

CONTRATO, ESSENCIALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS:

A essencialidade do bem, à luz do direito fundamental à saúde

Ayeza Schmidt**

RESUMO

O presente trabalho visa analisar, à luz da nova teoria contratual, o contrato de plano de saúde, como um contrato de consumo, que tem por objetivo assegurar interesses existenciais dos seus usuários, como a saúde e a vida. E em razão disso, propõe-se demonstrar que tais interesses existenciais exigem uma atuação preponderante do Estado nessa relação privada, diferentemente de outras relações com caráter eminentemente econômico, tendo em vista a essencialidade do bem contratado. Bem como, evidenciar a aplicabilidade do direito fundamental à saúde nesta relação privada, em razão de lesão a algum direito existencial do usuário de plano de saúde. Por fim, objetiva investigar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a existência desta proteção diferenciada do usuário, face a essencialidade do bem contratado, na fundamentação de suas decisões.

Palavras-chave: contrato, plano de saúde, essencialidade do bem e direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde – ANS¹, o setor brasileiro de assistência privada à saúde é o segundo maior sistema privado de saúde do mundo. Por isso, na atualidade, as operadoras de plano de saúde desempenham um papel fundamental na sociedade brasileira, abarcando a prestação de serviços à saúde de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira, pois atualmente mais de 49 (quarenta e nove) milhões de brasileiros são cobertos por algum tipo de assistência privada à saúde no Brasil.

Em razão dos dados apontados, este artigo pretende demonstrar que no contrato de plano de saúde, o bem contratado, prestação de serviços à saúde, está intimamente ligado à realização das necessidades existenciais do usuário. Por isso, deve se constituir em um relevante fundamento para a eficácia do direito fundamental social à saúde nesta relação interprivada, ensejando um tratamento jurídico diferenciado de outros contratos que tenham por objeto um bem meramente patrimonial. Para tanto, dois temas ganham relevância: a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas e o paradigma da essencialidade..

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas encontra grande discussão na doutrina debatendo-se entre eficácia direta, eficácia indireta e os deveres de

** Mestre em Direito Fundamentais e Democracia pela Unibrasil, assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e professora colaboradora da Unibrasil. ayezas@gmail.com

¹ Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

proteção do Estado. Contudo, a maior controvérsia encontra-se quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares.

Nesta medida, procurar-se-á justificar no presente trabalho uma eficácia direta do direito fundamental social à saúde no contrato de plano de saúde, face à prevalência das necessidades existenciais dos usuários diante da autonomia privada da operadora, delineada a partir da Lei 9656/98. A partir desta premissa, passa-se a analisar em que medida é possível afirmar que o objeto do contrato de plano de saúde possui notas de uma essencialidade capaz de justificar a eficácia do direito fundamental social à saúde.

O dissertar do paradigma da essencialidade demanda uma incursão pela teoria contratual clássica, segundo a qual se delineou a patrimonialidade da prestação. Eis que o objeto do contrato deveria ser sempre suscetível de avaliação patrimonial, conforme enfatiza Enzo Roppo². Não se cogitava da influência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois, conforme ensina Teresa Negreiros, a dogmática do Estado de Direito Liberal: *“tornou a ‘pessoa’ um substantivo ‘abstrato’, isto é, a pessoa estava ‘separada’ daquilo que necessita para viver dignamente*³. *A pessoa transformou-se em uma categoria jurídica inteiramente desprendida de suas circunstâncias*”⁴.

No entanto, o fenômeno da massificação dos contratos imprimiu uma mudança drástica na maneira de se contratar, pois a técnica do contrato de adesão abalou a liberdade contratual, em seu viés liberal, esvaziando o dogma da autonomia da vontade, exigindo o redesenho das relações privadas. A concepção tradicional, fundada na autonomia de vontade e na liberdade de contratar, passou por profundas transformações na seara do contrato. O ordenamento jurídico passou a buscar a igualdade material, lastreada nos direitos fundamentais, o que gerou a ruptura com a concepção contratual clássica, funcionalizando-se a tutela da autonomia privada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como consequência disso, segue-se a designação do paradigma da essencialidade, que tem em Pietro Perlingieri um de seus precursores. No Brasil, tal tese foi difundida por Teresa Negreiros, que defende a necessidade de uma nova classificação dos contratos e dos bens tradicionalmente posta, lastreada nas necessidades existenciais da parte. Nesta perspectiva, os contratos que tenham por função satisfazer necessidades existenciais dos contratantes necessitam de um tratamento diferenciado, com uma maior intervenção do Estado na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Pretende-se, portanto, justificar que

² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 335.

⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.

as classificações dos bens, com base no critério da utilidade existencial, devem constituir-se em um relevante fundamento para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O trabalho emprega como metodologia a pesquisa bibliográfica, o exame de legislação e artigos correspondentes, a pesquisa de jurisprudência e respectiva sistematização.

1. CONTRATO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESPERTAR DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

Conforme destaca Orlando Gomes a moderna concepção do contrato como acordo de vontades, que une duas ou mais pessoas, por meio de um vínculo, se elucida a partir da ideologia individualista dominante e do processo de consolidação do regime capitalista de produção⁵.

Para Enzo Roppo o conceito jurídico de contrato reflete uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental⁶. Neste sentido, referido autor destaca que falar de contrato sempre nos remete, direta ou indiretamente, a ideia de operação econômica. A atividade econômica seria o substrato do contrato, mesmo quando o interesse estabelecido entre as partes não seja patrimonial (ideal, moral, cultural). Porquanto, a prestação objeto da obrigação deve ser sempre suscetível de avaliação patrimonial⁷.

Orlando Gomes aponta que, no conceito moderno de contrato, lastreado na igualdade formal entre as partes e no consentimento livre, “*não havia distinção se o objeto era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário*”⁸, importando apenas a sua avaliação patrimonial.

As classificações e sistematizações dos contratos fazem parte da dogmática jurídica, para o fim de facilitar e embasar a fundamentação na resolução das controvérsias, como explicita Teresa Negreiros:

De fato, o saber jurídico, através da dogmática, especializa-se na formulação de classificações e sistematizações que, no entanto, muito além de servirem como orientação didática baseada em mecanismos de pura lógica, constituem um eficaz instrumento para resolução de casos concretos⁹.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.7.

⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14.

⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.8.

⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 351.

Aponta Orlando Gomes, que os contratos se classificam em diversas categorias, suscetíveis, isoladamente de subordinação às regras idênticas ou afins, conforme destaca:

Conforme distintos critérios, os contratos são; a) bilaterais ou sinalagmáticos e unilaterais; b) onerosos e gratuitos, subdividindo-se aqueles em comutativos e aleatórios; c) consensuais e reais; d) solenes e não-solenes; e) principais e acessórios; f) instantâneos e de duração; g) de execução imediata e de execução diferida; h) típicos e atípicos; i) pessoais ou intuito personae e im pessoais; j) civis e mercantis; l) individuais e coletivos; m) causais e abstratos¹⁰.

Importa ressaltar, contudo, que as classificações dos contratos, como tradicionalmente postas, não levam em conta a importância do objeto contratado, para realizar diferenciações no tratamento jurídico. Como assevera Teresa Negreiros, o objeto do contrato não é explorado como elemento de caracterização, de uma dada classe de contratos, a ser discriminada em função da sua relevância, para a satisfação das necessidades existenciais da parte contratante¹¹, conforme expõe:

Isto significa que, com base na criteriologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo, de uma joia e de um remédio é o mesmo e único contrato; o contrato de prestação de um serviço essencial, como serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, idem. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não-patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais¹².

Nestes termos, Teresa Negreiros propõe uma revisão das classificações tradicionais dos contratos, como uma consequência das modificações impostas pela releitura do direito civil, com base nos ditames constitucionais e na centralidade do ordenamento na dignidade da pessoa humana, para que não seja privilegiada apenas a forma do contrato para sua classificação, mas também o seu conteúdo, na busca pela igualdade substancial entre as partes¹³, conforme destaca citada autora:

Neste sentido, procura-se a seguir ilustrar de que forma a evolução mais recente da tipologia contratual sinaliza para o aparecimento de novas classes de contrato cujo critério individualizante, ao invés de privilegiar apenas a forma, desce à substância do vínculo contratual, criando-se meios de distinguir os contratos à luz das necessidades concretas dos contratantes e, conseqüentemente, à luz da desigualdade de poder negocial entre os mesmos¹⁴.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.83.

¹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 352.

¹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.364.

¹³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 363.

¹⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365.

Assim, o foco da relação jurídica deixa de ser o patrimônio e passa para os sujeitos envolvidos, de modo que tanto as situações existenciais quanto as patrimoniais devem ser garantidas pelo princípio constitucional da dignidade humana, como define Pietro Perlingieri, com o termo “*despatrimonialização*” do direito civil:

Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concernente à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência, de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa¹⁵.

A repersonalização do direito civil, sem nenhum compromisso com o liberalismo econômico, segundo Orlando de Carvalho, trata de repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação, não apenas como ator, mas, sobretudo, “*como o móbil que especialmente explica a característica técnica desta regulamentação*”¹⁶.

Importante marco no Direito brasileiro, com relação à classificação dos contratos, é o contrato de adesão, pois segundo Teresa Negreiros, o mesmo traz o indivíduo para o foco na determinação da relação jurídica, baseado na vulnerabilidade de uma das partes, reconhecendo a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado¹⁷. Sobre o contrato de adesão, define Orlando Gomes:

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas¹⁸.

É própria do contrato de adesão a discrepância da força de vontade entre os contratantes. Como define Orlando Gomes, no modo de formação pela adesão, sem alternativa para uma das partes ao esquema contratual, não admite negociações preliminares e nem modificação das cláusulas preestabelecidas¹⁹. Nestes termos, como destaca Teresa

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

¹⁶ CARVALHO, Orlando de. Apud MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 13.

¹⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.368.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.3.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.3.

Negreiros, “*a vulnerabilidade de uma das partes passa a ser elemento de diferenciação do regime jurídico estabelecido entre as partes*”²⁰.

Assim, os novos ditames constitucionais impuseram a superação da teoria contratual clássica, essencialmente patrimonialista, para uma releitura do direito contratual como instrumento de realização de aspectos sociais, a fim de justificar a imposição de um regime jurídico de acordo com, a maior ou menor, satisfação das necessidades existenciais, pelo bem contratado, das partes envolvidas. Para a concretização dessa nova classificação dos contratos Teresa Negreiros propõe uma nova categorização dos bens, para que os mesmos sejam considerados em relação à pessoa do contratante, e não apenas, com base na sua destinação meramente patrimonial²¹.

O Código Civil atual classifica os bens em quatro categorias: a) considerados em si mesmos; b) considerados uns em relação aos outros; c) conforme a natureza do titular do domínio; d) conforme a sua negociabilidade. Destarte, a destinação do bem para referido Código é a sua destinação meramente patrimonial, ou seja, ainda em uma perspectiva essencialmente patrimonialista do direito moderno.

Todavia, como alerta Teresa Negreiros, essa classificação dos bens tradicionalmente posta negligencia a importância do bem ao qual o contrato se relaciona. Destarte, com vistas a adequar o direito contratual à nova dogmática Civil-Constitucional, Teresa Negreiros, fazendo uma analogia às regras sobre benfeitorias, propõe uma nova classificação dos bens em: a) essencial; b) útil; ou c) supérfluo; sem romper, contudo, com o sistema classificatório em vigor. Este novo critério tem o fim reconhecer uma diferenciação dos bens, com base na função que desempenham para a pessoa que deles serve²².

Como um dos importantes fundamentos da sua tese, Teresa Negreiros, se utiliza da essencialidade do bem como critério de imputação jurídica do Direito Tributário, eis que tal ramo do Direito está intimamente ligado com a tipologia relativa aos bens²³. Segundo citada autora, o Sistema Tributário Nacional prevê, em diferentes artigos, a fixação da alíquota de tributação sobre produtos e mercadorias em razão de sua essencialidade, aduzindo que o critério para definir dita essencialidade está relacionado à capacidade contributiva²⁴. Afirma que o Código Tributário Nacional institui a isenção tributária para certos bens com

²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 368.

²¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365.

²² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 406.

²³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 407.

²⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 408.

fundamento na essencialidade, com vistas à manutenção de uma vida digna²⁵, conforme conclui:

Ainda assim, parece possível determinar que certos bens são essenciais por natureza na medida em que se demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para a vida humana: alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e higiênico. [...] O fato é que, consagrada na Constituição, a essencialidade, conjugada ao princípio da capacidade contributiva, compõe um critério básico de qualquer política fiscal, instrumento de distribuição de renda e justiça social²⁶.

Seguindo esta linha de raciocínio, a proposição de uma nova classificação dos bens no âmbito do Direito Civil, leva a proposição de um novo paradigma da teoria do contrato: o paradigma da essencialidade. Como destaca Pietro Perlingieri, um dos autores italianos precursores desta tese, “*o novo paradigma do contrato implica no distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, que avança no sentido de colocar o Direito Civil na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana*”²⁷.

Assevera Teresa Negreiros, autora que trouxe esta tese para a doutrina brasileira, que o paradigma da essencialidade constitui um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante, propondo uma nova categorização dos bens objeto dos contratos, de acordo com a sua utilidade existencial²⁸. O parâmetro para dita essencialidade deve levar em consideração a satisfação, ou não, das necessidades básicas existenciais da pessoa que contrata e sua vulnerabilidade. Rose Melo Vencelau Meireles conceitua que, existenciais são as situações jurídicas pessoais ou personalíssimas no momento em que a titularidade e realização coincidem com a promoção da dignidade da pessoa humana²⁹, tal autora conclui que:

As situações jurídicas subjetivas existenciais, portanto, servem imediatamente ao desenvolvimento da personalidade, o que corresponde ao principal interesse social do ordenamento jurídico brasileiro que é a promoção da dignidade humana³⁰.

Teresa Negreiros aponta que, da classificação na legislação atual, a que melhor transcende a tese do paradigma da essencialidade é a definição do conceito de bem de família, porquanto como aponta, o bem de família revela uma ruptura com os modos tradicionais de classificação dos bens, levando em consideração a destinação do bem conforme as

²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 413.

²⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 413.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4.

²⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

²⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 36.

³⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 45.

necessidades existenciais da parte, abrindo novos caminhos para o intérprete na resolução dos conflitos, como conclui referida autora:

Na classificação dos bens, o elemento inovador é precisamente a destinação existencial, que, em contraposição à destinação patrimonial, eleva a pessoa, isto é, as necessidades humanas mais elementares, a ponto de referência para a individualização de espécies diversas de bens. O impacto deste enfoque existencial é nítido o respeito do bem de família³¹.

Nos ensinamentos de Teresa Negreiros a definição do bem de família, nos termos da Lei 8009/90 fixa a primazia da pessoa humana em detrimento dos valores meramente patrimoniais, protegendo assim o mínimo existencial do indivíduo³².

Destarte, a essencialidade do bem contratado define-se pela necessidade existencial dos contratantes, a qual está intimamente ligada aos direitos fundamentais, que são a base para sobrevivência do indivíduo, a fim de determinar o regime contratual estabelecido entre as partes. Ou seja, bens essenciais são os bens que oferecem o conteúdo mínimo para uma vida digna. Esse conteúdo do mínimo existencial será desenvolvido no presente trabalho no último capítulo.

Os efeitos trazidos pelo paradigma da essencialidade se traduzem no estabelecimento de diferenciações nos regimes contratuais, em vista da essencialidade, ou não, do bem com relação às necessidades existenciais da parte do contrato tutelado.

Reconhece-se que em determinados contratos, que colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais com objeto meramente patrimonial. Já os contratos que têm por objetivo bens supérfluos, regem-se pelos princípios contratuais clássicos, vigorando uma intervenção mínima estatal³³.

Deste modo, o paradigma da essencialidade se constitui em um caminho para o intérprete do Direito fundamentar a intervenção estatal na autonomia privada para assegurar a concretização das necessidades existenciais do indivíduo vulnerável e assegurar a igualdade material entre as partes. Como explicita Teresa Negreiros:

O paradigma da essencialidade, de acordo com o qual a medida da utilidade existencial do objeto do contrato deve ser fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre os princípios contratuais, é, neste contexto, capaz de dar à prática judiciária um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos contratantes³⁴.

³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 441.

³² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 442.

³³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 442.

³⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

Na opinião de Carlos Eduardo Pianovski a intervenção no contrato, assegurando o acesso a bens essenciais, com conseqüente satisfação de direitos existenciais do contratante, é ferramenta que promove a ampliação da liberdade substancial dos contratantes³⁵, nesse sentido citado autor utiliza-se da seguinte argumentação:

Um critério para identificar qual nível de liberdade como efetividade pode ser reputado como exigível pode ser o recurso aos direitos fundamentais e sociais. A atuação do particular, bem como do Estado-legislador e do estado-juiz, para, por meio do contrato, assegurar a satisfação de direitos como subsistência (corolário do direito à vida), moradia, educação e saúde é ferramenta de incremento de liberdade como efetividade³⁶.

É possível cogitar a existência de contratos constituídos por situações jurídicas subjetivas existenciais, nos quais estão em jogo os direitos da personalidade. É o caso do contrato de uso de imagem em revista publicitária, cujo inadimplemento contratual poderá ser caracterizado, se o uso da imagem não se dar estritamente nos termos em que foi contratado.

Contudo, há outros contratos que não têm situações existenciais como componentes de sua estrutura, mas como um meio de satisfação de interesses existenciais, em razão da natureza dos bens envolvidos. Em tal caso, o inadimplemento por uma das partes, em prejuízo aos fins existenciais de uma das partes, pode acarretar responsabilidade por dano moral³⁷.

Em atenção a estas ideias, indaga-se a possibilidade de “contratos existenciais”. Antônio Junqueira de Azevedo cogita de tais contratos, asseverando que têm como partes ou uma delas, pessoas naturais, que visam com o negócio sua subsistência. Também se incluiriam as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Tais contratos colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, reclamando um regime jurídico que respeite tais direitos. Deste modo, é possível desconsiderar cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens. Ao lado dos contratos existenciais, o autor identifica contratos de lucro, que se realizam entre empresas ou entre profissionais, esquivando-se da interferência dos juízes, sob pena de perturbar o funcionamento do mercado ou do exercício das profissões³⁸.

Considerando-se os contratos de planos de saúde como contratos que visam a satisfação de interesses existenciais, indaga-se acerca a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nessa relação privada, com vista à manutenção de uma vida digna dos usuários.

³⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s). Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 292.

³⁶ RUZYK, carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s). Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 292.

³⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 292/293.

³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. apud LOBO, Paulo. **Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

2. A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal brasileira expressa em seu artigo 196 que: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado*”, assegurando ao cidadão o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O artigo 197 da Carta Magna de 1988 preceitua que a saúde pode ser prestada diretamente pelo Poder Público, através do Sistema Único de Saúde (SUS), como, também, por entidades privadas, que poderão participar de forma suplementar ao SUS.

Assim, o sistema brasileiro de saúde como salientando, é híbrido, sendo prestado tanto pelo poder público, como pela iniciativa privada. A saúde pública é prestada diretamente pelo SUS, e o sistema privado também denominado de saúde suplementar é prestado pela rede privada de serviços de assistência à saúde.

Neste sistema híbrido, o Estado estendeu à iniciativa privada, através da saúde suplementar, a oportunidade de complementar tais serviços. Como define Gabriel Schulman, “*entende-se por saúde suplementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde*”³⁹.

Após anos em tramitação no congresso nacional, a saúde suplementar foi regulamentada pela lei nº 9.656/98. Esta Lei define, em seu artigo 1º, inciso II, Operadora de Plano de Assistência à Saúde como sendo: “*pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo*”. Posteriormente, a Lei 10.185/2001 exigiu que as seguradoras, de caráter geral, que já atuavam no segmento do seguro saúde se transformassem em seguradoras especializadas, equiparando-as às operadoras e passando a estar subordinadas a uma nova estrutura de regulação e fiscalização vinculada ao Ministério da Saúde, juntamente com as outras modalidades de operadoras de planos de saúde privados.

Assim, independentemente da forma jurídica adotada, todas as modalidades/organizações que oferecem planos de assistência à saúde, devem ser qualificadas como “*operadora de plano de plano de saúde*” e submetidas à Lei 9.656/98⁴⁰. Portanto, o termo “*contrato de plano de saúde*” abarca todas as modalidades de prestação de serviços de assistência privada à saúde.

³⁹ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.201.

⁴⁰ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.268.

O contrato de plano de saúde firmado entre as partes prevê a prestação de serviços à saúde ou cobertura de custos assistenciais, mediante pagamento de valor, com atendimento em rede própria ou credenciada. O artigo 16 da Lei 9.656/98 define as cláusulas essenciais, ou seja, os requisitos mínimos exigidos de um contrato de plano de saúde. No conceito de Claudia Lima Marques os contratos de plano de saúde configuram-se como “*contratos cativos e de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o usuário o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde*”⁴¹.

As principais características dos contratos de planos e seguros de saúde são: a bilateralidade do contrato, a reciprocidade das obrigações e a aleatoriedade⁴².

Destaca-se, por fim, que os contratos de plano de saúde são regidos pela Lei 9.656/98, no entanto, apesar de tal Lei ser inovadora na regulamentação dos planos de saúde, ainda existem muitas lacunas, motivo pelo qual deve haver aplicação conjunta entre a Lei de Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor, obedecidos os ditames da Constituição Federal. Por isso, imprescindível proceder à análise do contrato de plano de saúde como um contrato de consumo.

Como aponta Gustavo Tepedino o reconhecimento de uma relação de consumo implica na identificação nos contratantes das qualidades de consumidor e de fornecedor⁴³. Com efeito, o contrato de prestação de plano de saúde configura-se como contrato tipicamente de consumo, submetido às regras do Código de Defesa do Consumidor. Porquanto, ambas as partes se enquadram nas categorias de fornecedor (operadoras de planos de saúde) e consumidor (usuário do plano de saúde). A corroborar com tal entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 469 “*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*”.

A configuração das operadoras de planos de saúde como prestadoras de serviços relativos à preservação da saúde não traz grandes discussões, porque se enquadram perfeitamente no conceito de fornecedor previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, conforme define Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

A análise da relação estabelecida entre as operadoras de planos e seguros de saúde evidencia uma modalidade especial de avença: trata-se de relação de consumo, já que as operadoras e seguradoras, prestando o serviço objeto de

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 485.

⁴² GRASSI NETO, Roberto. **O consumidor nas relações jurídicas com operadoras de planos privados de assistência à saúde**. In Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor. V II, n° 4. Curitiba: 2012, p. 50.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126.

contratação de maneira reiterada e mediante remuneração, enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, justamente tendo em vista a efetiva incidência de relação de consumo, o art. 3º da Lei 9646/98 determina expressamente a aplicação subsidiária do Código do Consumidor⁴⁴.

Claudia Lima Marques expõe que em matéria de planos de saúde todos os destinatários finais do serviço médico são consumidores, tanto contratantes como terceiro, de tal modo que o destinatário final do serviço pode ser *“um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um absolutamente incapaz e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço”*⁴⁵.

Isso porque, os contratos de plano de saúde podem ser remunerados diretamente pelo usuário, por seu empregador ou pelo contratante principal dos planos coletivos e/ou familiares ou individuais.

Disso resulta que, o agente do mercado, os beneficiários, destinatários finais, os contratantes e as pessoas jurídicas, que se expõem ou intervêm nestas relações de consumo como representantes ou em benefício de seus empregados, associados ou sindicalizados, acabam por ser considerados consumidores⁴⁶, conforme muito bem exemplifica Claudia Lima Marques:

Assim, se a sogra de um empregado de fábrica é a destinatária final de um serviço médico organizado por uma operadora de saúde é esta sogra consumidora, mesmo se sequer o empregado "pagou" algo à organizadora da cadeia (a operadora do plano de saúde), mas esta teve seu serviço remunerado pela empresa (consumidora indireta), que por sua vez não cobrou do empregado, nem da sogra. O serviço de consumo é que é remunerado, não se exige a remuneração pelo consumidor direto (destinatário final), mas sim por alguém, consumidor indireto ou por seu representante, consumidor-equiparado⁴⁷.

Ademais, não se pode deixar de destacar que além de contrato de consumo, o contrato de plano de saúde configura-se como contrato tipicamente de adesão, tendo em vista que as condições são unilateralmente impostas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor, usuário,

⁴⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carência.** in MARQUES, Claudia Lima et al. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.75.

⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor.** Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 37.

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor.** Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 37.

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor.** Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 37.

simplesmente aceitá-lo ou rejeitá-lo, não havendo poder de discussão sobre as cláusulas, que são simplesmente impostas ao consumidor.

Todos esses elementos se fazem presentes no contrato de plano de saúde, o que, conseqüentemente, leva o consumidor a ser a parte hipossuficiente na relação. Sobre o assunto, o entendimento de Cláudia Lima Marques:

No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação, pois não pode discutir o conteúdo do contrato ou a informação recebida; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, "pegar ou largar", isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. Aqui, os dois grandes princípios da Justiça moderna (liberdade e igualdade) (assim ensina, em seu novo livro a volta à Justiça, o jus-filósofo alemão Braun, p. 142 e ss.) combinam-se, para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor do outro (favor debelis), compensando a "fragilidade"/ "fraqueza" de um com normas "protetivas" (Calais-Auloy, 4 ed., n.18), controladoras da atividade do outro, resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica⁴⁸.

Portanto, verifica-se que o contrato de plano de saúde deve ser interpretado mediante interpretação sistemática, porquanto se devem buscar dispositivos legais que favoreçam e protejam o consumidor, de forma a estabelecer o mínimo de igualdade material e equilíbrio a uma relação que já se inicia de forma tendenciosa, a fim de resguardar um conteúdo mínimo de existência ao usuário de plano de saúde.

3. A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

No Brasil, a consagração do direito à saúde se deu de forma expressa na Constituição Federal de 1988, juntamente com um amplo rol de direitos sociais, consagrados no seu artigo 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”*.

Destarte, a *“saúde”*, nos termos da Constituição Federal, passou então a ser considerada como um dos *“direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça,*

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.73.

religião, credo, crença política, condição social ou econômica”, tal direito classifica-se como direito fundamental social e o seu conteúdo e forma de prestação estão previstos nos artigos 196 a 220 do mesmo texto constitucional.

O direito à saúde reveste-se da qualificação de direito fundamental social. Trata-se, segundo Ingo Sarlet, de uma “*dupla fundamentalidade: formal e material*”⁴⁹.

O sentido formal está evidenciado na inclusão do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal. O problema que aqui assume papel de destaque diz essencialmente com a fundamentalidade material, já que a doutrina, em termos gerais e aqui evidentemente simplificados, se divide entre os que reconhecem a todas as normas de direitos fundamentais a proteção formalmente assegurada pela Constituição e os que sustentam que apenas parte dos direitos sociais possuem esta proteção.

Faz parte de uma concepção redutora conter o direito à saúde nos quadros de norma programática, conferindo aos dispositivos constitucionais que o acolhem, uma eficácia limitada. Isso, em virtude da forma como esses direitos foram positivados na Constituição, porquanto, segundo entendimento de parte da doutrina, esses direitos dependem de concretização legislativa para sua aplicação, como cita Ingo Sarlet:

Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático⁵⁰.

Sob estes moldes, o direito à saúde não teria aplicabilidade imediata, seja perante o Estado, seja perante os particulares, dependendo da atividade integradora do legislador, que o regulamentaria por meio de lei complementar.

Contudo, outra parte da doutrina, como Ingo Sarlet, entende que as notas de fundamentalidade, impressas à saúde, submetem-na à aplicabilidade direta. Isto significa que as normas constitucionais que a amparam não dependem de concretização por parte do legislador infraconstitucional; têm imediata aplicabilidade como as demais normas

⁴⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 122.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012, p. 24.

definidoras de direitos fundamentais sociais⁵¹. Nesse sentido, os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente atrelados às tarefas do Estado, como Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes⁵².

Considerando-se que a saúde é um direito social que guarda contornos de fundamentalidade, resta indagar acerca de sua eficácia nas relações privadas, escolhendo-se, para tanto, os contratos de plano de saúde.

No direito brasileiro o artigo 5º, § 1º, da Lei Fundamental define que: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. No entanto, indaga-se se esta norma é aplicável a todos os direitos fundamentais.

Com efeito, como preleciona Ingo Sarlet, há consenso na doutrina e jurisprudência brasileiras com relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais que se dirigem diretamente aos particulares. Tal ocorre, ademais, com diversos direitos sociais com dimensão negativa (defensiva), como por exemplo, os direitos dos trabalhadores⁵³. Nada obstante, ainda há divergência sobre a vinculação dos direitos fundamentais sociais com dimensão positiva (prestacional), eis que demandam, tanto do Estado como dos particulares, uma atuação econômica e social positiva para sua concretização, como destaca referido autor:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes⁵⁴.

Nessa ordem jurídico-constitucional, Ingo Sarlet define que o direito fundamental social à saúde possui uma dupla dimensão: negativa e positiva. Como destaca Daniel Sarmento, a dimensão defensiva do direito à saúde liga-se à obrigação de não adoção de

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011, p.9.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012, p. 19.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 283.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011, p.13.

qualquer comportamento que possa lesar ou ameaçar a saúde do seu titular⁵⁵. Já a dimensão positiva ou prestacional do direito à saúde corresponde a deveres comissivos atribuídos ao polo passivo da relação fundamental⁵⁶.

Destarte, o contrato de plano de saúde por ter como objeto a prestação à saúde do usuário, o que pressupõe a proteção do direito fundamental à saúde na sua dimensão positiva ou prestacional, gera as maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito da forma de eficácia de dito direito fundamental na relação privada de plano de saúde.

Como acentua Gabriel Schulman, uma das objeções recorrentes à eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas tem sido a tentativa de se sustentar que essa incidência poderia configurar uma transferência de responsabilidade estatal para o particular⁵⁷. Destarte, o enfoque da discussão acerca da eficácia dos direitos sociais prestacionais nas relações privadas se dá em virtude da existência de colisão dos direitos sociais prestacionais com a autonomia privada.

Para Wilson Steinmetz, a imposição aos particulares de deveres correlatos aos direitos sociais colidiria com o princípio da livre iniciativa, com os direitos fundamentais de liberdade e propriedade e com o princípio da autonomia da vontade. Em sua opinião, a relevância dos direitos sociais como pressupostos para o exercício da própria liberdade é argumento suficiente para impô-los como deveres ao Estado, mas não em face dos particulares⁵⁸.

Para Gomes Canotilho, há eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, entretanto, com relação aos direitos sociais essa eficácia seria somente indireta, impondo ao legislador o dever de “*attractação das normas sociais*”, segundo direitos fundamentais sociais e a obrigação do Judiciário de interpretar a lei conforme os direitos fundamentais sociais⁵⁹.

Por outro lado, Daniel Sarmento se utiliza do dever de solidariedade previsto na Constituição, a justiça social, para justificar a eficácia dos direitos sociais de forma direta. Porquanto, o Estado possui o dever de concretização dos direitos sociais, uma vez não concretizados é dever da sociedade, ainda que subsidiariamente em relação ao Estado, concretizar diretamente os direitos sociais⁶⁰.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 292.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 292.

⁵⁷ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.310.

⁵⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. In SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 291.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 66.

Contudo, referido autor alerta que devem existir limites para que ocorra essa eficácia nas relações privadas, pois deve ser considerado o impacto econômico para o particular, ponderando com um critério da desigualdade fática. Afirma, ainda, somente ser exigível a incidência de um direito social numa relação privada quando houver a existência de obrigação de prestação de um direito fundamental social. Nestes termos, só existiria a obrigação do particular se o Estado também fosse obrigado. Segundo ele os direitos sociais que necessitam de uma norma para ser concretizados são vedados aos particulares⁶¹.

Por seu turno, adotando uma postura ponderadora baseada na teoria integradora de Alexy, Ingo Sarlet preleciona que não há como sustentar uma exclusão de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, § 1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais deve-se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, o que não significa que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais⁶², conforme destaca:

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade⁶³.

Destaca Robert Alexy que, a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas é amplamente aceita, entretanto, afirma que a forma de produção de seus efeitos é um problema de construção e a sua extensão é um problema de colisão:

Atualmente a ideia de que normas fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 71.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.280.

relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais⁶⁴.

Nesta linha, não se pode perder de vista que nas relações entre particulares sempre se farão presentes conflitos ou colisão de determinados direitos fundamentais. Esta tensão decorre da própria Carta Magna, como aponta Teresa Negreiros, que “*procede a escolhas de índole liberal, consagrando a liberdade individual como valor fundamental, ao mesmo tempo em que, antepõe ao indivíduo valores coletivos, como a justiça social e a solidariedade*”⁶⁵.

Nestes termos, conforme preleciona Robert Alexy, tal conflito deverá ser resolvido pelo princípio da ponderação dos bens envolvidos:

Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência⁶⁶.

No magistério de Suzana de Toledo Barros “*quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar*”⁶⁷.

Segundo Ingo Sarlet o problema da ponderação não se pode resolver pela lógica do “*tudo ou nada*”, mas sempre à luz dos critérios da proporcionalidade, na sua “*dupla acepção como vedação de excesso e de insuficiência*”⁶⁸.

A corroborar com tal entendimento Luís Roberto Barroso:

Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528.

⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

⁶⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 159.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 586.

hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível⁶⁹.

Por isso, Robert Alexy conclui que na sua teoria integradora existem os três níveis e cada um deles abarca um aspecto da mesma questão. Decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência. Mas nenhum deles pode pretender uma primazia sobre os outros⁷⁰.

No magistério de Daniel Sarmiento na ponderação de bens, a decisão judicial é tomada através de um processo em que são examinadas todas as normas e valores envolvidos na questão, de modo a que cada um deles só seja restringido no estrito limite necessário à garantia dos demais⁷¹.

Com efeito, como aponta Luís Roberto Barroso, cabe ao intérprete proceder à interpretação entre o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto⁷². Conforme enfatiza Teresa Negreiros, o critério da utilidade do bem, avaliada esta em relação à pessoa, constitui um caminho nesta busca por soluções concretas que, no âmbito do direito contratual, “*alcancem um meio termo justo em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade*”⁷³. Nesta perspectiva, o mínimo existencial seria uma tese para fundamentar a intensidade da eficácia dos direitos sociais no plano privado, como será visto a seguir.

4. A ESSENCIALIDADE DO BEM NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Com relação à proteção do mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres afirma que se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana⁷⁴. Ricardo Lobo Torres resume o conteúdo positivo do mínimo existencial aos direitos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), à educação, à moradia e à assistência jurídica⁷⁵.

Em consonância a este entendimento, o preâmbulo da Carta Magna anuncia que o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2011, p.9.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 540.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 66.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386.

⁷³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 244.

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Por sua vez, para Ingo Sarlet, o mínimo existencial compreende todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, portanto saudável:

[...] firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável⁷⁶.

O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar sobre o tema definiu o mínimo existencial como sendo:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)⁷⁷.

Consoante ressalta Rosalice Fidalgo Pinheiro, em que pese nosso ordenamento não tenha previsão expressa do mínimo existencial, o reconhecimento de sua tutela se expressa no princípio da dignidade da pessoa humana e no núcleo essencial de direitos fundamentais⁷⁸. A dignidade da pessoa humana funciona como um critério de ponderação que delimita a intensidade dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas⁷⁹. Sendo assim, a proposta de estabelecer o mínimo existencial tem por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 560.

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. DJe 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2013.

⁷⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110.

⁷⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

Claudia Lima Marques destaca que: “*viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e relevância das pessoas poderem acessar um plano de saúde privada, que respeite os ditames constitucionais*”⁸⁰.

Como bem acentua Teresa Negreiros, o fato é que, como consequência da falência do Estado na prestação de serviços úteis ou essenciais à coletividade, aumenta a responsabilidade dos agentes privados a quem a exploração de tais serviços acaba sendo transferida⁸¹.

Todavia, não se pode deixar de ressaltar que o direito social à saúde prestacional, na órbita das relações privadas, assentam-se em uma racionalidade contratual, e, por isso, sua incidência deve ser diferenciada da eficácia deste direito social nas relações entre cidadão e Estado, ensejando a necessária ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais envolvidos, como desenvolvido por Robert Alexy⁸².

Ressalta-se que a responsabilidade dos particulares para com o bem-estar social deve ser sopesada, de uma maneira diferenciada da responsabilidade do Estado, para que não importe no total aniquilamento da autonomia privada, a qual é, também, um importante componente para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet, alerta para a necessidade de ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, enfatizando que o princípio da dignidade da pessoa humana possui importante função demarcatória, devendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo dos direitos sociais a ser reconhecido⁸³, como destaca Daniel Sarmento:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.⁸⁴.

Nestes termos, como descrito por Gabriel Schulman e Renata Carlos Steiner, a contratação de plano de saúde, por envolver de modo imediato o direito fundamental à saúde,

⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso.** in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.183.

⁸¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 467.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 402.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012, p. 37.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 71.

não pode receber tratamento igual à contratação de outro tipo de serviços não essenciais⁸⁵. Porquanto, como aponta Teresa Negreiros, os contratos de plano de saúde têm por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante e devem se sujeitar a um regime de caráter tutelar diferenciado⁸⁶.

Para Pietro Perlingieri não se pode em termos de interesse protegido ou de bem, uma autonomia conceitual da saúde, como é possível em sede de interesses patrimoniais. *“A saúde apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário”*⁸⁷, conforme enfatiza:

O mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, à salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental; dependendo do fato que seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou daquele poder jurídico (postestá) e, portanto, do interesse legítimo. O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida⁸⁸.

Desta feita, os bens existenciais tutelados nos contratos de plano de saúde ligam-se intimamente à preservação da vida dos seus usuários, em virtude disso ao se conceder uma prestação à saúde, também, estará se concretizando o direito à dignidade da pessoa humana. Conforme destaca Germano Schawartz:

Adotando o critério da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo estabelecidos por Alexy, o papel da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde é essencial, de vez que é variante elementar do princípio fundamental da pessoa e do respeito à dignidade humana, que é princípio que norteia e permeia a totalidade da nossa Lei Fundamental, e ‘sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo sua razão de ser’⁸⁹.

Nesse particular, nos contratos de plano de saúde, definir no caso concreto qual atitude afronta o direito à saúde e de tal forma impede a existência de uma vida digna é relevante para definir os novos contornos desse contrato, em face das necessidades existenciais do bem contratado, para o fim de garantir o mínimo existencial ao usuário de plano de saúde.

⁸⁵ SCHULMAN, Gabriel e STEINER, Renata Carlos. **O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde**. in TEPELINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 360.

⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

⁸⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.67.

Nesta linha de raciocínio, o mínimo existencial, amparado na cláusula geral da dignidade humana, constitui um parâmetro para realização da ponderação entre a liberdade contratual das operadoras de plano de saúde e as necessidades existenciais dos seus usuários. Pois, a essencialidade do bem “saúde” no contrato plano de saúde enseja um tratamento jurídico diferenciado dos contratos com objeto meramente patrimonial, e a consequente eficácia do direito fundamental à saúde, como descrito por Daniel Sarmento:

De outro giro, um fator adicional que deve ser considerado na ponderação é o que concerne à relevância da prestação social em discussão, para a proteção da dignidade da pessoa humana de quem reclama. Parece claro que, quando a prestação correlacionar-se ao mínimo existencial, haverá um forte argumento para o reconhecimento da eficácia horizontal direta, que estará ausente sempre que se tratar de controvérsia envolvendo aspectos menos relevantes do direito social em causa, que não atenda a uma necessidade humana tão essencial. Tal ideia, aliás, pode ser inferida da vinculação direta e imediata dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana – que é reconhecida até mesmo por alguns adeptos da teoria indireta⁹⁰.

Sendo assim, a aplicabilidade direta do direito à saúde nas relações privadas de plano de saúde, em detrimento da livre iniciativa e da autonomia privada, se justifica em virtude da essencialidade do bem contratado para proteção ao mínimo existencial dos usuários consumidores dos serviços de saúde.

Destarte, constata-se que não pode o contrato de plano de saúde equiparar-se a negócios jurídicos de efeitos estritamente patrimoniais, pois naquele está em jogo o bem maior – vida. Nessa perspectiva, é possível notar que, em face da essencialidade do bem, o direito fundamental social à saúde encontra eficácia direta nas relações privadas. Voltando-se para o STF e para o STJ, em matéria de contratos de plano de saúde, indaga-se se a essencialidade do bem é invocada para distingui-los daqueles que surtem efeitos tão somente patrimoniais, como será desenvolvido no item a seguir.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal não foram identificados Recursos Extraordinários, com análise de mérito, referente a demandas entre usuários e operadoras de planos de saúde, conforme se destaca:

DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRESA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DE BENEFICIÁRIO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. MATÉRIA DE QUE NÃO ENSEJA A ABERTURA DA VIA EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema alusivo à responsabilidade por danos morais e materiais decorrentes de negativa de cobertura para tratamento de

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 304.

beneficiário, por parte de operadora de plano de saúde, não enseja a abertura da via extraordinária, dado que não prescinde do reexame da legislação infraconstitucional, de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos (Súmulas 636, 454 e 279 do STF). Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta Suprema Corte, falta ao caso “elemento de configuração da própria repercussão geral”, conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608⁹¹.

A ausência de tal apresentação ocorre em virtude dos mecanismos de filtragem constitucional do STF, que afastam a discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais, especialmente, do direito fundamental à saúde no Direito Privado. Os recursos não são conhecidos, sob o fundamento de ausência de repercussão geral, relatando apenas uma ofensa reflexa à Constituição Federal, tendo como base as Súmulas 279 e 454:

Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.
Súmula 454. Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

A análise de decisões que contrariam dispositivos constitucionais cabe, em última instância, ao STF, por isso o silêncio desta Corte Superior sobre as demandas relativas a contratos de plano de saúde, em nada contribui para afirmação do direito fundamental à saúde nesta relação privada, havendo conseqüentemente uma negativa de sua eficácia.

Nesse diapasão, a pesquisa se restringe a consulta perante o Superior Tribunal de Justiça. No referido Tribunal, mesmo nas decisões não conhecidas, foi proferida manifestação meritória sobre o conflito, por isso foram incluídas as decisões conhecidas e não conhecidas.

Nesta linha, busca-se verificar se o Superior Tribunal de Justiça afirma em suas decisões os direitos fundamentais e a essencialidade do bem nas demandas afetas a contrato de plano de saúde e qual a espécie de fundamentação das decisões judiciais e a legislação aplicável ao caso concreto.

Conforme explicitado, o contrato de plano de saúde, na classificação clássica, configura-se como contrato cativo e de longa duração, cuja prestação fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é doença do usuário. Apresentando como principais características a bilateralidade, reciprocidade e aleatoriedade. Tal categorização prioriza o caráter patrimonial da prestação, tendo em conta a transferência onerosa de riscos referentes à futura prestação de assistência médico ou hospitalar. Essa classificação não leva em conta a essencialidade do bem no momento da resolução dos conflitos.

⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 697312 RG/BA. Relator AYRES BRITTO. DJe 22/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

Com efeito, o paradigma da essencialidade aponta para uma ruptura com esta classificação clássica, ensejando uma diferenciação dos contratos de acordo com a essencialidade do bem contratado (essencial, útil, ou, supérfluo). Os contratos que tutelam bens essenciais devem ter um tratamento diferenciado daqueles cujo objetivo é meramente patrimonial, supérfluo.

Nos ensinamentos de Teresa Negreiros, o paradigma da essencialidade constitui-se em um critério, no âmbito do direito contratual, para o aplicador do Direito legitimar suas decisões, com vistas à concretização dos princípios constitucionais que consagram como dever do Estado e da sociedade a tutela da pessoa humana⁹².

O parâmetro para o intérprete fixar a essencialidade do bem, ou seja, diferenciar as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais se apresenta na tutela do mínimo existencial, para se garantir uma vida digna. E como visto, os direitos sociais implicam diretamente na preservação do bem maior vida e devem servir de critério para definição do mínimo existencial.

Nesta perspectiva, a fixação da “saúde” como direito fundamental social e essencial no contrato de plano de saúde, como meio de satisfação das necessidades existenciais do usuário, constitui-se em fundamento para diferenciar o contrato de plano de saúde de outros que implicam na aquisição de bens meramente patrimoniais, ou seja, não essenciais à manutenção da dignidade humana. É possível designá-lo de contrato existencial, com base em Antônio Junqueira de Azevedo.

Não obstante, Rose Melo Vencelau Meireles dispõe que o dinamismo e a complexidade das relações jurídicas muitas vezes colocam situações existenciais e patrimoniais como elementos integrantes da mesma relação jurídica⁹³. O contrato de plano de saúde traz claramente este confronto, de um lado, o interesse patrimonial da operadora de plano de saúde, e, de outro, o interesse existencial do usuário na preservação da sua saúde e de uma vida digna.

Nesta linha de raciocínio, as necessidades existenciais do usuário devem prevalecer sobre os interesses patrimoniais, impondo a aplicação de um regime tutelar diferenciado, como assevera Teresa Negreiros:

A função do paradigma da essencialidade é a de introduzir como fundamento decisório, num caso de conflito entre princípios de índole liberal, de um lado, e princípios de índole tutelar, de outro, o dado especificamente objetivo do contrato. Assim, a classificação do bem como essencial, porque denota a

⁹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 486.

⁹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 52.

finalidade existencial da relação jurídica em causa, é fundamento para que lhe aplique um regime de tutela, instituído em favor do contratante que carece do bem essencial⁹⁴.

Nesta perspectiva, Rosalice Fidalgo Pinheiro relata que sempre que houver um conflito entre uma situação subjetiva existencial e outra, patrimonial, aquela deve prevalecer em face da dignidade da pessoa humana⁹⁵. Como bem explicado por Rose Melo Vencelau Meireles:

Desse modo, na hierarquia dos valores constitucionais, a pessoa humana alcança ápice do sistema jurídico brasileiro. Disto resulta que as situações jurídicas subjetivas existenciais prevalecem sobre as patrimoniais em hipótese de conflito, pois naquelas, em primeiro plano, se exprime o ser e o agir da pessoa humana⁹⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo de forma atenuada e implícita, se utiliza da essencialidade do bem no contrato de plano de saúde, em um juízo de ponderação entre a autonomia privada da operadora de plano de saúde e a tutela à saúde do usuário, invalidou cláusula contratual de exclusão de transplante de órgãos. A ministra Nancy Andriighi desataca que se assegura o lucro à operadora, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde do usuário:

Chega-se, por fim, à conclusão de que ao assumir considerável fatia de mercado, sob a premissa da existência de uma “lacuna do Estado”, tem-se um paradoxo que deve ser considerado: a obtenção do lucro da seguradora corre diretamente na mesma linha da prestação satisfatória das garantias constitucionalmente previstas atinentes à saúde; se estas são realizadas de forma ótima, aquele é perfeitamente alcançável. Devem, pois, correr ombro a ombro; jamais ser erroneamente concebidos ou compartimentalizados. Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado. Fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. Dessa forma, em respeito ou fim primordial do contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-assistencial necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante de órgãos do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido o segurado submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida⁹⁷.

⁹⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 488.

⁹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 116.

⁹⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 9.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

Em outro caso, novamente, o STJ afirma, mesmo que implicitamente, a essencialidade da prestação à saúde no contrato, para assegurar um tratamento jurídico diferenciado, com a intervenção na liberdade contratual, com base na aplicação expressa do direito fundamental social à saúde no conflito entre operadora de plano de saúde e usuário, o qual entendeu que: “A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual”. E em razão disso, o Ministro Luís Felipe Salomão invalidou cláusula que prevê a exclusão de cobertura de despesas realizadas para tratamento de “displasia mamária” e doenças “fibrocísticas da mama”, por entender que quando tal exclusão de cobertura é essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. À FALTA DE PREQUESTIONAMENTO, INVIÁVEL O EXAME DO ALEGADO JULGAMENTO EXTRA PETITA - ART. 460 DO CPC. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E/OU HOSPITALARES, QUE EXCLUI DA COBERTURA DESPESAS REALIZADAS NO TRATAMENTO DA "DISPLASIA MAMÁRIA" E DOENÇAS "FIBROCÍSTICAS DA MAMA".
 1. As duas Turmas que compõem a Segunda Seção tem traçado orientação no sentido de considerar abusiva cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde. (Resp n. 434699/RS). 2. Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. 3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. 4. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual. Recurso conhecido, em parte, e provido⁹⁸.

Em outro caso, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como fator preponderante para dar um tratamento diferenciado a uma consumidora idosa, com câncer, com vistas a assegurar o seu mínimo existencial. Pode-se cogitar, nesse caso, a tutela de um amplo direito à saúde, que não abrange somente o bem-estar físico, mas o psicofísico e social, em face de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que pode ser extraída da Constituição da República:

MANDADO DE SEGURANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA DA IMPETRANTE PARA OUTRO SEGURO MÉDICO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EQUIPE MÉDICA NA QUAL DEPOSITA SUA CONFIANÇA HÁ MAIS DE 15 ANOS. IMPETRANTE IDOSA PORTADORA DE CÂNCER. REINTEGRAÇÃO AO PLANO ANTERIOR. A NOVEL LEGISLAÇÃO NÃO TEM EFICÁCIA

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 183719 - SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 13/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

DESCONSTITUTIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE SE CONSOLIDOU EM TEMPO ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.[...] 3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto⁹⁹.

Em outra decisão, o STJ destaca a impossibilidade de cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internamento, em face de impossibilidade de se restringir direitos fundamentais, ensejando uma eficácia direta desses direitos nas relações entre particulares. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho fundamenta para tanto a tarefa do juiz ao aplicar o Direito em atender os fins sociais. Sendo assim, afirma a prevalência do direito fundamental social à saúde sobre a livre iniciativa, com vistas a assegurar a justiça social:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre direito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial¹⁰⁰.

Ratificando referido entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Ademais, em outro voto, pode-se concluir que o STJ priorizou a essencialidade do bem, com o objetivo de preservar direito à vida em face de cláusula limitativa de carência, eis que não é possível à Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário. Neste caso, o ministro Luís Felipe Salomão utilizou como parâmetro para enfatizar a essencialidade a satisfação das necessidades básicas da usuária do plano de saúde:

⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS 12870 - DF. Relator MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DJe 19/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

¹⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 251024. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJe 04/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADEÇÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE COMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócua o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174) 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença¹⁰¹.

Em outro caso relevante, a jurisprudência desta Corte Superior deixou de aplicar efeito *ex tunc* decorrente de revogação de liminar, em casos de tutela relativas a direitos

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962980 / SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

fundamentais, como a vida e a saúde, demonstrando a essencialidade do bem objeto do contrato para justificar um tratamento diferenciado. Neste caso, a tutela antecipada para tratamento de saúde foi concedida e o tratamento foi realizado no curso processual, entretanto, ao final, a demanda foi julgada extinta. O STJ modulou os efeitos *ex tunc* da tutela antecipada, face a proteção de direitos fundamentais no presente caso, como a vida e a saúde, ressaltando a necessidade de propositura de uma ação própria para reembolso das despesas com o tratamento. Sendo assim, há demonstração clara de que o interesse existencial do usuário prevaleceu sobre o interesse patrimonial:

PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR REALIZADO E CONCLUÍDO DURANTE A VIGÊNCIA DA LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. EFEITO EX TUNC. POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO, EM CASOS ESPECIAIS RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS (PRECEDENTES). POSTERIOR SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO (CPC, ART. 267, V). COISA JULGADA. AUTORIDADE (CPC, ART. 472). TERCEIRO PREJUDICADO. HOSPITAL QUE SUPORTOU AS DESPESAS. VIA RECURSAL (CPC, ART. 499) OU AÇÃO PRÓPRIA. FACULDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. [...]5. A jurisprudência desta Corte Superior, em casos especiais, deixa de aplicar efeito *ex tunc* decorrente de revogação de liminar, mesmo entre as partes litigantes, como em casos de tutela relativas a direitos fundamentais, como a vida e a saúde, diante da comprovação da urgência alegada. Aspecto que poderá ser debatido oportunamente, fora do âmbito deste recurso¹⁰².

De acordo com as 57 decisões analisadas, em sede de Recurso Especial, 55 foram favoráveis de alguma forma ao usuário consumidor, representando 96,49%. É possível se extrair uma gama de posicionamentos com relação à interpretação dos dispositivos contratuais do plano de saúde, através das mais variadas legislações infraconstitucionais, mas que não deixam de levar em conta a nova dogmática constitucional. Todavia, a fundamentação jurídica mais utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para defesa dos direitos dos usuários de plano de saúde foi o Código de Defesa do Consumidor, representando 52,63%, como se segue:

RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. FINALIDADE TERAPÊUTICA. NECESSIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DA VIDA DA PACIENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DA COBERTURA SECURITÁRIA. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO. 1. A gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 274602 / SP. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. DJe 29/10/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. 2. Abusividade da negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica necessária à garantia da própria sobrevivência do segurado. 3. Interpretação das cláusulas dos contratos de adesão da forma mais favorável ao consumidor. 4. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. 5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO¹⁰³.

Em outro caso relevante, a ministra Nancy Andrighi entendeu que a recusa à cobertura, para realizar exames em clínica conveniada, ofende o direito da personalidade, enfatizando mais uma vez que o objeto do contrato de plano de saúde à saúde tutelam bens existenciais do usuário. Neste caso, para fundamentar à ofensa ao direito à personalidade de uma criança de tenra idade a citada ministra se utilizou do diálogo de fontes, afirmando que sempre que uma Lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. - Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1249701 / SC. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 10/12/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido¹⁰⁴.

Como afirma Teresa Negreiros, o Código de Defesa do Consumidor, mediante a consagração da nova ordem constitucional, tornou-se um marco significativo para a formulação de critérios de diferenciação dos contratos, de acordo com a intensidade de realização existencial e da vulnerabilidade do contratante¹⁰⁵. Pois, como foi amplamente dissertado o direito à defesa do consumidor é um direito fundamental e como tal possui eficácia nas relações privadas.

O contrato de plano de saúde, por se enquadrar na categoria de típico contrato de adesão, com a aplicabilidade das regras consumerista, ratifica a tese do paradigma da essencialidade, pois como enfatiza Teresa Negreiros, a classificação, como contrato de adesão, reconhece não apenas a desigualdade entre os contratantes, mas também opera como instrumento de proteção à parte mais fraca¹⁰⁶, conforme assevera referida autora:

De acordo com a concepção clássica, as categorias contratuais, como observado acima, são indiferentes ao problema da disparidade do poder negocial entre os contratantes. A identificação de uma dada relação contratual como um contrato de adesão, no entanto, além de destacar um certo modo de formação desta espécie de contrato, implica reconhecer a disparidade de poder negocial entre o predisponente e o aderente, e, nesta medida, implica dar a este último um tratamento diferenciado. Por esta razão, o contrato de adesão, ou melhor, a sua sistematização teórica no elenco das classes contratuais, através de seu enquadramento em esquemas de classificação, denuncia a insuficiência dos critérios tradicionais de descrição e interpretação dos contratos e suas espécies. Conclui-se que, como consequência das mutações da teoria contratual, o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável¹⁰⁷.

Nesta linha, a ministra Nancy Andrighi se utilizou do CDC como fundamento para justificar o tratamento diferenciado, para tutelar uma consumidora mais vulnerável do que outros consumidores, como é o caso da criança de tenra idade. Trata-se de um suporte legal importante para a materialização do contrato de plano de saúde, com vistas a suprir as desigualdades, entre os contratantes, impostas pela força do mercado. Como destaca Marcelo Schenk Duque ao se falar de consumidores está a se falar de garantia de um mínimo existencial para subsistência do consumidor:

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1037759 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 05/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹⁰⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308.

¹⁰⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 382.

¹⁰⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 383.

E ao se falar de consumidores, está-se a falar de pessoas; ao se falar-se de consumo, está a falar de subsistência. A garantia de um mínimo existencial passa, portanto, por relações de consumo, de modo que sem consumo mínimo, não há falar em dignidade. Essa é a razão pela qual a proteção do consumidor revela-se como um verdadeiro direito fundamental, deixando-se reconduzir, em diferentes graus, às garantias de livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana e em outros direitos pontuais¹⁰⁸.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor aponta para a defesa do usuário contratante vulnerável diante dos abusos da liberdade contratual praticadas pelas operadoras contratadas. A legislação de proteção do consumidor conduz ao reconhecimento de que a análise de um contrato será profundamente diversa, conforme seja o comprador consumidor ou não consumidor¹⁰⁹, bem como se o objeto contratado leva a concretização de suas necessidades existenciais. Como destaca Teresa Negreiros “o CDC constitui uma inspiração para o estabelecimento e aprofundamento do paradigma da essencialidade”¹¹⁰, conforme conclui citada autora:

O paradigma da essencialidade é relevante, portanto, também no âmbito das relações de consumo, fundamentando um critério de diferenciação constitucionalmente adequado, na medida em que se inspira na prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses meramente patrimoniais¹¹¹.

Nestes termos, a essencialidade do bem “saúde” nas relações de plano de saúde delinea o sentido que deve ser impresso ao contrato, bem como serve de instrumento para qualificar a incidência dos direitos fundamentais, pelo operador do direito, através o juízo de ponderação no caso concreto.

Sendo assim, pode-se dizer que existe no sistema jurídico brasileiro, ainda que de forma mitigada e implícita, a eficácia direta do direito fundamental social à saúde nos contratos de plano de saúde, pois o objeto deste contrato possui uma essencialidade, que é a preservação da saúde dos usuários, com vistas a assegurar um tratamento jurídico diferenciado das situações exclusivamente patrimoniais, ou seja, conteúdo supérfluo, que não tem por objetivo resguardar um padrão mínimo para uma vida digna.

Ademais, não se pode deixar de acrescentar que a jurisprudência brasileira, também, se ampara em outros direitos fundamentais, além do direito fundamental à saúde, como o direito à vida e à defesa do consumidor, para tutelar os usuários de planos de saúde.

¹⁰⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 351.

¹⁰⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

¹¹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 489.

¹¹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 489.

Porquanto, em torno do direito à saúde, há outros direitos fundamentais que também são assegurados no contrato de plano de saúde.

Destarte, verifica-se que nas decisões do STJ o tratamento jurídico diferenciado para invalidar cláusulas de exclusão de cobertura nos contratos de plano de saúde tem por fim assegurar o mínimo existencial do usuário. Assegurando o mínimo existencial, o STJ acabou protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em seu conteúdo indisponível, que é a preservação da dignidade da pessoa humana, o que, conseqüentemente, fundamenta, mesmo que de maneira mitigada e implícita, a eficácia direta do direito fundamental à saúde nesta relação privada através da tese do paradigma da essencialidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada pôde-se constatar que a transposição da dignidade da pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, trazido pelo Estado Social de Direito, rompeu com o dogma da autonomia da vontade e da ampla liberdade contratual do Direito Moderno, trazendo consigo a necessidade de releitura dos institutos tradicionalmente postos de acordo com os preceitos constitucionais.

Nesta perspectiva, passou-se a fundamentar a eficácia de tais direitos fundamentais nas relações privadas, na busca pela realização dos objetivos de justiça social. Assim, o Estado passou a influenciar decisivamente as relações entre particulares na busca pela igualdade material. A concepção clássica de contrato foi superada pelo novo contrato atento a função de concretização dos direitos fundamentais.

A nova dogmática do Direito Civil, com a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a centralidade na dignidade humana, originou o desenvolvimento do paradigma da essencialidade na teoria contratual contemporânea. Tal pensamento propõe uma nova classificação dos bens contratados em: essenciais, úteis e supérfluos. Revelou-se que a essencialidade do bem se constitui em um instrumento para se distinguir os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação à sua utilidade para as necessidades existenciais da pessoa do contratante.

Observou-se que é possível reconhecer que em determinados contratos, dependendo da essencialidade do bem, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais contratos com objeto meramente patrimonial, através da eficácia dos direitos fundamentais, com vistas à proteção de um padrão mínimo de vida digna. Nesse contexto, acentuou-se que

os direitos sociais configuram o conteúdo do mínimo existencial, o qual fundamenta a eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas.

Neste viés, apresentando o direito à saúde como um direito fundamental social, com dimensão positiva e negativa, procurou-se demonstrar que o bem contratado “saúde”, nos contratos de plano de saúde, constitui-se em um bem essencial, porquanto visa à satisfação de interesses existenciais do usuário. E em razão disso, necessita de um tratamento jurídico diferenciado, com a aplicabilidade direta do direito fundamental à saúde, inclusive na sua dimensão prestacional, nesta relação privada.

Diante dessas observações, defendeu-se que nas relações de plano de saúde, o direito fundamental à saúde deve ser considerado um bem essencial, e, portanto, deve este bem ser satisfeito, ainda que com sacrifício da liberdade contratual, a fim de assegurar a proteção de uma vida digna dos usuários da saúde privada.

Além disso, restou corroborado que o contrato de plano de saúde é um típico contrato de adesão, e por isso, além da aplicabilidade da Lei 8656/98, pressupõe a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os ditames constitucionais, ensejando um diálogo de fontes. Outrossim, acentuou-se que o CDC é um importante instituto para realçar o paradigma da essencialidade, quando impõe um tratamento jurídico diferenciado ao consumidor vulnerável.

A posição defendida neste trabalho – de eficácia direta do direito fundamental à saúde nas relações de plano de saúde, face à essencialidade do bem – foi constatada na pesquisa realizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual vem enfatizando em suas decisões, mesmo que de maneira mitigada, a essencialidade do direito fundamental à saúde para evitar o perecimento do objeto do contrato, que é, justamente, resguardar a saúde e a vida do usuário.

Tal Tribunal, no juízo de ponderação, tem contribuído para a consolidação da nova dogmática do paradigma da essencialidade, porquanto vem decidindo reiteradamente pela prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada, principalmente quando esta colide com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, ainda que não venha sendo utilizado como argumento cardeal, permeia as discussões e as decisões que buscam realizar o direito fundamental à saúde, como um ideal a ser sempre preservado e sopesado na busca de decisões para os conflitos relativos a contratos de plano de saúde que chegam ao Judiciário.

Concluiu-se, desta feita, mas longe de pretender delinear alguma solução definitiva para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que o paradigma da

essencialidade é relevante, especialmente nas relações de plano de saúde, eis que inspira ao intérprete do direito a prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses apenas patrimoniais, tendo em vista a releitura dos institutos de direito privado, à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Caderno de Informações, perfil do setor 2011/2012**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 14 de Fevereiro de 2012.

ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial, 2007**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 319. Relator Min. MOREIRA ALVES. DJe 30/04/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ. Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 27/10/2006. Disponível em Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 697312 RG/BA. Relator AYRES BRITTO. DJe 22/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP. DJe 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . REsp 1106887/CE. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 27/08/2013. Disponível em Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1037759 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 05/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 251024. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJe 04/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 274602/SP. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. DJe 29/10/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1107511 / RS. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. DJe 06/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS 12870/DF. Relator MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DJe 19/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 183719 - SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 13/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1249701/SC. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 10/12/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962980/SP,. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962980/SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1053810/SP. Relator Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 21/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Bruna Lyra e PEDRA, Adriano S'Antana. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. V. 14, n. 14: 2013. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345/335>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2000.

FENASAÚDE. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRASSI NETO, Roberto. **O consumidor nas relações jurídicas com operadoras de planos privados de assistência à saúde**. In Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor. V II, nº 4. Curitiba: 2012.

LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima et al (coord). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23º de julho de 2013.

MARTINS-COSTA, Judith et al (coord). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>> Acesso em 10.02.2012.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carência.** in MARQUES, Claudia Lima (org). Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. e GOEDERT, Rúbia Carla. **O contrato de consumo e a defesa do consumidor: um "ponto de encontro de direitos fundamentais".** Disponível em <www.conpedi.org.br> Acesso em 23 de julho de 2013.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e LAMEIRA, Daniella Maria Pinheiro. **Os limites da repercussão geral no STF: em direção à reeleitura do direito privado à luz da legalidade constitucional?** Revista Trimestral de Direito Civil.v.52.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s). Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** in SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988.** Revista Disálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens.** in MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHULMAN, Gabriel e STEINER, Renata Carlos. **O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde.** in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

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

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira.** Revista Trimestral de Direito Civil-RTDC. Rio de Janeiro: Padma, vol. 22, abril/junho 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009.