquer outra razão para a realização do procedimento cirúrgico supracitado, que não a colocação dos "stents farmacológicos" de que necessitava do Sr. José Bonifácio para sobreviver, de modo que nenhum sentido faria autorizar o primeiro, sem que estes pudessem ser implantados.

Não se nega que o contrato de plano de saúde em questão prevê expressamente a exclusão da cobertura de próteses e órteses de qualquer natureza, o que, em princípio, poderia levar ao entendimento de que o custo dos "stents farmacológicos" deveria ser suportado integralmente pelo segurado, no caso, o apelado Fernando Ernesto, inclusive pelo fato de ter ele contratado o plano de saúde em questão antes da vigência da Lei nº 9.656/98 e não ter, após a sua entrada em vigor, requerido a extensão da cobertura prevista no plano original.

Todavia, o contrato de plano de saúde é de trato sucessivo e, portanto, prorroga-se no tempo, tendo na hipótese dos autos sido atingido pelas regras do CDC e também da Lei 9.656/98, a qual inclusive, em seu art. 35-G, dispõe expressamente sobre a aplicabilidade daquele diploma legal, sobretudo para evitar que as disposições da legislação especial acarretem prejuízos para o consumidor.

Ademais, da leitura da própria Lei 9.656/98, mais precisamente do inciso VII de seu art. 10, depreende-se que tão somente poderia ser excluída da cobertura do denominado "plano-referência", instituído por tal lei, o fornecimento de próteses e órteses que não estivessem ligados ao ato cirúrgico autorizado pelo plano, hipótese que não corresponde à situação dos autos, em que o procedimento cirúrgico autorizado pela apelante tinha como única razão de ser a colocação dos "stents farmacológicos" no falecido José Bonifácio.

Não se pode ainda perder de vista que, a despeito das alegações em contrário tecidas pela apelante, competia tão somente a ela oferecer ao segurado e ora apelado Fernando a opção de estender a cobertura de seu plano original, como previsto no art. 10, §2º da Lei 9.656/98, mas não havendo absolutamente nenhuma prova de que tenha a apelante tomado tal providência.

Não bastasse, imperioso sopesar que os consumidores, ao contratarem planos de saúde, objetivam ter acesso a tratamentos e procedimentos médicos, bem como se verem resguardados contra riscos futuros ligados à sua saúde, sobretudo os imprevisíveis e emergenciais, cujos gastos não conseguiriam suportar sem o amparo de empresas especializadas em assistência médica, tais como a apelante.

E na hipótese dos autos, o implante dos "stents farmacológicos" no Sr. José Bonifácio, via intervenção cirúrgica, era procedimento de extrema urgência e essencial à sua sobrevivência, razão pela qual exigir que o segurado suporte o pagamento dos citados materiais, ao argumento de não estarem cobertos pelo seguro saúde, viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção ao consumidor, além de frustrar o próprio objetivo da contratação em questão, qual seja, o de tornar possível o restabelecimento da saúde do segurado, deixando-o em total desamparo e em situação de desvantagem exagerada.

Outro não é o entendimento desta Câmara:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RETIDO - AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO PARA APRECIAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - NÃO-CABIMENTO - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - SERVIÇO DE CIRURGIA CARDÍACA GARANTIDO - NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE STENT - EXCLUSÃO DA COBERTURA CONTRATUAL PARA COLOCAÇÃO DE

ÓRTESE OU PRÓTESE - CLÁUSULA ABUSIVA - APLICAÇÃO DO CDC.- Nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, não se conhece do agravo retido se a parte interessada não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, a apreciação daquele recurso pelo tribunal. - De acordo com a teoria da asserção, há pertinência subjetiva para a lide quando, da análise preliminar da causa de pedir estampada na inicial, depreende-se que o pedido formulado pelo autor deve ser dirigido ao réu, motivo pelo qual não há que se falar em ilegitimidade passiva no caso em comento. - A cláusula que exclui a implantação de próteses e órteses, no caso, dos stents, necessários à realização da cirurgia cardíaca garantida pelo contrato de plano de saúde, é abusiva, pois cria uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, bem como um desequilíbrio no que se refere ao objetivo do contrato, que é de proporcionar o serviço de saúde de que necessita o segurado. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.051536-8/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): RONALDO DORNELLAS DE ASSIS RIBEIRO - APELADO(A)(S): FED INTERFEDERATIVA COOP TRABALHO MÉDICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ELPÍDIO DONIZETTI) (GRIFADO)

EMENTA: CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - CLÁUSULA CONTRATUAL - ABUSIVIDADE - APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Os planos de saúde são típicos contratos de adesão, por meio dos quais as cláusulas são impostas ao contratante, geralmente mais fraco e hipossuficiente, sem que possa discutir as cláusulas contratadas. As cláusulas restritivas constantes do plano de saúde que restringem o seu campo de incidência e excluem a garantia do tratamento para salvar a vida do segurado, são abusivas. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0112.01.000183-5/001 - COMARCA DE CAMPO BELO - APELANTE(S): UNIMED BH COOP TRABALHO MEDICO LTDA - APELADO(A)(S): MARISA CAMBRAIA DO NASCIMENTO - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOTA E SILVA) (GRIFADO)

E também deste Eg. Tribunal, como um todo, como se depreende dos exemplos abaixo transcritos:

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - REPARAÇÃO DE DANOS - PLANO DE SAÚDE - CONTRATAÇÃO ANTERIOR À LEI 9.656/98 - CIRURGIA CARDÍACA - STENT - EXCLUSÃO DA COBERTURA - CLÁUSULA ABUSIVA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DANOS MORAIS - OCORRÊNCIA. Não há que se alegar cerceamento de defesa se a natureza das questões postas em debate e os elementos dos autos autorizam o julgamento antecipado da lide. Estando o consumidor vinculado a plano de saúde e necessitando de submeter-se a cirurgia de angioplastia, revela-se abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura o fornecimento de stent, procedimento necessário à realização do tratamento e à preservação da saúde do paciente. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0015.05.023907-6/001 - COMARCA DE ALÉM PARAÍBA - APELANTE(S): UNIMED ALÉM PARAÍBA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. - APELADO(A)(S): DALMO PERES CABRAL - RELATOR: EXMO. SR. DES. UNIAS SILVA) (GRIFADO)

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - CLÁUSULA LIMITADORA - INADMISSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA INTEGRAL - OCORRÊNCIA - DEVER DE RESSARCIR - FIXAÇÃO DO QUANTUM. Revela-se parte legítima a unidade da Cooperativa Médica Unimed para figurar no pólo da ação, independentemente de ter sido ela a figurar no contrato pactuado, uma vez que pertence ao conglomerado da seguradora, fornecendo, inclusive, carteira de associado ao

segurado. Não há que se falar em inépcia da inicial quando o autor atende à determinação de sua emenda, não havendo sido apresentados pedidos contraditórios. O objetivo precípuo da assistência médica contratada é o de restabelecer a saúde do paciente através inclusive dos meios técnicos existentes no mercado, não devendo prevalecer, portanto, cláusula contratual que impeça a cobertura do procedimento cirúrgico na forma indicada pelo médico como o tratamento adequado. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.05.069995-2/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS - APELANTE(S): UNIMED PATOS DE MINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. - APELADO(A)(S): ROGÉRIO CAETANO BRANCO - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO DE PÁDUA) (GRIFADO)

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR - AÇÃO ORDINÁRIA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEIÇÃO - PLANO DE SAÚDE - CLÁUSULA LIMITATIVA DE PROCEDIMENTO NECESSÁRIO AO BOM ÊXITO DE ATO CIRÚRGICO COBERTO - ABUSIVIDADE - CONTRATAÇÃO ADICIONAL - CUSTEIO DE PRÓTESES CARDÍACAS E OU MECÂNICAS AUTORIZADAS - STENTS - RESERVA MENTAL - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. I - É de se rejeitar a alegação de cerceamento de defesa se as provas requeridas pela parte se mostram impertinentes e desnecessárias para elucidação do mérito. II - A cláusula contratual que limita qualquer procedimento necessário ao bom êxito de ato cirúrgico coberto pelo plano de saúde é abusiva, na medida em que nega o próprio objetivo de contratação do plano, que é a garantia da saúde e do bem-estar do consumidor. III - Havendo contratação adicional para ampliar as garantias oferecidas pelo plano de saúde, não pode ele interpretar as mesmas em detrimento do interesse do consumidor, agindo com a chamada reserva mental, isto porque, no caso de dúvidas, as mesmas são interpretadas em benefício do hipossuficiente. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.386707-9/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): UNIMED BELO HORIZONTE COOP TRAB MEDICO LTDA - APELADO(A)(S): IVAN CORNELIO - RELATOR: EXMO. SR. DES. ADILSON LAMOUNIER) (GRIFADO)

De tal sorte, resta inegável a ilicitude da negativa da apelante, em cobrir os gastos relativos aos "stents farmacológicos" implantados no Sr. José Bonifácio e, via de consequência, a nulidade da cláusula que prevê tal exclusão, assim como não pairam dúvidas acerca da ilegitimidade da cobrança feita pela Fundação apelada diretamente aos apelados Fernando e Suzana, já que os custos relativos às próteses em questão deverão ser suportados apenas pela apelante e não restando, por todas as razões já discutidas, dúvida alguma quanto à total adequação da decisão prolatada pela digna Juíza a quo.

Ante todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso interposto em ambos os processos, mantendo-se na íntegra a respeitável decisão hostilizada.

Custas recursais pela apelante.

O SR. DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES:

VOTO

De acordo com o Des. Relator.

O SR. DES. MOTA E SILVA:

VOTO

De acordo com o Des. Relator.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.801538-9/001

ANEXO H – Apelação cível n. 9196337-62.2007.8.26.000 - SP



224

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



03478415

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9196337-62.2007.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é apelante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO sendo apelado JOÃO BATISTA FAVARO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAETANO LAGRASTA (Presidente sem voto), LUIZ AMBRA E SALLES ROSSI.

São Paulo, 23 de março de 2011.

RIBEIRO DA SILVA
RELATOR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 19905

APEL.Nº: 9196337-62.2007.8.26.0000

COMARCA: CAMPINAS

APTE.: UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

APDA.: JOÃO BATISTA FAVARO

Apelação cível – Plano de Saúde – Utilização de marca-passo na cirurgia cardíaca – Sentença que determinou ao plano de saúde a cobertura da cirurgia – Inconformismo – Alegação de ilegitimidade passiva rechaçada – O autor utiliza a rede credenciada da ré em razão de intercâmbio – A ré se nega a corrigir a guia médica e negou a cobertura da cirurgia no autor – O contrato prevê a cobertura do tratamento de doença do coração (assistência cardiológica de alto custo), e assim deve fornecer todo o material necessário, sendo no caso, o marca-passo – Aplicação do art. 423 do C.C. e 47 do C.D.C. – Esta Câmara vem entendendo que os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quanto o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no art. 5º da Constituição Federal – O marca-passo é acessório vinculado ao ato cirúrgico – Precedentes citados – Apelação improvida (Voto 19905).

A r. sentença de fls. 216/222, cujo relatório se adota, em ação cominatória, julgou procedente o pedido,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenando a ré a efetuar a cirurgia, mantida a cobertura contratada pela inexistência de causa atribuível à autora que dê ensejo a sua desconstituição.

Inconformada apelou a ré às fls. 231/239, propugnando a reforma da r. sentença para julgar a ação improcedente.

Recebida a apelação nos seus efeitos devolutivo e suspensivo às fls. 245.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 246/253.

É o relatório.

Apela a ré alegando em preliminar a ilegitimidade passiva, pois, não tem qualquer relação jurídica com o autor. Aduz a ré que o autor tem direito à prestação de serviços médicos em razão do contrato celebrado entre o SENAI – AES e a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo e que, diante disso, não tem obrigação de prestar serviços médicos ao apelado, ora autor. A obrigação de prestar serviços médicos ao autor seria da Federação das Unimeds do Estado de São Paulo.

Porém, a alegação da ré não merece ser acolhida. A própria ré afirma nas razões do recurso que o autor utiliza sua rede credenciada em razão de intercâmbio, presumindo-se, assim, que existe uma relação jurídica entre as

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

partes. Além disso, a guia de fls. 39/40 tem o nome da ré, que se nega a corrigi-la sob o argumento de que o plano de saúde não acoberta o procedimento de utilização de marca-passo. Ora, se a ré não é a responsável pela liberação da cirurgia no autor, não teria motivo para se negar a corrigir a guia, nem poderia estar emitindo juízo de valor sobre o procedimento médico, uma vez que cabe à outra pessoa jurídica tal parecer. Diante disso, não é plausível a incansável alegação da ré de que é pessoa ilegítima para figura no pólo passivo da demanda.

A jurisprudência juntada pela ré em suas razões de recurso não se aplica ao presente caso, pois aqui, a própria ré se nega a corrigir a guia do pedido de liberação da cirurgia, como também emitiu parecer sobre a não cobertura do procedimento médico, o que não é compatível com suas alegações de parte ilegítima.

Quanto à alegação de intercâmbio, a ré nem ao menos juntou o contrato celebrado com a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo, para se averiguar a competência de cada uma das Unimeds a respeito das liberações de consultas, exames e procedimentos cirúrgicos, o que causou o indeferimento da denúncia da lide, pois não se pode averiguar se realmente há direito de regresso.

Quanto ao mérito, o presente recurso não merece provimento.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mérito, a ré alega que o contrato de plano de saúde vigente entre as partes exclui expressamente o material solicitado pelo médico.

A cláusula 1.2.5. do contrato, aposta às fls. 35, exclui a cobertura de marca-passo, o que contraria o disposto na Lei Federal nº. 9.656/1998, que deve ser aplicada no presente contrato, pois este foi celebrado em 1998. O art. 12 da Lei 9656/98 não excetua o procedimento de saúde solicitado pelo réu, e o contrato prevê cobertura para tratamento de doença do coração, conforme consta de fls. 34 (assistência cardiológica de alto custo).

Assim, em havendo previsão para cobertura de tratamento em caso de doença do coração, o plano de saúde deve fornecer todo o necessário para o restabelecimento do autor.

A interpretação acima mencionada está em consonância com o artigo 423 do C.C. que assim dispõe: *“quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”*. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 47 dispõe que *“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”*.

Esta Câmara vem entendendo que os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

E ainda, os procedimentos de saúde não devem sofrer limitações quando o paciente está em tratamento, de grave enfermidade, caso dos autos.

Conforme jurisprudência deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Plano de saúde – Cirurgia cardíaca – Recusa da operadora do plano de saúde em custear prótese (marca-passo) – A negativa da empresa de saúde é indevida – Acessório vinculado ao ato cirúrgico – Impossibilidade de afastamento de mecanismo inerente à consecução do serviço médico objeto da contratação. Sentença de procedência. Recurso improvido” (Apelação Cível nº. 990.10.364245-7, Rel. James Siano, j. 06/10/2010).

Ainda:

“Obrigação de fazer – Plano de saúde firmado em 1991 – Contrato de renovação automática – Princípio da recondução do contrato – Aplicação da Lei vigente (9.656/98).

Marca-passo – Material indispensável ao ato cirúrgico – Cláusula limitativa – Recusa do fornecimento – Abusividade da cláusula – Artefato que faz parte do próprio ato



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cirúrgico – Recurso desprovido” (Apelação Cível nº. 0197679-87.2009.8.26.0100, Rel. Miguel Brandi, participaram do julgamento Luiz Antonio Costa (Presidente sem Voto), Pedro Baccarat e Álvaro Passos, j. 22/12/2010).

Nego provimento ao recurso.

RIBEIRO DA SILVA

Relator

ANEXO I – Apelação cível n. 0020272-94.2009.8.19.0066 - RJ

NONA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 0020272-94.2009.8.19.0066

Apelante: UNIMED DE VOLTA REDONDA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

Apelado: TATIANA PRADO MONTEIRO DAS SILVA

Relator: Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA

PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE EMERGÊNCIA. RECUSA EM AUTORIZAR O PROCEDIMENTO. AUTORA ACOMETIDA DE CÂNCER NO INTESTINO. CONTRATO COM ABRANGÊNCIA NACIONAL. CONDUTA ILÍCITA DA APELANTE. DANO MORAL CONFIGURADO. SÚMULA Nº 209 TJERJ. FIXAÇÃO DO “QUANTUM.” OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, EQUIDADE E DE JUSTIÇA. Cuida-se de demanda em que objetiva a autora a condenação da ré na obrigação de fazer c/c dano moral, diante da recusa da UNIMED em autorizar a realização de procedimento de emergência em Hospital credenciado. Observa-se dos autos que o d. Juízo “a quo” concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para compelir a ré a autorizar e custear o procedimento cirúrgico necessário ao tratamento de câncer no intestino, sob pena de multa diária de R\$ 100,00. Ressalta-se que a ré ora apelante não interpôs o recurso pertinente (Art. 522, CPC), resignando-se sobre o teor da decisão, razão pela qual a discussão sobre tal matéria encontra-se preclusa. Não obstante, a solicitação de internação no nosocômio – Hospital A. C. Camargo – em caráter de urgência se encontra às fls. 25, tendo em vista a gravidade do estado de saúde da autora acometida de câncer no intestino. Por outro vértice, o instrumento de contrato demonstra que plano de saúde contratado possui abrangência nacional, não comprovando a ré que o Hospital A. C. Camargo não estaria incluído em sua rede de hospitais credenciados, ônus esses que lhe cabia por força do art. 333, II do CPC. O direito à vida e o direito à saúde são expressões de direitos subjetivos inalienáveis e, constitucionalmente, consagrados como direitos fundamentais (art. 5º, X, da CRFB/88), cujo primado supera as restrições legais e contratuais. Remarque-se, neste passo, que no propósito de proteger a SAÚDE e a VIDA do paciente, direitos fundamentais indissociáveis garantidos pela Lei Maior, na perspectiva de realização do princípio fundamental de proteção da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, da CRFB/88), impõe-se, na hermenêutica, a prevalência da tutela do DIREITO À VIDA sobre questões obrigacionais e contratuais, notadamente, quando as cláusulas de exclusão não estão subscritas ou rubricadas pelo segurado, evidenciando, o seu desconhecimento, e, por isso, incompatíveis com o princípio que resguarda a boa-fé do consumidor (arts. 4º, III e 51, IV, da lei nº 8.078/90). Nestas circunstâncias, em que houve recusa injustificada de tratamento médico, uma vez que a autora se encontrava acometida de doença grave – câncer no intestino, o dano moral ficou caracterizado, diante da flagrante ofensa aos direitos da personalidade do autor, gerando-lhe abalos psíquicos que ultrapassam o limite do mero aborrecimento, posto que ofendem a sua dignidade, consoante teor de verbete de Súmula nº 209 deste Egrégio Tribunal de Justiça. No presente caso, o quantum fixado em R\$ 5.000,00 afigura-se razoável considerando a falta não intencional do lesante e a gravidade média da lesão, sendo compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado. Precedentes. NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO, “EX VI” ART. 557, CAPUT DO CPC.

DECISÃO

Cuida-se de demanda em que objetiva a autora a condenação da ré na obrigação de fazer c/c dano moral, diante da recusa da UNIMED em autorizar a realização de procedimento de emergência em Hospital credenciado.



A r. sentença (fls. 131/134) julgou procedente o pedido para condenar a ré a compensar a autora pelos danos morais sofridos no valor de R\$ 5.000,00 monetariamente corrigida a contar da sentença e acrescida de juros de mora desde a citação, por cuidar a hipótese de relação contratual. Ainda, confirma a r. decisão de fls. 61 que antecipou os efeitos da tutela. A ré ficou também condenada nas custas processuais e honorários de 10% do valor da condenação.

Recurso de apelação da ré (fls. 149/159) pugnando pela reforma do r. *decisum* para julgar improcedente o pedido autoral. Alega em breve síntese: a) diferença entre abrangência nacional e rede credenciada. O fato de o contrato ter abrangência nacional não dá direito ao contratante de se utilizar de serviços médicos de qualquer profissional em qualquer estabelecimento; b) conhecimento da apelada sobre os dispositivos regulamentadores do plano; c) desequilíbrio financeiro do contrato; d) inexistência de danos morais; e) prequestionamento sob alegação de ofensa ao art. 4º do CPDC. Alternativamente pleiteia a redução da importância fixada para indenizar o dano moral.

Contrarrazões às fls. 163/165 pela manutenção do r. julgado.

É o relatório.

Conheço e admito o recurso, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Observa-se dos autos (fls. 61) que o d. Juízo concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para compelir a ré a autorizar e custear o procedimento cirúrgico necessário ao tratamento de câncer no intestino, sob pena de multa diária de R\$ 100,00. Ressalta-se que a ré ora apelante não interpôs o recurso pertinente (Art. 522, CPC), resignando-se sobre o teor da decisão, razão pela qual a discussão sobre tal matéria encontra-se **preclusa**.

Não obstante, a solicitação de internação no nosocômio – **Hospital A. C. Camargo** – em caráter de urgência se encontra às fls. 25, tendo em vista a gravidade do estado de saúde da autora acometida de câncer no intestino (fls. 11/26).

Por outro vértice, o instrumento de contrato de fls. 29/57 demonstra que plano de saúde contratado possui abrangência nacional, não comprovando a ré que o Hospital A. C. Camargo não estaria incluído em sua rede de hospitais credenciados, ônus esses que lhe cabia por força do art. 333, II do CPC.

O direito à vida e o direito à saúde são expressões de direitos subjetivos inalienáveis e, constitucionalmente, consagrados como direitos fundamentais (art. 5º, X, da CRFB/88), cujo primado supera as restrições legais e contratuais.

Remarque-se, neste passo, que no propósito de proteger a **SAÚDE** e a **VIDA** do paciente, direitos fundamentais indissociáveis garantidos pela Lei Maior, na perspectiva de realização do princípio fundamental de proteção da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, da CRFB/88), impõe-se, na hermenêutica, a prevalência da tutela do **DIREITO À VIDA** sobre questões obrigacionais e contratuais, notadamente, quando as cláusulas de exclusão não estão subscritas ou rubricadas pelo segurado, evidenciando, o

seu desconhecimento, e, por isso, incompatíveis com o princípio que resguarda a boa-fé do consumidor (arts. 4º, III e 51, IV, da lei nº 8.078/90).

Nestas circunstâncias, em que houve recusa injustificada de tratamento médico, uma vez que a autora se encontrava acometida de doença grave – **câncer no intestino**, o dano moral ficou caracterizado, diante da flagrante ofensa aos direitos da personalidade do autor, gerando-lhe abalos psíquicos que ultrapassam o limite do mero aborrecimento, posto que ofendem a sua dignidade, consoante teor de verbete de Súmula nº 209 deste Egrégio Tribunal de Justiça, verbis:

“SÚMULA Nº 209 TJERJ:

SEGURO SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR HOME CARE. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL

"Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial."

REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº. 0013657-24.2011.8.19.0000 - Julgamento em 22/11/2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.”

Confira-se a jurisprudência desta Corte, a respeito do tema:

E M E N T A: Embargos de Declaração. Prequestionamento. Negativa do Plano de Saúde em custear os materiais necessários a ultimação da cirurgia indicada pelo Médico Assistente da Autora. R. Sentença julgando procedentes os pedidos. I Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade da utilização desta via recursal para prequestionamento, independentemente de omissão ou contradição da decisão guerreadaII Intimada pelo Juízo, Ré complementou o preparo da Apelação, na forma autorizada pelo § 2º do artigo 511 do Digesto Processual Civil. Deserção não caracterizada. Alegação preliminar não merece prestígio. Desinfluyente fato de existir rasura na GRERJ. Declaração médica, não impugnada pela Ré, revela que a Autora apresenta um nódulo na região cervical, necessitando de uma cirurgia com a utilização de arista e drenoIII - A negativa de a Suplicada negar os materiais cirúrgicos necessários repousa no fato da ausência de cobertura para tal desiderato. Cláusula que exclui o fornecimento de órtese e o mais conexo se mostra abusiva. Inteligência do Verbo Sumular n.º 112 deste Colendo Sodalício. Se assim não o fosse, e pior, in hypothesis, em primeira análise, estreme de dúvida, a vida tem a primeira preocupação, independentemente de falta de cobertura contratual e o mais conexo.IV - Procedimento pretendido que é de emergência, não podendo ser negado pelo Plano de Saúde. Inteligência do inciso I do artigo 35-C da Lei n.º 9.656/98.V - Hipótese em lide se mostrou excepcional. Inadimplemento contratual que não gera dano moral. É por demais desconfortável, para um segurado que cumpre espontaneamente o pagamento de seu Plano de Saúde, que por sua vez se nega a custear os materiais necessários para realização de um ato cirúrgico, sem qualquer argumento plausível. Autora precisando se socorrer ao Judiciário para que Operadora de Saúde cumprisse a avença firmada entre as Partes. VI - Dano moral evidente. Aludida verba que foi arbitrada em valor excessivo. Solicitação médica para a ultimação da cirurgia é datada de 20-03/09, sendo que no dia 31 do mesmo mês e ano ela obteve o deferimento da tutela antecipada para tal desiderato, não havendo notícia nos autos de seu descumprimento. Juízo a quo apenas majorou multa diária em caso de eventual descumprimento. VII - Imperioso se tornou a redução da Indenização moral para R\$5.000,00 (cinco mil

reais), adequando-a aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além do parâmetro adotado por este Egrégio Tribunal para casos análogos ao presente.

VIII - A adoção de uma tese, se incompatível com as demais em lide, última por prejudicá-las, não estando obrigado o Colegiado a enfrentá-las uma a uma. Inteligência do Verbete Sumular n.º 52 deste Egrégio Tribunal. Discussão de matéria já decidida. Impossibilidade. Inconformismo do Embargante que deve ser demonstrado em sede própria. Inexistência de obscuridade ou contradições. Aclaratórios que se apresentam manifestamente improcedentes. Aplicação do caput do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Sodalício. Negado Seguimento. 0007286-67.2009.8.19.0209 – APELAÇÃO DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 02/05/2011 - QUARTA CÂMARA CÍVEL.

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO. INTERNAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA EMERGENCIAL. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS PRAZOS DE CARÊNCIA E COBERTURA PARCIAL TEMPORÁRIA. CLÁUSULA NULA. DANO MORAL. REDUÇÃO. A cláusula contratual que impede a internação, no período de carência, para procedimento de urgência essencial à preservação da vida do consumidor, é abusiva. Lei 9.656/98. Limitação contratual que atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela CF/88. A simples recusa ou demora na autorização de uma internação ou procedimento médico caracteriza dano moral. Quantum indenizatório que se reduz, a fim de adequá-lo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido, na forma do art. 557 §1º-A do CPC, para reduzir a indenização por danos morais. 0025736-34.2008.8.19.0002 - APELACAO - DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 18/02/2011 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - RELAÇÃO DE CONSUMO PLANO DE SAÚDE - PACIENTE PORTADOR DE OBESIDADE MÓRBIDA COM ASSOCIAÇÃO DE ESTEATOSE HEPÁTICA E DOR ARTICULAR EM AMBOS OS JOELHOS - RISCO DE MORTE NECESSIDADE URGENTE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA - LAUDO MÉDICO RECOMENDANDO A REALIZAÇÃO DO ATO CIRÚRGICO - EMERGÊNCIA QUE NÃO SE SUBMETE AO PRAZO DE CARÊNCIA - INDEVIDA RECUSA DA COBERTURA PELA SEGURADORA - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DANO MORAL CONFIGURADO. Evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. "Em consonância com a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença." Manutenção da verba compensatória a título de dano moral, que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso da operadora de saúde a que se nega seguimento, com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, por manifesta improcedência. 0103378-18.2010.8.19.0001 - APELACAO - DES. MARIA HENRIQUETA LOBO - Julgamento: 09/02/2011 - SETIMA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO MORAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. NEGATIVA DE LIBERAÇÃO DE MATERIAIS INERENTES AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO ARGUMENTO DE SUA NÃO COMERCIALIZAÇÃO PELO FABRICANTE E QUE ESTARIA COTANDO PREÇOS. CIRURGIA QUE SOMENTE FOI REALIZADA APÓS DETERMINAÇÃO JUDICIAL E MESMO ASSIM APÓS UM MÊS. CONDUTA ABUSIVA POR PARTE DO RÉU. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM

REPARATÓRIO QUE MERECE REDUÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA QUE NÃO MERECE ACOLHIDA. PROVA DOS AUTOS ESSENCIALMENTE DOCUMENTAL. Autor que necessitava de realização de cirurgia na perna, a qual foi adiada por três vezes em razão da não liberação pelo réu dos materiais necessários ao procedimento, o qual somente foi realizado por determinação judicial. Parecer médico no sentido da sua necessidade. Negativa da seguradora em liberar os materiais, imprescindíveis ao ato, sob alegação de que estaria cotando preços, já que o fabricante não mais comercializaria os mesmos. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa que não merece acolhida. Provas documentais necessárias e indispensáveis que deveriam acompanhar a contestação para comprovar o alegado pelo apelante. Prova oral que em nada influenciaria o deslinde da controvérsia. Aplicação do disposto no art. 10 da Lei nº 9.656/98, tendo em vista ter sido o contrato celebrado posteriormente a sua vigência. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Dano moral *in re ipsa*, consoante Enunciado nº 22, publicado no Aviso TJ nº 29, de 08/04/2011. Quantum indenizatório que merece redução para a quantia de R\$5.000,00, em atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, a gravidade dos fatos, a vedação de enriquecimento sem causa. Precedentes jurisprudenciais. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 0007589-18.2009.8.19.0036 - APELAÇÃO DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 18/05/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

(destaque do relator)

No presente caso, o *quantum* fixado em R\$ 5.000,00 afigura-se razoável considerando a falta não intencional do lesante e a gravidade média da lesão, sendo compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado, nas perspectivas dos princípios *id quod interest* – restaurar o interesse violado, no possível - razoabilidade, proporcionalidade, equidade e de Justiça, atendendo as funções: a) punitiva – desestímulo – (*punitive damage*); b) pedagógica; e, c) compensatória - dor, sofrimento perpetrados à vítima, *in re ipsa*.

Como cediço, o valor a ser pago a título de dano moral não se constitui em lucro para o lesado. Conforme lições do eminente Des. Sergio Cavalieri Filho, “**deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais.**”

Por esses fundamentos, **NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO**, *ut* art. 557 *caput* do Código Processual Civil.

Rio de Janeiro, 25 de maio de 2011.

Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA – Relator

