

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP

Leonardo Franco de Lima

**A JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS  
CONTRATOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo  
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP

Leonardo Franco de Lima

**A JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS  
CONTRATOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior.

São Paulo

2016

**Banca Examinadora:**

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Não poderia iniciar este trabalho sem antes agradecer a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a sua conclusão.

A começar pelo meu Professor e orientador, Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, pela confiança desde o processo seletivo, pela atenção e comprometimento durante a execução dos créditos e, pela paciência na elaboração desta pesquisa. Sem ele esta etapa acadêmica de minha vida não seria cumprida.

Agradeço a todos os colegas que comigo trilharam a árdua, mas prazerosa estrada do mestrado, principalmente aos Professores que contribuíram nessa caminhada e com quem tive o privilégio de contar para o meu progresso acadêmico, especialmente, os Professores Doutores Luiz Alberto David Araújo, Cláudio José Langroiva Pereira, Maria Garcia, Marcelo Souza Aguiar, Motauri Ciocchetti de Souza e Pietro de Jesús Lora Alarcón.

Não poderia deixar de agradecer a colaboração de todos os colegas de escritório que, fraternalmente, supriram minhas ausências no dia a dia da advocacia para que pudesse me dedicar a este trabalho, especialmente aos amigos Sonia Correa da Silva de Almeida Prado, Alexandre de Melo e Felipe de Moraes Franco, com quem sempre pude contar.

Minha gratidão também aos meus amigos e familiares por compreenderem minhas faltas em inúmeras ocasiões, especialmente meu muito obrigado aos meus pais, Gerson e Eliana, a quem devo todas as minhas conquistas e aos meus irmãos, Liliane e Leandro, pelo incentivo e parceria por toda uma vida.

Agradeço, por fim, a minha esposa Janaina, a minha enteada Natasha e ao meu filho Victor.

Muito obrigado a todos.

*Ser bom é fácil. O difícil é ser justo.*

*Victor Hugo*

## RESUMO

LIMA, Leonardo Franco de. A JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. 262 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Inúmeras foram as batalhas travadas por toda a humanidade ao longo dos tempos para reconhecimento dos mais diversos direitos do homem. A Constituição Federal de 1988, inspirada em outros ordenamentos europeus, especialmente o português, trouxe imenso avanço no reconhecimento de inúmeros direitos sociais, além de se preocupar em conferir instrumentos para que estes direitos pudessem ser concretizados pelo Estado e por toda a sociedade, a fim de que os preceitos fincados no Texto Maior não fossem relegados a meras promessas. O direito à saúde está dentre aqueles que o legislador constitucional se debruçou com maior preocupação, não se limitando a outorgá-lo como um direito subjetivo público, mas foi além, organizou um sistema único através de rede regionalizada e hierarquizada, envolvendo todos os entes políticos da federação e a sociedade como responsáveis por sua implementação.

Este trabalho parte da premissa da saúde como direito subjetivo público, viabilizando, dessa forma, a sua tutela jurisdicional. Inclusive, sob esse prisma, o preâmbulo do pacto que instituiu a Organização Mundial de Saúde concebe a saúde como o estado completo de bem-estar físico, mental e social, obrigando ao Estado Brasileiro assegurar aos seus cidadãos todos os meios para a preservação ou restabelecimento da saúde.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 franqueou à iniciativa privada participar do sistema de saúde, tanto em sua forma complementar, atuando junto ao sistema público de saúde, através de celebração de contrato público ou convênio com a Administração, quanto de maneira suplementar, através de serviços privados prestados por intermédio da contratação de operadoras de planos de saúde, pacto este que deve ser analisado sob a perspectiva de outro direito fundamental, assim eleito pela Carta de 1988, o direito do consumidor.

Dessa forma, é indispensável estabelecer a distinção existente entre as formas pública e privada do exercício do direito à saúde, através de harmonização entre os princípios da dignidade humana e do direito à saúde com outros preceitos constitucionais como aqueles que consagram a autonomia privada, a segurança jurídica, a propriedade, a livre-iniciativa, a separação de poderes, dentre outros.

Essa tarefa interpretativa com a análise de suas diversas técnicas permite extrair do ordenamento vigente a conformação entre as regras e princípios que estabelecem os limites de cada relação jurídica, pública e privada, demonstrando indevida a intervenção do Judiciário em searas afetas ao legislador.

Palavras-chave: Direitos Sociais, Direito à saúde, Direito do Consumidor, Saúde Suplementar, Judicialização da Saúde, Ativismo Judicial, Segurança Jurídica.

## **ABSTRACT**

LIMA, Leonardo Franco. The JUSTICIALIDADE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN HEALTH CARE OF PRIVATE CONTRACTS. 262 p. Dissertation (Master of Law) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Many were the battles fought for all humanity throughout the ages for recognition of various human rights. The 1988 Federal Constitution, inspired by other European legal systems, especially the Portuguese, brought great progress in the recognition of numerous social rights, aside from concern to confer instruments so these rights could be implemented by the state and the whole society in order that the precepts planted in the constitution were not relegated to mere promises. The health rights is among those the constitutional legislator leaned more concern, not limited to grant it as a public subjective right, but also organized a unique system through regionalized and hierarchical network, involving all political federation entities and the society as responsible for its implementation.

This paper assumes that health is a public subjective right, allowing this way its judicial protection. Inclusive, from this point of view, the pact's preamble that established the World Health Organization conceives health as a state of complete physical, mental and social well-being, obliging the Brazilian State to guarantee its citizens all means for health preservation or re-establishment.

However, the 1988 Federal Constitution opened to private sector the opportunity to participate in the health system, both in its complementary form, working with the public health system through the execution of public contract or celebrating agreement with the administration, as in supplemental way through private services provided by contracting health insurance providers. This pact should be analyzed from the perspective of another fundamental right, as elected by the 1988 Letter, the consumer right.

This way, it is essential to establish the distinction between public and private forms for health rights exercise, through harmonisation between the principles of human dignity and the right to health with other constitutional principles as those who consecrate the private autonomy, legal certainty, the property, free enterprise, the separation of powers, among others.

This interpretative task with its various technical analysis allows you to extract from the current laws the conformation between the rules and principles that establish the limits of each legal relationship, private and public, demonstrating an improper intervention of judiciary in fields given for legislators.

Keywords: Social Rights, Right to Health, Consumer Law, Health Insurance, Health Legalization, Judicial Activism, Corporate Security.

## SUMÁRIO

<b>1 PROPOSTA DO TEMA, MÉTODO EMPREGADO E OBJETIVOS</b> .....	12
<b>2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGIME INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	14
2. 1 DIREITOS HUMANOS: O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO OBSERVADO DA ANTIGUIDADE À ATUALIDADE.....	15
2. 2 DO PÓS-POSITIVISMO E SUA INFLUÊNCIA NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
2. 3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	46
<b>3. DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	55
3. 1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	55
3. 1. 1 AS TEORIAS JUSNATURALISTA E POSITIVISTA COMO JUSTIFICADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	55
3. 2 TERMINOLOGIA: OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	59
3. 3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CLASSIFICAÇÕES .	63
3. 3. 1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO ASPECTO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	65
3. 3. 2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUANTO AO ASPECTO JURÍDICO POSITIVO BRASILEIRO.....	68
3. 3. 3 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O ASPECTO EVOLUTIVO CUMULATIVO.....	71
3. 3. 4 AS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	74
3. 4 DIREITOS SOCIAIS.....	76
3. 4. 1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NO MUNDO E NO BRASIL .....	76
3. 4. 2 CONCEITO DE DIREITOS SOCIAIS.....	81

3. 4. 3 O MÍNIMO VITAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO.....	84
<b>4. DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>98</b>
4. 1 A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS .....	98
4. 2 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL.....	103
4. 3 O CONCEITO DE SAÚDE E SUA CONSAGRAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	108
4. 3. 1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE: ACESSO UNIVERSAL, IGUALITÁRIO E GRATUITO .....	116
4. 3. 2 DA ESTRUTURA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO .....	128
<b>5. DA INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE .....</b>	<b>131</b>
5. 1 A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	131
5. 2 CONSIDERAÇÕES MERCADOLÓGICAS E SOCIAIS DA SAÚDE SUPLEMENTAR .....	135
5. 3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	139
5. 3. 1 UMA NOVA REALIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	140
5. 3. 2 DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	147
5. 4 A REGULAMENTAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR COMO INSTRUMENTO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.....	151
5. 4. 1 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E SUA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR PARA ESTABELECEM O ROL DE COBERTURAS OBRIGATÓRIAS PELOS PLANOS DE SAÚDE .....	154

5. 4. 1. 1 ESPÉCIES DE COBERTURA ASSISTENCIAL E O ROL DE COBERTURA OBRIGATÓRIA EXIGIDO PELA ANS.....	157
5. 4. 2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A BOA-FÉ OBJETIVA: PRINCÍPIOS INDISPENSÁVEIS PARA O EQUILÍBRIO CONTRATUAL .....	165
<b>6. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL NOS CONTRATOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....</b>	<b>180</b>
6. 1 A “TRIPARTIÇÃO DOS PODERES” .....	180
6. 2 O PRINCÍPIO DA JUSTICIALIDADE .....	187
6. 2. 1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	189
6. 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	193
6. 3. 1 O PODER JUDICIÁRIO: ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA.....	193
6. 3. 1. 1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO FENÔMENO LEGÍTIMO .....	195
6. 3. 2 O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES .....	203
6. 3. 2. 1 ALGUMAS RECEPÇÕES EQUIVOCADAS NO DIREITO BRASILEIRO QUE FUNDAMENTAM A EXCESSIVA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM OUTRAS ESFERAS DE PODER .....	213
6. 4 A CONVERGÊNCIA ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS E A SEGURANÇA JURÍDICA .....	218
6. 5 O ATIVISMO JUDICIAL NO SEGMENTO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	227
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>241</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>249</b>

## **1 PROPOSTA DO TEMA, MÉTODO EMPREGADO E OBJETIVOS**

Conforme revela o título atribuído à presente dissertação de mestrado, A JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, será considerado a partir das pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais realizadas.

A doutrina consultada e jurisprudência existente sobre o tema determinaram a opção pelo método de dissertação que considera a necessária análise da evolução histórica dos direitos fundamentais e o desenvolvimento de sua teoria para a interpretação desses preceitos com consistência e coerência nos casos propostos para análise.

A pesquisa objetiva, inicialmente, traçar a ascensão do direito à saúde ao status de direito fundamental na órbita internacional e nacional, para que, num segundo momento, seja possível tratar as diferenças existentes para a sua fruição perante o sistema público de saúde e no sistema privado, particularmente no sistema suplementar e, nesse segmento, considerar ainda outro direito fundamental, a saber: o Direito do Consumidor (conforme a definição constante da Lei 8.078/90). No final da pesquisa, pretende-se estabelecer o limite da exigência jurídica que o indivíduo poderá fazer do setor privado com o qual contrata para a prestação de serviços de saúde, bem como quais os limites da intervenção do Poder Judiciário nessa relação jurídica.

A dissertação está estruturada em sete capítulos. Depois dessa primeira parte, o capítulo 2 traça a evolução histórica dos direitos fundamentais, a fim de apresentar as premissas de sua estrutura e sua vinculação com a dignidade da pessoa humana. O capítulo 3 é dedicado ao estudo das principais teorias de sustentação dos direitos fundamentais, além de estabelecer seu regime jurídico, com destaque aos direitos sociais ao seu final. No capítulo 4 é trabalhado o direito à saúde através de seu reconhecimento ao longo de todas as Constituições brasileiras, o seu conceito no âmbito nacional e internacional e como esse direito foi positivado na Constituição da República de 1988. O capítulo 5 trata do direito do consumidor sob

seu aspecto constitucional e os principais institutos aplicáveis nas relações privadas de saúde, inclusive os aspectos contratuais, traçando os principais instrumentos de regulação desse segmento de mercado, contemplando, ainda, uma abordagem acerca dos aspectos mercadológicos da saúde suplementar, a fim de demonstrar sua importância nefrágica para todo o sistema de saúde brasileiro. O capítulo 6 encerra essa dissertação através da pesquisa com o debate acerca do ativismo judicial num plano geral até chegar sua incidência nos contratos privados de assistência à saúde, analisando a atual interferência do Poder Judiciário nessa relação de consumo e sua conformidade com o Estado de Direito. Por fim, no último capítulo serão expostas as conclusões deste trabalho.

## 2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGIME INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, antes de adentrar especificamente ao objeto central deste trabalho, mostra-se indispensável trazer a lume os antecedentes históricos e as principais teorias dos direitos fundamentais, fazendo a distinção construída pela doutrina entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, muitas vezes empregados como sinônimos, a fim de estabelecer o regime jurídico que deverá ser observado em relação ao direito fundamental à saúde e, em especial, o seu tratamento nas relações privadas.

A construção da teoria dos direitos humanos considera também a investigação dos objetivos do pacto associativo, definindo os deveres do poder estatal, sem deixar de lado as obrigações dos indivíduos perante a sociedade, o que, atualmente, mostra-se recorrente, na medida em que esses avocam inúmeros direitos, deixando de lado os seus deveres de solidariedade perante o todo.

Importante asseverar que um dos fatores para mensurar o grau de civilização de um povo, segundo a antropologia, é sua capacidade de seguir regras. Aliado a esse postulado, Ricardo Castilho afirma que “a ordem social está intimamente ligada à ordem moral, ou ordem normativa, que indica o sistema de valores e normas que governam o comportamento social em grupo”<sup>1</sup>.

Nesta parte do trabalho utilizaremos a terminologia “direitos humanos” para nos referir àqueles reconhecidos em diversas latitudes e que serviram de paradigmas para a construção de toda teoria protetiva do ser humano como atualmente concebida.

---

<sup>1</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

## 2. 1 DIREITOS HUMANOS: O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO OBSERVADO DA ANTIGUIDADE À ATUALIDADE

Essencial que o presente estudo faça uma incursão à evolução do trato jurídico reservado, ao longo do tempo, para os direitos humanos. Tal método se apresentou necessário, pois o tema central dessa pesquisa – a justicialidade dos direitos fundamentais nos contratos privados de assistência à saúde -, busca destacar o status atingido pelo direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, mas fundamentando-o através de sua consagração no âmbito internacional.

De início, ressalta-se que os direitos humanos como atualmente tratados constituem o fruto de lutas e conquistas históricas e reconhecidos gradativamente ao longo do tempo, isso porque as mudanças nas relações sociais oferecem novos paradigmas, ensejando o surgimento de novos direitos.

O constitucionalismo, como bem assinala Luís Roberto Barroso, é termo recente utilizado no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental, datando pouco mais de duzentos anos e vinculado às revoluções americana e francesa do século XVIII, não obstante, suas ideias centrais remontam da Antiguidade.<sup>2</sup>

Esse movimento, em sua essência, significa a limitação do poder e a supremacia da constituição e dos direitos individuais, sugerindo a existência de uma constituição escrita. Contudo, essa associação nem sempre é verdadeira. Basta verificar o caso do Reino Unido, em que estão presentes esses axiomas sem a existência de uma constituição escrita e codificada, de outro lado, as diversas ditaduras latino-americanas do século passado, que possuíam normas fundamentais escritas, estavam dissociadas dos ideais do constitucionalismo. Assim, é indispensável que a constituição de determinado Estado preencha certos atributos e que tenha legitimidade, caracterizada pela adesão voluntária e espontânea de seus destinatários<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

<sup>3</sup> Ibidem, mesma página.

Diversos documentos encontrados denotam a preocupação da sociedade com a proteção aos direitos humanos desde a Antiguidade (4000 a.C. a 476 d.C.). Considere-se, no entanto, que os valores e a forma como a sociedade era estruturada naquela época são distintos de como hoje se observa, isto é, não comporta qualquer espécie de equivalência de condições aos valores abordados em sociedades primitivas com os valores almejados nas sociedades modernas.

Fábio Konder Comparato afirma que diversos pensadores já tratavam dos direitos dos indivíduos e que até hoje exercem robusta influência na sociedade contemporânea: Zaratustra na Pérsia; Buda na Índia; Confúncio na China; Pitágoras na Grécia; Dêutero-Isaías em Israel; dentre outros. Todos esses filósofos convergiam pela adoção de um código de comportamento fundado no amor e no respeito ao indivíduo.<sup>4</sup>

Diversos instrumentos normativos que remontam da Antiguidade merecem registro como importantes códigos anciãos que regulavam situações do cotidiano de diversas civilizações de destaque, tais como: as Leis de Ur-Nammu (2111 a 2094 a.C.); as Leis de Lipit-Istar (1934 a 1924 a.C.); as Leis de Eshunna (1825 a 1787 a.C.); as Leis de Manu (séculos II a.C. a II d.C.); o Código de Hammurabi (século XVIII a.C.) e; a Lei das XII Tábuas (451 a 450 a. C.).<sup>5</sup>

Inclusive, como destaca André de Carvalho Ramos, houve o reconhecimento, ainda que tênue, dos direitos individuais na codificação de Menes (3100 - 2850 a.C.), no Antigo Egito. Contudo, foi na Suméria antiga, que o Rei Hammurabi da Babilônia editou o Código, a ele atribuído como o primeiro código de condutas, traçando a gênese dos direitos individuais (1792 – 1750 a.C.), especialmente sobre direitos à vida, propriedade, honra, dignidade, família, igualdade e supremacia das leis em relação aos governantes. Os dispositivos dessa codificação não diferenciavam prescrições civis, religiosa e morais.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

<sup>5</sup> ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18-94.

<sup>6</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

Ainda na região da Suméria e Pérsia, no século VI a.C., Ciro II editou uma declaração de boa governança que seguia a tradição mesopotâmica de autoelogio dos governantes ao seu modo de reger a vida social que ficou conhecida como o “Cilindro de Ciro.”<sup>7</sup>

Já na China, nos séculos VI e V a.C., Confúncio estabeleceu as bases para sua filosofia, centrada na defesa do amor aos indivíduos.

Como identificado por Karl Loewenstein *apud* André Ramos Tavares, outro documento que vale menção é a Torá, conjunto de cinco livros com caráter normativo, que teria sido entregue a Moisés por volta de 1250 a.C. para organizar o povo de Israel. Considerando que, num estado teocrático, como Israel, governado pela classe sacerdotal, a lei religiosa limitava o poder político, perfazendo a semente do princípio medieval da primazia da lei como limitação de poder, ainda que de forma tímida.<sup>8</sup>

Passando o enfoque da pesquisa para o mundo ocidental, podemos verificar que na Grécia foram traçadas as teorias que mais influenciaram a evolução dos direitos humanos que, baseadas nas leis colocadas em prática nas cidades-estados, iniciou-se a democracia direta do século V, o chamado “Século Péricles”.

Em sua obra “A República” (400 a.C.), Platão desenvolveu a noção de bem comum, além de defender a igualdade. Já na obra “Ética a Nicômaco”, Aristóteles afirma a importância de se agir com justiça, ainda que em face de leis injustas, tudo para o bem da *pólis*.

Ainda no período helenístico houve a reflexão acerca da superioridade de certas normas, ainda que contrárias ao poder estabelecido, como se viu na peça de Sófocles, “Antígona” (421 a.C. – Trilogia Tebana). Nessa obra, a protagonista, Antígona, luta para enterrar seu irmão, Polinice, mesmo contrariando o tirano da cidade, Creonte, que havia promulgado lei proibindo o enterro daqueles que atentassem contra as leis da cidade. Nesse conflito, Antígona sustenta que não se

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

pode cumprir leis humanas que choquem com as leis divinas, portanto, já identificável, na obra de Sófocles, um dos pontos centrais dos direitos humanos, que é a superioridade de certas regras de condutas contra a tirania e a injustiça.<sup>9</sup>

Seguindo o fluxo evolutivo do reconhecimento dos direitos humanos, na República Romana, aristocrática, (509 a 27 a.C.), o Senado era órgão máximo e os senadores romanos tinham mandato em caráter vitalício e eram responsáveis pela supervisão das finanças públicas; por dirigir e administrar a política externa e as províncias de Roma.

No período republicano de Roma foram redigidas normas que versavam sobre as liberdades individuais, a propriedade e a proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado. Essa legislação constituiu uma vitória dos plebeus, os quais, através de pressões políticas, conseguiram reduzir a termo a ordem comum vigente em Roma. Isso porque, os mandamentos eram guardados e acessíveis apenas aos patrícios e pontífices, o que acarretava um ambiente de insegurança, próprio dos regimes de exceção. Na história do direito romano, essa discussão entre patrícios e plebeus acarretou o envio de uma comissão de dez homens a Atenas para estudar as Leis de Sólon e, no retorno a Roma, essa comissão dirigiu-se ao Monte Sagrado (uma das sete colinas – 494 a.C.) e submeteram o texto para aprovação pela assembleia de centúrias, surgindo, assim, a Lei das XII Tábuas, tornando o direito acessível a todos que soubessem ler. As Tábuas de madeira ficavam expostas no fórum romano, mas a interpretação confiada aos pontífices, contribuindo para a sedimentação do princípio da legalidade.

Assim, pode-se afirmar que a Lei das XII Tábuas constitui a gênese do direito romano, tendo como objetivo primordial estabelecer a igualdade de direitos entre as diversas classes, além de proibir a beligerância privada. Segundo assinala Cláudio De Cicco, a partir de então: “o direito tornou-se público e conhecido. Não mais se concebia a lei de caráter privado, proveniente do culto de uma família. O direito dos indivíduos passou a ser uma ‘concessão do Estado’”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

<sup>10</sup> DE CICCO, Cláudio. *História do Pensamento jurídico e da Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

Sobre a influência da Lei das XII Tábuas ao longo da história e sua repercussão, inclusive sobre o ordenamento brasileiro, Cristiano Carrilho leciona:

Mais do que qualquer outra compilação antiga, repercutiu por séculos afora por toda Roma Republicana, e, posteriormente, na Roma Imperial, durante cerca de cinco séculos, até a compilação de Justiniano. Seus retalhos, incorporados a esta, transbordaram com ela das fronteiras do Império e se disseminaram por todas as legislações que sofreram influência romana, inclusive a brasileira.<sup>11</sup>

Concluindo essa primeira abordagem do trabalho, não poderíamos deixar de citar o Cristianismo, como filosofia que pregava a igualdade entre os indivíduos. Essa doutrina também contribuiu para a sedimentação dos direitos humanos, como é possível extrair, por exemplo, do Evangelho de Paulo, na Primeira Epístola aos Coríntios (6:12), ao dizer que: “tudo me é lícito mas nem tudo me convém”, estabelecendo um parâmetro que considera a lei como um permissivo, mas que deve considerar, por exemplo, os direitos do próximo.

Vejamos o trato dispensado ao tema ao longo da Idade Média.

Na Idade Média (476 a 1453), que se iniciou com a queda do Império Romano do Ocidente pela invasão dos povos bárbaros e se estendeu até a tomada de Constantinopla pelos turcos-otomanos, também se verificou a existência de diversos movimentos e documentos normativos que, aos poucos, contribuíram para a evolução dos direitos humanos.

Diversamente do propalado, não se trata do período das “trevas” da história da humanidade, pelo contrário. Foi nessa época em que surgiram diversas universidades e teorias que deram sustentáculo para a modernidade.

Dentre os séculos V ao X (Alta Idade Média) não verificamos eventos relevantes para esta pesquisa que tenham marcado a evolução dos direitos humanos. No entanto, foi na Baixa Idade Média (séculos XI ao XV) que se constata a elaboração de um dos mais importantes documentos até então elaborados: a

---

<sup>11</sup> CARRILHO, Cristiano. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

Magna Carta de 1215, a qual muitos autores consideram como marco de nascimento da proteção aos direitos humanos.

Com o declínio do Império Romano do Ocidente, a Europa medieval passou por um processo de organização em países logo no primeiro milênio da era Cristã. Dentro deste contexto, Carlos Magno funda a França e é nomeado Imperador do Sacro Império Romano do Ocidente pelo Papa Leão III, fazendo parte de seu império uma porção territorial da atual Alemanha, Holanda, Itália e parcela da Espanha (Catalunha, Navarra e Aragão).

Luís I, filho de Carlos Magno, passou a doar reinos e terras a filhos e amigos, ocasionando o desmantelamento do Império. Em outra parte do continente, logo no ano de 1100, foi aclamado o primeiro rei de Portugal, D. Afonso Henriques, cujo sucessor, seu filho D. Sancho I, dedicou-se à organização política, administrativa e econômica do reino, além de incentivar a criação de indústrias e estimular o comércio. O segundo rei de Portugal também ficou marcado pela concessão de cartas de foral, agindo na contramão dos demais países europeus da época, cujos nobres mantinham os contratos de servidão.<sup>12</sup>

Os forais ou as cartas de franquia mencionados no parágrafo acima, eram documentos outorgados pelos reis a determinadas regiões, na maioria das vezes como retribuição ao apoio dado pelos vassallos. Nesses documentos eram reconhecidos direitos imemorais dos povos da terra manifestados pelas tradições locais, incluindo o direito de participação dos súditos nos governos das regiões, caracterizando-se como antecedentes das constituições modernas, pelo fato de reconhecerem prerrogativas da sociedade a partir de regras decorrentes de suas tradições que poderiam ser opostas aos soberanos.

Antes mesmo da Magna Carta, em 1188, houve a Declaração das Cortes de Leão, como fruto do movimento de reivindicação de liberdades a determinados

---

<sup>12</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-27.

estamentos, a qual consistia numa manifestação dos senhores feudais contra a centralização e o futuro surgimento do Estado Nacional.<sup>13</sup>

No entanto, foi na Inglaterra que encontramos (século XIII, 1215) os documentos históricos de maior destaque que prepararam o terreno para o reconhecimento dos direitos humanos nas Revoluções Liberais do século XVIII.

Em 15 de junho de 1215 foi outorgada a Magna Carta (“Grande Carta” – *Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* – Grande Carta das Liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do Rei Inglês) pelo rei João “Sem Terra”, como consequência do pacto com bispos e barões ingleses, servindo de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal, a garantia de propriedade e a submissão do rei à lei. No entanto, tais direitos restringiam-se aos nobres e ao clero, com mais ênfase para direitos de personalidade. O Magno Documento foi consequência de um governo anárquico, no qual o Rei João Sem Terra, sucessor do irmão Ricardo I, cedeu às pressões da nobreza e do clero.

Em consonância com os termos da Magna Carta, o rei deveria abjurar determinados direitos, submeter-se a certos procedimentos legais e admitir como verdade que a vontade do monarca estaria submissa à lei. A partir de então, restava estabelecido que nenhum homem livre poderia ser privado de seu direito à vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Não podemos deixar de lembrar que nessa época (Idade Média) a Inglaterra vivia em um sistema feudal, onde os homens livres eram apenas aqueles privilegiados que atingiram o poder com a mercancia ou propriedade de terras.

Esse pacto de liberdades-privilégios garantiu a liberdade da Igreja na Inglaterra; estabeleceu limites ao direito de tributar aplicáveis aos barões; assegurou a proporcionalidade entre delito e sanção; a irretroatividades das leis; dentro outros preceitos, servindo de combustível para as revoluções vindouras.

---

<sup>13</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

Avançando a pesquisa ao longo Idade Moderna que se inicia, segundo corte de estudo tradicional, com a tomada de Constantinopla em 1453 e se estende até a Revolução Francesa de 1789, tem-se que nos dois primeiros séculos desse período o mundo ocidental se ocupou com a busca de rotas comerciais, uma vez que os caminhos tradicionais encontravam-se sob forte instabilidade por conta de piratas, tropas do império turco-otomano, além do caminho por terra também mostrar-se perigoso em virtude da “Guerra dos Cem Anos” travada entre França e Inglaterra. Com isso, os países europeus passaram a constituir colônias em novos continentes, principalmente na África, na Oceania e no Oriente próximo.

Com outro enfoque, Portugal buscou rotas alternativas a fim de chegar às Índias através do Oceano Índico, assim, dirigiu-se para a África, o que permitiu a conquista das ilhas de Açores e Cabo Verde, dos arquipélagos da Madeira e das Canárias, além da Guiné e Mauritânia no continente africano.

Nessa empreitada, o comandante Vasco da Gama estabeleceu nova rota comercial com o Oriente que, a despeito de custosa, mostrou ser a mais rentável, proporcionando a prosperidade dos países ibéricos naquela época. Foi nessa mesma rota, mais tarde, que Pedro Álvares Cabral interrompeu sua viagem para tomar posse do Brasil, com o objetivo de fundar uma feitoria ou entreposto comercial nas Índias.<sup>14</sup>

Dentro desse contexto histórico, foi firmado na Inglaterra, em 1628, o pacto denominado *Petition of Rights*, considerado por muitos doutrinadores o marco que representa o início do Constitucionalismo Moderno, como se depreende dos ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho:

(...) fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social, cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou

---

<sup>14</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39-40.

consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVII.<sup>15</sup>

Esse documentou representou uma reação do Parlamento inglês à pretensão do rei Carlos I em estabelecer tributos sem prévia consulta do Legislativo. Dentre outras reivindicações, o Parlamento exigiu que o rei lhe deixasse o controle da política financeira e do exército.

Vale menção, ainda, que no século XVII (1648), foram assinados os Tratados de Westphalia (Alemanha, 1648) que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos (1618 a 1648) entre católicos e protestantes, nos quais os países protestantes foram reconhecidos (Tratado de Osnabruck) e os católicos obtiveram sua independência da Igreja (Tratado de Münster). Esses tratados representaram os primeiros documentos a trazer uma configuração de Estado, bastante similar à que conhecemos hoje, além de estabelecer entre eles uma concepção de equilíbrio.

Os Estados, então, renunciaram a uma hesitante hierarquia internacional fundamentada na religião e não mais conceberam nenhum outro poder superior a si próprio, o que foi denominado de “soberania”.

Outro documento histórico de destaque para a evolução dos direitos humanos foi o *Habeas Corpus Act* (1679), outorgado pelo rei Carlos II da Inglaterra. Essa norma fortaleceu a prerrogativa do *habeas corpus*, já introduzida com a Magna Carta em 1215, pela qual a pessoa indevidamente detida tinha o direito de ser encaminhada a um tribunal para que ali fosse decidida a legalidade de sua prisão.

Com a morte de Carlos II em 1685, Jaime II, seu irmão, assume o trono inglês. O novo monarca pretendeu restabelecer o catolicismo como religião oficial, além de negar *habeas corpus* para quem se recusasse a praticá-lo, resultando na fuga de protestantes ingleses para as treze colônias que a Inglaterra mantinha na América do Norte, na qual se exploravam recursos naturais e a Coroa cobrava altos tributos dos colonos, sem nada oferecer.

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 46.

Dessa feita, em face de inúmeros desmandos do rei Jaime II, o Parlamento inglês expulsou o monarca para a França em 1688. Maria Stuart, filha do rei deposto e casada com Guilherme de Orange, príncipe da Holanda, depois Guilherme III, assumiram a Coroa. Esse movimento foi conhecido como a “Revolução Gloriosa” ou “Revolução Sem Sangue”, assim denominada em razão da forma pacífica como transcorreu.

E, logo em 1689, o Parlamento inglês promulgou a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), obrigando os novos monarcas a aceitá-la. A partir daí foi estabelecida a prática da Monarquia Parlamentar, até hoje vigente na Inglaterra, em substituição ao absolutismo, onde o poder do monarca é restringido pelo Parlamento, representando um efetivo instrumento de limitação de poder, além de consolidar o parlamentarismo inglês.

Assim, verifica-se que a *Bill of Rights*, repetindo preceitos da Magna Carta, se preocupou com a independência do Parlamento e caminhou no sentido da separação dos poderes. Por influência de John Locke, essa declaração fortaleceu a restrição ao poder estatal, além de reconhecer as imunidades parlamentares e a vedação da aplicação de penas cruéis. Contudo, essa declaração de direitos negava expressamente a liberdade e igualdade religiosa, afastando a influência da Igreja Católica do governo inglês, a despeito de manter uma tolerância religiosa.

Essa declaração também excluía e incapacitava de herdar o reino da Inglaterra, da Irlanda e seus domínios ou de exercer poder, autoridade ou jurisdição régia, quem participasse ou comungasse da Sé da Igreja de Roma ou, ainda, se casassem com um(a) católico(a).<sup>16</sup>

Vale mencionar que o ato normativo denominado *Act of Settlement* (1701) reafirmou o princípio da legalidade, da responsabilização política dos agentes públicos e a possibilidade de *impeachment* de magistrados, ou seja, mais um importante documento na trilha da evolução e reconhecimento dos direitos humanos.

---

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-108.

Não obstante esse breve apanhado histórico, a consagração dos direitos humanos, como atualmente concebidos, se deu a partir do terceiro quarto do século XVIII.

A revolta de independência das treze colônias inglesas da América do Norte teve marcante influência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Essa Revolução estava alicerçada nos ideais iluministas, principalmente nas teorias de Locke, Rosseau e Montesquieu, cujo ápice se deu após a “Guerra dos Sete Anos” entre França e Inglaterra, quando a Coroa Inglesa impôs, como já mencionado, ônus (tributos) altíssimos à colônia.<sup>17</sup>

Os ideais de John Locke foram o ponto de partida para o liberalismo inglês do século XVIII, sustentando a existência de leis naturais, do contrato entre governantes e governados e da autonomia entre os poderes do Estado, ambos fundamentais à liberdade humana.

Dentro deste quadro histórico, Thomas Jefferson liderou o movimento de independência a partir do Porto de Boston no ano de 1775 que, de início, se deu por conta da tirania tributária da Coroa, mas na ocasião, os representantes oficiais das treze colônias também demonstraram que pretendiam colocar em prática uma série de teorias que incendiavam a imaginação dos burgueses e dos homens livres em geral que projetavam se ver libertos da tirania das monarquias e dos anacronismos feudais e das desigualdades sociais<sup>18</sup>.

Vale destacar que os EUA foram povoados por religiosos dissidentes que haviam saído da Inglaterra, em especial no navio *Mayflower*. Bem instruídos e com concepção filosófica calvinista, tratavam-se de líderes que mudaram a história dos direitos do homem. Era um “povo velho dentro de um país novo”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 169.

<sup>18</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.68.

Antes mesmo da independência dos Estados Unidos da América, esses colonos, aos 12 de junho de 1776, elaboraram a Declaração de Direitos da Virgínia em Williamsburg que, em seu artigo 1º, proclamou:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Em suma, essa declaração de direitos estabeleceu que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido e que todo ser humano é titular de direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade, à busca da felicidade e à resistência, todos preceitos fundamentais típicos da promoção dos direitos humanos com características jusnaturalistas.

Como afirma José Afonso da Silva, essa foi a “primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno.”<sup>20</sup>

Mais adiante, declarada a independência dos EUA aos 04 de julho de 1776, cujo documento foi escrito, em grande parte, por Thomas Jefferson, ficou assentado o direito político de autodeterminação dos seres humanos, governados a partir de sua livre escolha, quando assentou de início que:

(...) todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados.

E, somente em 17 de setembro de 1787 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América, que, de início, não estabeleceu um elenco de direitos do homem, mas em 1791, como bem assinala José Afonso da Silva<sup>21</sup>, foram aprovadas dez Emendas elaboradas por Thomas Jefferson e James Madison, introduzindo o almejado rol de direitos, às quais foram acrescentadas por outras ao longo do tempo, constituindo a *Bill of Rights* do povo americano.

---

<sup>20</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 155.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 157.

Pelo até aqui discorrido, verifica-se que em diversas partes do mundo os cidadãos objetivavam limitar o poder dos governantes, especialmente dos monarcas absolutistas, buscando a transição do absolutismo para o Estado Liberal de Direito, no qual o governo seria limitado por leis fundamentais, previstas nas normas constitucionais, contudo, tais paradigmas não são modificados sem um processo lento e gradual de lutas e conquistas, ainda mais quando envolve-se dinheiro e poder.

É chegado o momento de algumas considerações sobre a evolução dos direitos humanos na contemporaneidade.

Essa nova etapa de evolução do constitucionalismo<sup>22</sup> teve seu ponto de partida com a Revolução Francesa ocorrida entre 1789 e 1799. Esse movimento social e político objetivava extinguir a monarquia e proclamar a república, tendo em suas bases os ideais iluministas, especialmente, mas não se limitando, aos pensamentos de Rosseau, Locke e Montesquieu.

O Estado francês já havia sofrido turbulências com várias crises econômicas antes mesmo de Luís XVI subir ao trono em 1774, tais como as guerras durante o reinado de Luís XIV; a má administração dos assuntos internos por Luís XV; a perda da guerra entre França e Índia (1754-1763) e; o aumento das dívidas do país geradas pelos vultosos empréstimos feitos às colônias britânicas da América do Norte, reflexos da guerra da independência (1775-1783). Tudo isso, aliado à incompetência da nobreza, do clero e da burguesia em resolver os problemas do Estado e a situação de miserabilidade da população, representaram a soma de fatores que impulsionaram o início da revolta.

Assim, com a convocação dos Estados Gerais (1789), as delegações entraram em confronto com a Câmara, impugnando os métodos de votação e, em 17 de junho de 1789, um grupo de revoltosos liderados por Emmanuel Joseph

---

<sup>22</sup> “(...) visa estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a constituições escritas.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35).

Sieyès e Honoré Rigueti, o Conde de Mirabeau, convocaram e constituíram a Assembleia Geral Constituinte.<sup>23</sup>

Diante de toda essa comoção social e política, com apoio da nobreza e do clero, o povo inicia uma insurreição contra o governo monárquico e, em 14 de julho 1789, se dá a tomada da Bastilha (prisão do Estado e símbolo do poder absoluto).

Deflagrado o movimento revolucionário em 04 de agosto de 1789, a Assembleia aprovou a suspensão de todos os privilégios dos senhores feudais e, logo aos 26 de agosto do mesmo ano, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, exaltando o lema “*liberte, égalité, fraternité*”, consagrou diversos direitos, dentre os quais, a igualdade, a legalidade, a liberdade, inclusive religiosa (Estado laico), a propriedade, a segurança, a resistência à opressão, a associação política, o princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, a presunção do estado de inocência, a livre manifestação do pensamento, dentre outros.

Finalmente, em 03 de outubro de 1791 foi promulgada a primeira Constituição francesa, no entanto, apenas com Constituição de 24 de junho de 1793 houve uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, reconhecendo a igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição e direitos políticos, dentre outros.<sup>24</sup>

Importante destacar que a Declaração da Virgínia e de outras ex-colônias inglesas na América do Norte, a despeito de serem mais concretas que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, eram direcionadas aos problemas inerentes àquelas comunidades, ao passo que, a Declaração francesa perfaz um documento mais abstrato e mais universalizante.

---

<sup>23</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 69-70.

Como assinala José Afonso da Silva, “as declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa<sup>25</sup>”, na medida em que essa classe se encontrava oprimida politicamente, mas não economicamente.

Com a formação dessa nova estrutura estatal pautada por ideais liberais, o período subsequente foi marcado por inúmeros avanços tecnológicos sustentados pelo desenvolvimento industrial e comercial que o Estado Liberal proporcionou a toda burguesia que, na França, foi alcunhado de *Belle Époque*, simbolizando o período de prosperidade vivido por essa classe social. Contudo, de outro lado, viu-se a formação de uma classe operária, destituída de garantias contra arbitrariedades cometidas pelos detentores do capital.

Dessa feita, a industrialização formou uma minoria rica e uma grande massa com diversos problemas sociais ligados à saúde, alimentação, educação, condições de trabalho, etc., demonstrando a insuficiência daquelas liberdades formais reconhecidas, haja vista que, agora, a opressão não vinha apenas do poder político estatal, mas também do poder econômico capitalista. Assim, de nada adiantaria o reconhecimento das liberdades consagradas nas revoluções liberais se a maior parte dos indivíduos não tinham condições materiais mínimas para o seu exercício. Juan Ferrando Badía *apud* José Afonso da Silva desenvolve essa problemática, quando assevera que:

A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de oposição política: mas, *de fato*, tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito do sufrágio, este serve para camuflar diante dos olhos dos proletários uma *papeleta de voto*, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula-se conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle.<sup>26</sup>

Nesse contexto, o Estado mostrou-se incapaz de garantir a harmonia social, dando ensejo a reivindicações no campo social, pois a igualdade propalada nas

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 161.

<sup>26</sup> Ibidem, mesma página.

revoluções liberais limitou-se apenas ao seu aspecto normativo (campo formal), sem conseguir concretizá-la. Diante dessas novas necessidades, surgem, na Europa do século XIX, os movimentos socialistas que receberam maciço apoio popular em face de seus ataques ao modo de produção capitalista.

Em 21 de fevereiro de 1848, Karl Marx e Friedrich Engels publicaram o *Manifesto Comunista*, principal obra crítica ao sistema capitalista vigente, convocando os trabalhadores de todo o mundo a se unirem e tomarem o poder para a instalação da ditadura do proletariado. E, influenciada por esses ideais, em 1917 foi deflagrada a Revolução Russa, primeira revolução socialista, mostrando a todo o mundo capitalista que as reivindicações operárias eram uma ameaça real.

Inclusive, em 15 de maio de 1891, a Igreja Católica publicou a encíclica *Rerum Novarum*, subscrita pelo Papa Leão XIII, na qual criticava as condições de vida dos trabalhadores e apoiava os movimentos trabalhistas, sem, contudo, apoiar a doutrina de Marx.

Diante dessas novas ideias, surgem movimentos destinados a melhorar as condições de vida dos trabalhadores e da população em geral, na medida em que, o reconhecimento formal desses novos direitos é fruto da constatação de que a liberdade contratual dos trabalhadores é ilusória, já que estes encontravam-se em posição de vulnerabilidade em face de seus empregadores. A partir daí, a fim de compensar essa desigualdade econômica, ordenamentos jurídicos de alguns Estados passaram a reconhecer certos direitos a serem observados nas relações trabalhistas.

No plano jurídico, foi a Constituição mexicana de 5 de fevereiro de 1917, produto da Revolução Mexicana de 1910, a primeira a inserir normas relacionadas ao trabalho e à proteção social, bastante revolucionárias para a época, caracterizando-se ainda pelo anticlericalismo, agrarismo, sensibilidade social e nacionalismo, trazendo um elenco de direitos trabalhistas e previdenciários, além de demonstrar certa hostilidade em relação ao poder econômico.

Com o final da I Guerra Mundial e após a assinatura do Tratado de Versalhes em 28 de junho de 1919, a Alemanha precisava de uma nova Constituição para romper com seu passado e restabelecer novos direitos que colocassem em destaque a proteção do ser humano. Esse tratado causou grande humilhação ao povo alemão, já que a Alemanha foi obrigada a reconhecer a independência da Áustria, perdeu suas colônias arquipelágicas e as da África, além de admitir restrição do tamanho de seus exércitos e se obrigar a ressarcir todos os Estados vencedores da guerra.

Nessa conjuntura, a nova Constituição alemã foi assinada em 11 de agosto de 1919, a conhecida Constituição de Weimar, na qual, além de reconhecer a soberania do poder popular, elevou os direitos trabalhistas e previdenciários ao nível de direitos fundamentais, trazendo garantias ao indivíduo, à vida social, à religião, à instrução e à vida econômica. Essa constituição ganha relevo no cenário internacional em razão de conceber um caráter universalizante das normas de direitos sociais, econômicos e culturais.

Diante da nítida mudança do cenário mundial, o paradigma do *laissez-faire*, sustentado pelo liberalismo econômico, sede terreno para um novo modelo político, segundo o qual, o Estado, sem se afastar do modelo político capitalista, passa a se comprometer pela busca à igualdade material e garantir condições mínimas para os seus cidadãos. Assim, surge o modelo de Estado do bem-estar social, o *Welfare State*.

O Estado de bem-estar social surge com o propósito de garantir aos indivíduos os direitos econômicos, sociais e culturais, independentemente da qualidade de trabalhador, tais como: saúde, educação, alimentação, previdência, moradia, assistência social, dentre outros. Esses direitos objetivam assegurar condições mínimas para uma vida digna, permitindo ao indivíduo exercer sua liberdade sem que outros fatores vitais possam interferir em suas escolhas.

Ocorre que, muito embora reconhecidos em diversos Estados logo no início do século XX, inicialmente, gozavam de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, na medida em que muitos deles demandam determinadas prestações

materiais por parte dos Estados, nem sempre materialmente disponíveis. Transcorrida essa primeira fase, os direitos sociais, econômicos e culturais passaram para uma esfera programática, razão pela qual ainda permeia, em muitos ordenamentos, a noção de que apenas os direitos de liberdade são de aplicabilidade imediata, enquanto que os direitos sociais de aplicabilidade mediata, concretizáveis por via do legislador. De toda sorte, os direitos sociais mostram-se tão justificáveis quanto os direitos da liberdade, a despeito de, em muitos casos, serem desprezados por incúria no administrador estatal.<sup>27</sup>

Outro fato historicamente relevante que marcou a evolução dos direitos sociais foi o *Crack* da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, ainda mais por conta dos EUA representarem o maior símbolo do liberalismo mundial. A quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque gerou a maior recessão financeira até então conhecida. Com ela, vários empresários faliram, muitos outros se suicidaram, além de gerar uma massa de desempregados, dentre outros problemas sociais, dela resultantes.

Como reação, o presidente Franklin Delano Roosevelt desenvolveu o programa conhecido como *New Deal* (Novo Acordo ou Novo Trato), baseado em maior intervenção do Estado na economia e no investimento público em políticas sociais, a fim de movimentar o mercado norte-americano, já que com essas medidas os desempregados continuaram com certo poder de compra, decorrente do subsídio de desemprego; os doentes e inválidos recebiam subsídios previdenciários; os idosos passaram a ter o direito à aposentadoria e; aos trabalhadores foram outorgadas garantias junto aos seus empregadores, tais como limitação de jornada de trabalho, pisos salariais, dentre outras.

Importante destacar que a Suprema Corte dos EUA, em diversos casos, declarava inconstitucional as medidas sociais adotadas, fundamentando suas decisões no preceito da “livre iniciativa” e da “liberdade contratual”. Contudo, após muita pressão social e do Presidente Roosevelt, a Corte passou a acolher as políticas sociais do *New Deal* e, a partir de então, os EUA adotaram a política do

---

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 578-579.

bem-estar social, embora em nível mais modesto em relação a outros países ocidentais, já que sua Constituição é eminentemente liberal, não fazendo alusão a valores sociais, salvo pela cláusula genérica da igualdade (Emenda 14).

Pode-se verificar que até mesmo os EUA, liberal desde a sua formação, se viu forçado a implementar políticas públicas para assegurar aos indivíduos condições mínimas para uma vida digna através de prestações estatais, típicas das sociais-democracias. Inclusive, diante de forte pressão popular e em virtude da crise no seu setor de saúde, que não é universalizado como o brasileiro, em 23 de março de 2010, foi sancionada, pelo presidente Barack Obama, a *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA) ou Lei de Proteção e Cuidado ao Paciente, conhecido como *Affordable Care Act* (ACA) ou *Obamacare*, mostrando ao mundo que até mesmo em países onde vigora uma política liberal há uma preocupação estatal em relação à saúde como instrumento para se atingir a dignidade humana.<sup>28</sup>

Após o reconhecimento histórico dos direitos sociais, econômicos e culturais por diversas Constituições no mundo ocidental, o fato que ficou marcado como linha divisória na evolução dos direitos humanos, sem dúvida, foi a II Guerra Mundial, iniciada em 1º de setembro de 1939 e finda aos 02 de setembro de 1945, com a assinatura da rendição do Japão a bordo do encouraçado Missouri, na baía de Tóquio.

---

<sup>28</sup>A estrutura básica do Obama Care

O *Affordable Care Act* (ACA) foi promulgado no dia 23 de março de 2010. Há várias cláusulas que começam a valer em etapas distintas, até 2020. Para os propósitos deste artigo, há quatro elementos essenciais do ACA que merecem nossa atenção:

- Os planos de saúde são legalmente obrigados a fornecer cobertura a *todos* os requerentes, independentemente de seu histórico médico. Para isso, haverá um sistema parcial de "classificação comunal" para os prêmios, o que significa que os planos de saúde terão de estipular seus prêmios baseando-se (majoritariamente) na geografia e na idade dos requerentes, e não no sexo ou nas condições médicas pré-existentes.
- As apólices dos planos de saúde terão de atender a padrões mínimos (chamados de "benefícios essenciais de saúde"), o que inclui *não haver um limite máximo* para indenizações anuais ou vitalícias das empresas seguradoras para uma apólice individual.
- Absolutamente todos os cidadãos dos EUA são obrigados a comprar um plano de saúde. Haverá isenção apenas para determinados grupos religiosos. Os mais pobres que se declararem incapazes de arcar com os custos dos prêmios receberão subsídios do governo federal. Haverá também "mercados de intercâmbio de planos" em nível estadual para auxiliar estes indivíduos. Haverá uma "obrigatoriedade aos empregadores" que penalizará empresas com mais de 50 empregados caso elas não paguem os planos de saúde de seus empregados que trabalham em tempo integral — no caso, aqueles que trabalham 30 horas ou mais por semana. (MURPHY, Robert P. O *básico sobre o Obamacare*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1744>>. Acesso em: 10 maio 2016.)

Inúmeros acontecimentos destroçaram a proteção dos direitos humanos no cenário internacional com as duas Grandes Guerras, na medida em que já na I Guerra Mundial (1914-1918) houve mais de oito milhões de mortos e na II Guerra Mundial (1939-1945) mais de quarenta e cinco milhões de perdas de vidas humanas, o que chamou a atenção de toda a comunidade internacional para a necessidade imediata de se construir todo um sistema universal de proteção dos direitos humanos.

Terminada a II Guerra Mundial, os países vencedores criaram, na cidade de Nuremberg, um Tribunal para julgar os nazistas pelos crimes contra a humanidade por eles praticados. A criação desse Tribunal foi criticada por diversos juristas, já que seria um “tribunal de exceção” instituído *ex post facto*, pois não havia base legal prévia apta a justificar sua instalação. De fato, a legalidade da criação desta Corte é questionável, mas o que estava em julgamento era a condenação de um regime (nazismo) que praticou diversos crimes contra a humanidade. Isto é, não se tratava de julgamento puramente jurídico, mas sim um tribunal de guerra que apresentou à comunidade internacional robustas provas das atrocidades cometidas pelos nazistas e condenou aqueles que de alguma forma contribuíram para a concretização daqueles fatos.

As sentenças proferidas pelo Tribunal de Nuremberg receberam diversas críticas por violarem princípios básicos de direito penal, mas representou o surgimento de uma nova ordem mundial, na qual a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor suprapositivo, acima da lei e do próprio Estado. A partir do julgamento de Nuremberg, qualquer violação à dignidade da pessoa humana praticada como política de estado passou a ser considerada como desrespeito à humanidade como um todo.

Destaca-se que diversos réus que ocupavam cargos de destaque na estrutura de poder do Terceiro Reich foram condenados por cumprirem as leis nazistas. A questão era saber até que ponto os acusados deveriam ser responsabilizados por suas decisões, na medida em que estavam cumprindo a lei, considerando ainda que a mentalidade jurídica dominante à época impunha ao interprete do direito a

aplicação da lei sem qualquer juízo de valor acerca da mesma ser justa ou injusta, como determina a teoria positivista ideológica. Assim, as “Leis de Nuremberg”, por mais odiosas que fossem, seriam normas válidas, segundo o ordenamento jurídico alemão. Logo deveriam ser cumpridas, apesar de seu conteúdo desumano.<sup>29</sup>

Dessa forma, os juízes do Terceiro Reich não poderiam fazer qualquer questionamento acerca do conteúdo das normas do sistema jurídico vigente, devendo aplicá-las. Essa questão foi levantada pelas defesas no julgamento de Nuremberg, levantando o dilema: como condenar juízes que nada mais fizeram do que respeitar o juramento de cumprir as leis de seu país?

Mesmo assim, alguns juízes foram condenados por colaboração e participação no regime nazista. O julgamento de Nuremberg representou a vitória da dignidade da pessoa humana enquanto valor suprapositivo, impulsionando uma nova corrente filosófica pós-positivista. Assim, pode-se afirmar que os direitos humanos como hoje compreendidos surgem como reação ao holocausto e às demais barbáries perpetradas durante a II Guerra Mundial.

A primeira manifestação dessa proteção mostrou a sua face com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo base para outros diplomas internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Com esses documentos buscou-se a restauração da doutrina dos direitos humanos.

Concluída essa abordagem histórica da evolução dos direitos humanos, passaremos a pontuar as influências que a II Guerra Mundial gerou no pensamento jurídico através do trato da doutrina pós-positivista e da teoria dos direitos fundamentais formulada a partir de então, além de estabelecer algumas classificações úteis que dão suporte teórico para a pesquisa central deste trabalho.

---

<sup>29</sup> Sobre o positivismo ideológico, George Marmelstein afirma que “o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo.” (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 10).

## 2. 2 DO PÓS-POSITIVISMO E SUA INFLUÊNCIA NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preliminarmente, é relevante assentar que não se confunde o pós-positivismo com o neoconstitucionalismo, na medida em que este reside em fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, ao passo que o pós-positivismo perfaz paradigma filosófico que não dissocia o direito da realidade e a sua aplicação não se concretiza via silogismo.

As influências da II Grande Guerra no reconhecimento dos direitos humanos foram destacadas no subcapítulo supra. Se o objeto principal da presente dissertação se circunscrevesse aos direitos humanos, certamente, um capítulo inteiro haveria de ser reservado para maiores considerações. Não obstante, a opção feita para a apresentação das pesquisas, determinou que se partisse para a observação e consequências da construção do pós-positivismo e do denominado neoconstitucionalismo, se é que já vivemos em uma nova etapa do constitucionalismo.

Assim, tem-se que, finda a II Guerra Mundial os juristas europeus, em especial os alemães, se viram em crise de identidade, típica de uma fase de transição, na medida em que o nazismo fez cair por terra o positivismo de kelseniano<sup>30</sup>, aceito pelos juristas de maior prestígio até aquele momento. Como bem assinala Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento:

A teoria jurídica, ao longo do século XIX, realizara movimento em direção à secularização, à positivação e à sistematização do direito. Ao final desse processo, a sua vertente hegemônica passou a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen é a expressão máxima dessa concepção. Na perspectiva, não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo particular de cada ordenamento, no sentido de verificar sua

---

<sup>30</sup> “Com os pilares teóricos fixados no método positivista é que Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, que aparece como edição completa pela primeira vez em 1934 pela editora vienense F. Denticke) procurou delinear uma Ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa. Assim, alhear o fenômeno jurídico de contaminações exteriores a sua ontologia seria conferir-lhe cientificidade. Nesse sentido, o isolamento do método jurídico seria a chave para autonomia do Direito como ciência. Dessa forma, por meio das ambições de sua teoria, ter-se-ia uma descrição do Direito que correspondesse a uma descrição pura do Direito.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 398)

compatibilidade com as normas morais. A justiça ou a injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria afeto à Ciência do Direito.<sup>31</sup>

Destaca-se que Hans Kelsen não era nazista, mas um democrata que foi perseguido pelo regime de Hitler, contudo, sua teoria, muito embora distorcida, deu fundamento jurídico para justificar as atrocidades cometidas contra os judeus e outras minorias. Isso porque, segundo a “Teoria Pura do Direito” era vedada uma discussão acerca do conteúdo da norma, não cabendo ao jurista tecer qualquer juízo de valor acerca do direito posto. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. Inclusive, esses foram os fundamentos das defesas dos defensores dos nazistas no Tribunal de Nuremberg, segundo os quais, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo a lei e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade.

O pós-positivismo é o marco filosófico do novo direito constitucional que traz ao debate a convergência das duas grandes correntes de pensamentos que dão sustentáculo ao Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Apesar de, inicialmente, opostos em suas raízes, passam a se complementarem a partir desse momento, como bem identificado por Albert Calsamiglia:

En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.<sup>32</sup>

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão, transformando-se na filosofia natural do Direito e fundava-se na ideia de princípios de justiça universalmente reconhecidos, impulsionando as revoluções do século XVIII, atingindo seu ápice com as Constituições escritas e as codificações. No final do século XIX, o direito natural passou a ser visto, por grande parte dos pensadores daquela época, como metafísico e anticientífico, propiciando a ascensão do positivismo jurídico que, na ânsia de buscar maior cientificidade ao Direito, o equiparou à lei, afastando, com isso, discussões filosóficas, políticas, de justiça, por

---

<sup>31</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 200.

<sup>32</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa, n. 21, 1998, p. 209.

exemplo, do debate jurídico. Essa corrente filosófica predominou até a primeira metade do século XX, cuja decadência, como já mencionado, está atrelada à derrocada dos regimes nazista, na Alemanha e, fascista, na Itália, que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade, muito embora, indispensável ressaltar que esses regimes rejeitavam o compromisso da legalidade, importante dimensão do positivismo, “concebendo o direito em nome da preservação do ‘espírito do povo’ e da realização dos interesses do *Reich*”.<sup>33</sup>

Tudo caminhava no sentido do renascimento do direito natural e o sepultamento do positivismo na segunda metade do século XX, mas não foi isso que se verificou, haja vista que o direito natural, baseado na fundamentação metafísica, não se sustentava nas sociedades plurais, nas quais apresentavam inúmeras concepções acerca do bem, da noção de justiça e com diversas identidades particulares. Diante disso, o resgate ao direito natural foi abandonado, mas, o que se verificou, de fato, foi a releitura ou reformulação do direito positivo clássico, trazendo valores, especialmente a dignidade humana, para dentro do direito positivo. Assim, pode-se afirmar que o direito natural foi positivado, surgindo um novo paradigma jusfilosófico, mas adiante denominado pós-positivista<sup>34</sup>.

Em face desse desencadeamento, a corrente jusfilosófica, chamada de pós-positivista, ou positivismo ético, passou a incorporar à ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o Direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. Nesse sentido são as lições de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento:

O pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pelo caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 200.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 201.

Portanto, o pós-positivismo se caracteriza por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, além de exigir da norma jurídica o tratamento igualitário entre os seres humanos e o respeito à dignidade.

Para Robert Alexy, essa nova corrente pretende aproximar o direito da ideia de justiça e que nenhum ato será conforme o Direito se for incompatível com os direitos fundamentais<sup>36</sup>.

Essa nova concepção não abre mão do normativismo, mas o intérprete deve interpretar a norma de modo que os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia privada, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, dentre outros, se mostrem vinculativos como qualquer outra norma, não se limitando a um caráter ideológico-programático, o que representa uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista.

Luís Roberto Barroso assinala que o pós-positivismo traz a revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação da democracia, não se limitando à legalidade estrita, sem, contudo, desprezar o direito posto, além de procurar uma releitura da Constituição e das leis, sem recorrer a categorias metafísicas. Esse novo pensamento se utiliza dos valores na interpretação jurídica, reconhecendo a normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica e; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais pautada na dignidade da pessoa humana, reaproximando o Direito e a Ética.<sup>37</sup>

No Brasil, Miguel Reale, em sua “Teoria Tridimensional do Direito”, elaborada nos anos 60, já afirmava que o Direito é fato, valor e norma. Assim, os princípios passam de meros conselhos morais para alçar status de verdadeiras normas

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 36.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271-272.

jurídicas de posição privilegiada no sistema.<sup>38</sup> Nessa esteira, Ricardo Lobo Torres destaca que:

De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias.<sup>39</sup>

Fundados nos paradigmas pós-positivistas, a maioria das Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira de 1988, permitem ao intérprete manter a premissa básica do positivismo (ausência de ligação entre direito e moral), haja vista que os próprios ordenamentos passaram a positivizar princípios com forte conteúdo moral, elevando-os ao mais alto escalão da hierárquica normativa, permitindo o reconhecimento da penetração da moral no processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Como assinalado por grande parte da doutrina, o pós-positivismo está umbilicalmente ligado ao neoconstitucionalismo, o qual envolve a modificação no tipo das constituições e dos correspondentes institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente, associando-se a diversos fenômenos interligados, tanto no campo empírico como na dogmática jurídica. Como bem sistematizado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, para essa nova corrente há:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva. São Paulo, 2010, p. 509.

<sup>39</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005, p. 41.

e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.<sup>40</sup>

Assim, em suma, pode-se concluir que com neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional tem a gênese nesse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito, no qual, os princípios passam a ter forte conteúdo ético-valorativo; a teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas; a Constituição passa a ser o ambiente mais propício à existência de princípios e; por isso, a Constituição passou a ocupar papel de destaque na ciência do Direito.

Esse foi o principal modelo constitucional adotado pelas democracias ocidentais após a II Guerra Mundial, trazendo forte teor axiológico através da inserção de cláusulas abertas com indeterminações semânticas – tendo em vista o grande número de princípios estabelecidos nas constituições contemporâneas – o que importou no estabelecimento de nova hermenêutica jurídica. Isso porque, em face dos compromissos assumidos pelas cartas políticas, marcadas pelo pluralismo axiológico, surge uma colisão de direitos fundamentais quando de sua aplicação, o que ensejou o desenvolvimento da técnica da ponderação, o usual manejo do princípio da proporcionalidade no âmbito judicial, além do desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, incorporando elementos que o positivismo clássico desprezava, como a natureza moral ou atreladas à esfera empírica subjacente às normas.<sup>41</sup>

Dentro desse cenário, o Poder Judiciário ganhou papel de destaque, não mais concebido como a “boca que pronuncia as palavras da lei”, nas palavras de Montesquieu, mas como ator principal que, a todo momento é chamado para solucionar as querelas patrocinadas em grande parte por aquele grupo político ou social que sucumbiu na esfera legislativa.

De acordo com a concepção neoconstitucional, a separação dos poderes, que inicialmente impunha limites rígidos para atuação do Poder Judiciário, dá espaço a

---

<sup>40</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 202.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 203.

outras concepções que conferem o protagonismo a esse poder para a defesa dos valores constitucionais, salvaguardando as minorias das maiorias parlamentares momentâneas e, com isso, restringindo os poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais, com a fiscalização de juízes não eleitos, o que fortalece a centralidade da Constituição e o papel criativo da jurisprudência.

À guisa de arremate sobre as bases do neoconstitucionalismo, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento concluem:

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre portas do Direito para o debate moral. No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas elas se tornam mais tênues e porosas, à medida que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de Justiça, que passam a ser considerados como normas vinculantes.<sup>42</sup>

Assim, tem-se que a ordem jurídica constitucional de diversos Estados ocidentais foi centrada na dignidade da pessoa humana, surgindo uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, cujas premissas são: a crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; a defesa da posituação constitucional dos valores éticos; a crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios e; o compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade.

Contudo, esse movimento político-jurídico centrado no Poder Judiciário, sobre o qual se deposita as expectativas na concretização dos ideais incorporados nas constituições contemporâneas, sofre diversas e ponderadas críticas.

Primeiramente, a crítica democrática ao neoconstitucionalismo está assentada na ideia de que os juízes não são eleitos como os membros do

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 203-204.

Parlamento e do Executivo. Contudo, essa crítica leva em conta que compete ao Judiciário fiscalizar o respeito às regras do jogo democrático e, assim, viabilizar a participação igualitária dos cidadãos, dos direitos básicos e proteção às minorias estigmatizadas. O grande problema é a dosagem, pois a limitação de algumas vontades das maiorias pode estar fundada no respeito à própria democracia substantiva, o exagero na dose pode configurar decisão antidemocrática, haja vista o cerceamento demasiado da vontade do povo de se autogovernar.

Tem-se ainda muito criticado o uso dos princípios em detrimento das regras. Nesse ponto, Humberto Ávila destaca que, no caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 possui princípios e regras, portanto, não adotou um modelo exclusivo de prevalência dos princípios, mas atribuindo a cada qual sua função dentro do ordenamento.<sup>43</sup>

O citado doutrinador afirma que, sob um aspecto quantitativo, a Constituição da República de 1988 é uma “Constituição regulatória” e não uma “Constituição principiológica”, como propalado, pois a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras, em vez de princípios, tanto que a Lei Maior é classificada como analítica, tendo em vista que é detalhista e pormenorizada, características vinculadas à existência de regras em vez de princípios. Essa escolha do constituinte se justifica pois, quando se prescreve os modais deônticos do que é permitido, obrigatório ou proibido reduz-se as incertezas e as arbitrariedades, proporcionando previsibilidade para a maioria das situações.

Como já mencionado, regras e princípios possuem funções distintas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é defeso afirmar que existe a primazia de um sobre o outro. Ainda, porque, os princípios constitucionais não têm o condão de afastar a aplicação de regras constitucionais imediatamente aplicáveis, posto que situadas no mesmo plano. Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que:

(...) as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que

---

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 17, 1º trim. 2009, p. 1.

bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra.<sup>44</sup>

E para concluir esse argumento, o citado autor traz o seguinte exemplo:

(..) se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.<sup>45</sup>

Já nas hipóteses de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais atuam como vetores de interpretação, com o objetivo de bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Dessa feita, o intérprete somente poderá deixar de aplicar determinada regra tão somente nas hipóteses em que esta for inconstitucional ou sua aplicação for irrazoável, não podendo levar em conta o fato de não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese.<sup>46</sup>

Portanto, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro é integrado por regras e princípios, com funções eficaciais totalmente distintas, cada qual com sua atribuição institucional.

Outra crítica que deve ser considerada diz respeito ao uso indiscriminado da ponderação em detrimento da subsunção, acarretando manifesta anarquia metodológica, nutrindo um decisionismo judicial e gerando insegurança jurídica.

De forma geral, para a corrente neoconstitucionalista, a ponderação sempre poderá ser aplicada como técnica de interpretação quando princípios constitucionais forem utilizados como fundamento de uma decisão, principalmente no que tange a direitos fundamentais. Ocorre que, o paradigma da ponderação não pode ser

---

<sup>44</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>46</sup> Ibidem, mesma página.

utilizado como critério geral para aplicação do ordenamento jurídico por diversas razões.

Primeiramente, porque isso levaria a um “antiescalonamento” da ordem jurídica, já que as variadas esferas de concretização da norma cederiam lugar a um só nível, a Constituição, na medida em que, em virtude de sua abrangência, os princípios constitucionais sempre poderão servir de fundamento de validade para uma decisão, desprezando os demais níveis de concretização normativa.<sup>47</sup>

Em segundo lugar, a adoção da ponderação como critério geral aniquilaria com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa. Sobre o tema, Humberto Ávila assinala que:

Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo.<sup>48</sup>

E esse mesmo autor arremata:

Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação.<sup>49</sup>

Não é forçoso concluir que o paradigma da ponderação proporciona demasiado subjetivismo, prejudicando, sobremaneira, o caráter heterolimitador do Direito, além da perda substancial de sua normatividade. Assim, para que se viabilize a utilização do paradigma da ponderação é indispensável percorrer todo o caminho interpretativo. Caso contrário, sem a observância desses requisitos, a ponderação não pode ser considerada uma técnica jurídica, como destaca Humberto Ávila:

---

<sup>47</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>48</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 9.

E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.<sup>50</sup>

Finalmente, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento fazem importante ressalva na aplicação dos paradigmas introduzidos pela corrente neoconstitucionalista:

Estas objeções são importantes e devem ser levadas a sério. Concepções radicais do neoconstitucionalismo, que endossem a opção por um “governo de juízes” ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo. Tampouco se deve respaldar a hiperconstitucionalização do Direito, que suprima espaço necessário para o desenvolvimento da política majoritária. Porém, deve ser louvado um novo constitucionalismo que, sem desprezar o papel essencial das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação das normas constitucionais pelo ordenamento, a invocação fundamentada e racional dos princípios jurídicos, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia.<sup>51</sup>

Essas considerações iniciais são indispensáveis para delimitar os novos paradigmas de aplicação das Constituições contemporâneas, inclusive em relação aos direitos fundamentais, além de apontar as críticas e distorções de sua aplicação, principalmente no que diz respeito às relações privadas de saúde que serão abordadas ao longo desta pesquisa.

## **2. 3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Como trazido nos subcapítulos anteriores, a dignidade da pessoa humana, a partir das Constituições democráticas do pós-guerra, foi alçada como valor jurídico fundamental e axioma norteador de toda produção legislativa e interpretativa a partir de então.

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>51</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-206.

A dignidade da pessoa humana e a limitação do poder sempre fizeram parte da consciência humana. Contudo, a noção de liberdade nas sociedades mais antigas não era a mesma que se tem contemporaneamente, pois se aceitava, por exemplo, a escravidão, assim como a noção de igualdade entre homem e mulher é objeto de muitos debates. As sociedades antigas conheceram os direitos do homem, mas não os direitos fundamentais.

Destaca-se ainda que a sociedade contemporânea está longe de respeitar os valores básicos de uma vida digna, ainda que reconhecidos oficialmente como normas jurídicas merecedoras de uma proteção especial. Pode-se constatar, por exemplo, (a) trabalho escravo no Brasil; (b) até pouco tempo as mulheres não tinham direitos políticos; (c) os casais homossexuais são discriminados, não podendo adotar filhos, ou até mesmo a prática considerada como crime; (d) os “julgamentos” e torturas praticadas em Guantánamo e em Abu Ghraib; (e) milhões de seres humanos em estado de miséria absoluta, dentre outras situações ofensivas a direitos essenciais.<sup>52</sup>

Assim, tem-se que nem a sociedade antiga era tão cruel, tampouco a sociedade contemporânea é composta por seres humanos virtuosos que respeitam os direitos humanos.

Não havia direitos fundamentais na Antiguidade, nem na Idade Média, nem durante o Absolutismo, haja vista que não era possível exigir o cumprimento das normas pelos governantes por eles impostas. Determinados direitos somente podem ser adjetivados como fundamentais quando se admite a ideia de que esses preceitos possibilitam a limitação jurídica do poder político, o que só se verificou com o surgimento do Estado de Direito, por volta do século XVIII.

Com o final da II Grande Guerra e a ascensão de uma nova dogmática no trato do indivíduo, a dignidade humana passou a se materializar em diversas declarações de direitos, tratados internacionais e constituições, tornando-se grande consenso ético do mundo ocidental.

---

<sup>52</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 30-31.

No entanto, diante da vagueza da expressão, não é raro observar a sua invocação por ambas as partes em conflito, cada qual, postulando o respeito à sua dignidade, sempre sob a ótica, valores e convicções individuais. Esse princípio-guia vem sendo utilizado como uma espécie de “varinha mágica”, bastando sua invocação sem qualquer esforço argumentativo, o que vem contribuindo para a criação de um ambiente de insegurança jurídica. Ainda mais quando se está tratando de princípios, que perfazem termos vagos e indeterminados, os quais carecem de intermediações concretizadoras por parte do legislador ou do juiz para balizá-los e aplicá-los de forma adequada.

Portanto, é indispensável que a doutrina determine a natureza jurídica e o conteúdo da dignidade da pessoa humana para que se previna o aparecimento de fissuras no sistema jurídico.

É assente na doutrina que foi Immanuel Kant o filósofo que mais contribuiu para o desenvolvimento no trato da dignidade humana. Para esse filósofo o homem é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado como meio ou instrumento de outrem, como se verifica de seus escritos:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como um fim*.<sup>53</sup>

Inclusive, Michael Sandel, analisando a doutrina de Kant, traz a diferença entre pessoas e coisas ao afirmar que: “Pessoas são seres racionais. Não têm um valor absoluto, um valor intrínseco. Ou seja, os seres racionais têm dignidade.”<sup>54</sup>

E Kant *apud* Michael Sandel na formulação do imperativo categórico conclui:

Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim.

<sup>53</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 68.

<sup>54</sup> SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias Maria Alice Máximo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 155

Contudo, ainda sob uma perspectiva kantiana, a dignidade da pessoa humana não se limita à vedação do indivíduo ser tratado como meio, mas também se preocupa em assegurar que o homem possa agir com liberdade, sem interferências diretas de terceiros, tanto de caráter econômico, quanto interferências internas decorrentes de vícios. Nesse sentido, Jorge Miranda pontua que a “A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.<sup>55</sup>

Dessa feita, pode-se afirmar que qualquer interferência na liberdade do homem em tomar suas decisões e que vise cercear sua capacidade racional, viola sua dignidade. Ocorre que, a dignidade da pessoa humana não pode ser tratada como princípio absoluto, prevalente quando em colisão com outros, como leciona Robert Alexy:

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.

[...]

Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.<sup>56</sup>

Robert Alexy ainda pontua que a norma da dignidade humana pode ser tratada ora como princípio, ora como regra. O conteúdo da regra da dignidade humana é determinado pela relação de sua preferência em face de outros princípios. O princípio não é absoluto, mas a regra “em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”<sup>57</sup>

E ao final conclui que:

---

<sup>55</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. 4, p. 170.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 113.

Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios.<sup>58</sup>

Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmiento concebe a dignidade da pessoa humana como preceito não absoluto, ainda mais em sociedades hipercomplexas como a brasileira e, assim justificou sua assertiva, exemplificando com a conhecida problemática das condições dos presídios brasileiros:

Em primeiro lugar, porque não vejo como conciliar a ideia da dignidade humana como um princípio com amplo raio de incidência e capacidade para incidir diretamente em vastos domínios da vida social, como o seu caráter absoluto. A adoção simultânea das duas posições gera problemas insuperáveis do ponto de vista prático, como bem destacou Dieter Grimm. E, na perspectiva da própria proteção da dignidade humana, me parece preferível concebê-la como um princípio de amplo espectro de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita.

Por outro lado, a afirmação do caráter absoluto do princípio da dignidade, embora confortável do ponto de vista retórico, conduz, na prática, a resultados que poucos aceitariam. Veja-se a questão do sistema prisional brasileiro. No Brasil contemporâneo, a prisão importa, na prática, em grave violação à dignidade humana do preso, que tem de se sujeitar, quase sempre, ao encarceramento em condições desumanas e degradantes, que são generalizadas em nosso sistema carcerário. Não tenho dúvidas de que esse fator tem de ser considerado pelos juízes por ocasião da decisão sobre a decretação da prisão provisória e no momento de aplicação da pena – o que a maioria, infelizmente, não faz. Afinal, se nas democracias constitucionais a prisão tem de ser usada como *ultima ratio* em razão do valor da liberdade de ir e vir para a pessoa humana, no atual cenário de degradação generalizada dos cárceres, a medida só deveria ser empregada em situações realmente excepcionais. Também estou convencido de que o Poder Judiciário tem o dever de intervir em políticas públicas estatais para determinar a melhoria nas condições do sistema prisional visando ajustá-las aos imperativos da dignidade humana, mesmo quando isto importe em imposição de obrigações positivas custosas aos entes públicos, como reforma das prisões, criação de novas vagas etc. É que estes são gastos absolutamente prioritários, e sua realização pelo Estado não é discricionária, mas constitucionalmente impositiva. Trata-se, aliás, do que reconheceu recentemente o STF, por unanimidade.<sup>59</sup>

Porém, conceber o princípio da dignidade humana como absoluto demandaria, nessa questão, bem mais do que isso: exigiria que fossem soltos desde já todos aqueles que estivessem em condições degradantes, se não fosse possível transferi-los imediatamente para estabelecimentos em condições condignas, independentemente de sua periculosidade. Impediria, de modo cabal, a decretação de novas prisões, a não ser quando fosse possível assegurar que as condições de encarceramento dos novos detentos seriam dignas. Não o fazer é aceitar a ponderação da dignidade

---

<sup>58</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>59</sup> RE 592.581, STF, Tribunal Pleno, Re. Min. Ricardo Lewandowski, J. 13.08.2015.

humana dos presos com o interesse social na preservação da segurança pública. Acho que muito poucas pessoas iriam tão longe, negando de modo absoluto qualquer possibilidade de ponderação nessa questão. Conquanto bastante liberal em matéria penal, eu não vou tão longe.

Enfim, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, não me parece viável sustentar o caráter absoluto de um princípio que tem a pretensão de disciplinar tantas questões e dimensões das relações sociais.<sup>60</sup>

Para Antonio Junqueira de Azevedo<sup>61</sup>, a expressão “dignidade da pessoa humana”, na seara jurídica, é fato histórico recente, perfazendo conceito indeterminado e, quando utilizada em norma, especialmente constitucional, perfaz princípio jurídico, assim como está disposto no art. 1º, III, da Constituição brasileira de 1988, no Título “Dos Princípios Fundamentais”.<sup>62</sup>

O referido autor traz exemplos de como a expressão, com poucas diferenças, é largamente utilizada em diversos instrumentos normativos, tais como: (1) na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), tanto em seu primeiro considerando, quanto em seu primeiro artigo: “Considerando que o reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana* e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. E art. 1º: “Todos os homens nascem *livres e iguais em dignidade e direitos*. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”; (2) na Constituição da República Italiana (1947): “Todos os cidadãos têm a *mesma dignidade social* e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais” (art. 3º, 1ª parte); (3) na “Lei Fundamental” da Alemanha (1949): “*A dignidade do homem é intangível*. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público” (art. 1.1) e; (4) na Constituição da República portuguesa, lei fundamental que muito inspirou a nossa Carta Política de 1988, quando dispôs que: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 96-97.

<sup>61</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 797: 11-26, 2002.

<sup>62</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III - a dignidade da pessoa humana;

solidária” (art. 1º). E: “Todos os cidadãos têm a mesma *dignidade social* e são iguais perante a lei” (art. 13º, 1ª alínea).<sup>63</sup>

Esse mesmo autor critica a concepção de dignidade vista sob a ótica de uma “autonomia” individual, visto que, a despeito de duvidosa, não é absoluta e acaba sendo vista apenas como “qualidade de vida” a ser decidida subjetivamente, o que não bastaria. Ainda, para o referido teórico, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana pressupõe a vida como condição objetiva, reconhecendo a sua intangibilidade, tida, no seu entender, como preceito jurídico absoluto. E, como consequência lógica, aponta que a dignidade dá fundamento jurídico à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais), assim como dá suporte aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária. E conclui que os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, aos meios mínimos ao exercício da vida e da liberdade e, convivência igualitária), a despeito de fundamentais, são imperativos jurídicos relativos.<sup>64</sup>

Luís Roberto Barroso identifica a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico de status constitucional que integra parte do conteúdo dos direitos fundamentais, desempenhando diferentes papéis em um ordenamento jurídico, dentre eles destacam-se: (a) o de fonte direta de direitos e deveres e; (b) o interpretativo. Assim, no primeiro caso, o conteúdo da dignidade traz a vedação de aplicação de penas cruéis, por exemplo, ainda que não haja regra de conduta expressa que a proíba. De outro lado, em relação ao seu conteúdo interpretativo, serve para indicar o alcance dos direitos constitucionais, além de viabilizar a solução de aparentes colisões entre direitos fundamentais, lacunas no ordenamento e ambiguidades.<sup>65</sup>

O princípio jurídico da dignidade humana, como fundamento da República e princípio-guia de todo o ordenamento jurídico brasileiro, pressupõe a intangibilidade da vida humana, haja vista que sem vida não há pessoa e sem esta não há

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>64</sup> Ibidem, p.19.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

dignidade. Contudo, para a concretização desse princípio, como de qualquer outro, exige-se um trabalho de modelação para adaptação ao fato jurídico, a fim de compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra.

De forma geral, a doutrina reputa como inviável alcançar uma fórmula abstrata e genérica que expresse, de forma categórica, o conteúdo da dignidade da pessoa humana. No entanto, pretende-se buscar uma definição minimamente objetiva com o condão de conferir segurança jurídica e evitar que a dignidade da pessoa humana seja utilizada como argumento meramente retórico ou que permita fundamentar teses diametralmente opostas. Assim, a despeito de seu conceito aberto, são pertinentes as conclusões de Daniel Sarmiento acerca das funções e do conteúdo da dignidade da pessoa humana, aproximando, inclusive, de sua aplicação no plano fático:

A concepção de pessoa vigente em nossa ordem jurídica é a do ser humano como fim em si, dotado de razão e capaz de exercitar sua autonomia. Mas se trata de pessoa encarnada, que também tem corpo e sentimentos, que experimenta necessidades materiais e psíquicas e está enraizada numa cultura, imersa em relações intersubjetivas que são essenciais para o desenvolvimento da sua personalidade. Essa noção é importante para a definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana que, no sistema constitucional brasileiro, envolve quatro componentes fundamentais: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento intersubjetivo.

O princípio da dignidade, que tem campo de incidência extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetros de critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição. A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direta do princípio da dignidade sobre a ordem jurídica e relações sociais.

Em que pese a sua relevância ímpar, o princípio da dignidade da pessoa humana não possui natureza absoluta, sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações. Há, porém algumas concretizações da dignidade humana que são absolutas, como a vedação da tortura. De todo modo, quando efetivamente implicada em conflito principiológico, a dignidade humana tende a assumir peso muito elevado, o que a leva a prevalecer quase sempre nos processos ponderativos.<sup>66</sup>

Reconhecendo essas funções, a Constituição brasileira de 1988, de forma inédita, positivou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República

---

<sup>66</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98-99.

(art. 1º, inciso III), reafirmando o papel do Estado em proporcionar o bem-estar dos cidadãos, a eles assegurando condições políticas, sociais, econômicas, jurídicas para a inclusão social do indivíduo na comunidade em que se encontra inserido.<sup>67</sup>

Constata-se, portanto, que o constituinte alçou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, estabelecendo-a como valor central de proteção do indivíduo que deve irradiar para todo o sistema, inclusive como critério e parâmetro de valoração para a interpretação do sistema constitucional.<sup>68</sup>

Com finalidade metodológica, nesta pesquisa, concebe-se a dignidade conforme conceito traçado por Ingo Wolfgang Sarlet que, a despeito de seu caráter aberto, proporciona certa objetividade:

Assim, sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>69</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não concebe a dignidade da pessoa humana como um princípio moral, pelo contrário, esse preceito integra o direito positivo constitucional em vigor, além de constituir seu núcleo axiológico central.

---

<sup>67</sup> CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais. dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88

<sup>68</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25-26.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

### **3. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3. 1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Mostra-se indispensável traçar as bases filosóficas e jurídicas dos direitos fundamentais antes de concentrarmos no objeto central desta pesquisa, na medida em que, só assim será possível definir o status que o direito à saúde atingiu no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive para permitir a identificação do regime jurídico e dos métodos de interpretação das normas que regulamentam tanto o direito subjetivo à saúde pública, quanto a sua realização no seio das relações privadas, partindo-se da defesa do consumidor como cânone constitucional

##### **3. 1. 1 AS TEORIAS JUSNATURALISTA E POSITIVISTA COMO JUSTIFICADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Pode-se afirmar que até a II Grande Guerra existiam duas teorias de sustentação dos direitos fundamentais: a teoria jusnaturalista e a teoria positivista.

Segundo a teoria jusnaturalista, os direitos fundamentais são inerentes à existência humana, portanto, independentes de qualquer criação legislativa. Dessa feita, perfazem direitos pré-positivos, ou seja, anteriores à Constituição de um Estado.

A dicotomia entre o direito natural e o direito positivo é antiga. No Direito Romano, por exemplo, o direito natural (*jus naturale*) era o direito comum a todos os homens e animais e o *jus gentium* era o direito comum a todos os homens. A doutrina aponta a trilogia existente em Roma da seguinte forma: *jus naturale* (direito natural); *jus gentium* (direito das gentes) e *jus civile* (direito do cidadão). Nesse contexto o direito natural corresponderia ao *jus gentium* (direito comum a todos os homens e nações) e em contraposição o *jus civile* (direito de todos os cidadãos

romanos), o que corresponde ao direito positivo, enquanto o *jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo.<sup>70</sup>

No mundo Grego houve o desenvolvimento de ideias de um direito natural e de direitos humanos básicos, como a participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles), inclusive, o dramaturgo Sófocles, em sua obra *Antígona* (441 a.C.), defende a existência de normas superiores e imutáveis (direito natural). Platão vislumbrava a lei natural como fonte de produção da lei positiva. Para Aristóteles, se a lei positiva não consagrasse a justiça, deve-se buscar a lei natural e a equidade. Ele também faz a separação de lei particular (determinado povo) e lei comum (todos os povos).

Tanto no judaísmo (aliança entre Deus e seu povo, Aliança com Noé, Abraão, Isaque e Jacó), quanto no cristianismo (em que todos são chamados) também se constata a presença de uma lei natural, fundada na unidade da humanidade e na igualdade de todos os homens em dignidade.<sup>71</sup>

Na Idade Média o direito natural confundia-se com a teologia e moral da Lei Divina (Lei Mosaica e Evangelhos), sendo superior ao direito positivo. Ainda, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, de particular importância foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino:

(...) que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.<sup>72</sup>

A partir do século XVI, com a doutrina dos teólogos espanhóis Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchata, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez, o direito natural ganha relevância e se concebem as primeiras formulações acerca do respeito aos direitos da pessoa humana, destacando-se a liberdade e a dignidade. No século

<sup>70</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*; comp. Por Nello Morra, trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 18.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 267.

<sup>72</sup> Ibidem, mesma página.

seguinte, através das obras do holandês Hugo Grócio, do alemão Samuel Pufendorf, dos ingleses John Milton e Thomas Hobbes, elabora-se o pensamento dos direitos naturais inalienáveis do homem e a submissão das autoridades aos seus ditames.<sup>73</sup>

Já no século XVIII, John Locke (1632-1704) influenciou diversos autores iluministas, em especial os ingleses, franceses e americanos, na medida em que foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais como bens inalienáveis do homem, tais como a vida, liberdade, propriedade e resistência, sendo os mesmos oponíveis, inclusive, contra as autoridades. Contudo, nesse mesmo século, com destaque para Immanuel Kant (1724-1804), na Prússia, Rousseau (1712-1778), na França e Thomas Paine (1737-1809), na Inglaterra e um dos fundadores dos EUA, se atingiu o ápice da doutrina dos direitos naturais e do contratualismo. Essa fase de evolução dos direitos humanos pode ser consolidada na concepção kantiana de que todos os direitos estão abarcados pelo direito de liberdade - direito natural por essência -, limitada apenas pela liberdade dos outros homens.<sup>74</sup>

Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida sintetizam essa teoria ao assentar que:

O Direito Natural surge pela primeira vez na história do pensamento com os gregos. Dessa feita, sua grande contribuição é mostrar a ligação do Direito com as forças e as leis da natureza. Na segunda oportunidade que vem à tona, no século XVII, o Direito Natural aparece como reação racionalista à situação teocêntrica na qual o Direito fora colocado durante o medievo. É a razão humana, independente da fé, que deduz uma natureza humana da qual se extraem direitos naturais.

Deus deixa de ser visto como o emanador das normas jurídicas, ou como última justificação para a existência das mesmas, e a natureza passa a ocupar esse lugar. Trata-se da acentuada passagem do pensamento teocêntrico ao antropocêntrico. A natureza não dá aos homens esse entendimento; é ele mesmo, por meio do uso da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade.

Este novo pensamento prepara as bases intelectuais da Revolução Francesa (1789), que rompe, de modo definitivo e prático, com a teocracia e com o modo assimétrico de estratificação social do *Ancien Régime*, e afirma, categoricamente, os direitos naturais, que serão positivados em declarações.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 268.

<sup>75</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de, *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.

Assim, tem-se que o contorno para o que hoje se denomina direitos fundamentais tem sua origem no direito natural, seguindo-se pela luta histórica contra os regimes de opressão, o que desencadeou uma série de axiomas que, conforme o consenso contemporâneo, devem estar presentes em qualquer sociedade. A laicização do direito natural é fruto da razão humana (Iluminismo) ou razão natural que surge como novo pilar dos direitos humanos fundamentais em lugar do fundamento religioso. A secularização do direito natural se difundiu nos séculos XVII e XVIII como um rol básico de direitos, independentemente da crença religiosa, reconhecido por todos os homens.

Evidentemente que a doutrina jusnaturalista não se esgota no século XVIII e também nos autores aqui mencionados, contudo, essas abordagens nos parecem suficientes para a construção do objeto central a ser desenvolvido neste trabalho.

De outro lado, para a teoria positivista, como já assinalado, os direitos fundamentais só atingem esse patamar na medida em que estejam previstos no ordenamento jurídico de determinado Estado, portanto, indispensável sua previsão no texto legal para a respectiva fruição. O estudo da evolução histórica do positivismo desenvolvido no capítulo anterior já indicou os documentos normativos que reconheceram os direitos dos indivíduos e limitaram o poder estatal desde a Magna Carta de 1215. Dessa feita, aqui não se faz necessária sua reprodução. Sobre essa teoria, Fábio Konder Comparato ressalta que:

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.<sup>76</sup>

Dessa feita, pode-se estabelecer algumas distinções entre direito natural e direito positivo, a saber: (a) o direito natural é universal (eficácia em qualquer parte), o positivo é particular à sociedade política de que surge (eficácia em determinado local); (b) o direito natural é imutável (no tempo e no espaço), o positivo é mutável (no tempo e no espaço); (c) o direito natural surge da natureza humana, por

---

<sup>76</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

intermédio da razão, intuição ou revelação, o positivo surge do Estado; (d) a origem dos direitos do homem não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior e suprema, denominada direito natural.

Posto isso, é possível afirmar que a expressão da natureza humana presente em todos os membros dessa família (comum e universal) não é uma concessão graciosa do direito positivo, portanto, o direito natural existe independentemente de ser reconhecido ou respeitado pelo direito positivo. Já o direito positivo pressupõe um ordenamento jurídico em vigor em determinado país e numa determinada época. É o direito posto, imposto e positivado pelo Estado, ao passo que o direito natural é constituído pelos princípios que servem de fundamento ao direito positivo e que o precedem.

A história nos mostra que aqueles ordenamentos jurídicos que não foram lastreados nos direitos naturais tiveram consequências desastrosas. Importante frisar que ambas correntes de pensamentos não são antagônicas, mas se complementam, haja vista que apenas a partir de uma consciência social pautada por uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que os legisladores e os tribunais encontram respaldo político e social para o reconhecimento de direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista).

### **3. 2 TERMINOLOGIA: OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Nas lições de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução<sup>77</sup>.

Conforme Louis Henkin *apud* Flávia Piovesan os direitos humanos:

---

<sup>77</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979, p. 330.

(...) constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade.<sup>78</sup>

Utilizando-se dos pilares fornecidos por Flávia Piovesan, Paulo Hamilton Siqueira Jr. conceitua os direitos humanos como sendo “*aquelas cláusulas básicas, superiores e supremas que todo indivíduo deve possuir em face da sociedade em que está inserido.*”<sup>79</sup>

Portanto, os direitos humanos são direitos subjetivos universais que cada pessoa humana ostenta para que possa viver de forma digna, sem sofrer qualquer tipo de discriminação, ou seja, são os direitos mínimos para que o homem viva em sociedade com liberdade e dignidade.

A doutrina indica esse rol de direitos por meio de diversas expressões: “liberdades públicas”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos do homem”, “direitos naturais”, “valores superiores”, etc. Contudo, todos esses termos em diversas situações são impropriamente utilizados como sinônimos, já que cada qual tem seu significado particular.

Os direitos humanos são as cláusulas básicas, primárias, superiores e supremas que toda pessoa deve possuir perante a sociedade na qual está inserida. Tem origem em reivindicações morais e políticas que todos almejam perante o Estado; dando ensejo aos “direitos subjetivos públicos” que a cada momento histórico concretiza as exigências de igualdade, dignidade e liberdade humanas.

Para grande parte da doutrina, os direitos humanos reconhecidos pelo Estado denominam-se direitos fundamentais, já que, em regra, estão inseridos em sua Constituição, sendo essenciais num Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais são aqueles jurídico-institucionalizados, garantidos e limitados no

---

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

<sup>79</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3<sup>a</sup> ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

tempo e no espaço, além de se encontrem positivados na Lei Fundamental do Estado. De outro lado, os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos. Para Ana Maria D'Ávila Lopes:

A expressão direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supranacional, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, significando o pré-positivo, o que está antes do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias em cada um deles.<sup>80</sup>

Essa autora traz ainda outra terminologia, ao identificar os direitos fundamentais típicos, como os direitos humanos positivados e os direitos fundamentais atípicos como os direitos humanos não positivados<sup>81</sup>.

George Marmelstein trabalha ainda a distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem:

Foi dito que os direitos fundamentais são normas intimamente ligadas à dignidade humana e à limitação de poder, positivadas na Constituição. Essa ideia, logicamente, não afasta a possibilidade de existência de valores importantes que ainda não foram positivados por algum motivo, mas que também são ligados à dignidade e à limitação do poder. No entanto, nesse caso, os juristas não chamam esses valores de direitos fundamentais e sim de direitos do homem.

Nesse sentido, os direitos do homem seriam valores ético-políticos ainda não positivados. Eles estariam em um estágio pré-positivo, correspondendo a instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo. Aliás, pode-se dizer que eles estão até mesmo acima do direito positivo, conforme ficou decidido pelo Tribunal de Nuremberg.

Para ser mais claro, os direitos do homem possuem um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Não seriam propriamente direitos, mas algo que surge antes deles e como fundamento deles. Eles (os direitos do homem) são a matéria-prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados.<sup>82</sup>

E Marmelstein continua a distinção entre os conceitos das referidas expressões ao afirmar que o conceito de direitos humanos está ligado aos valores positivados no âmbito do direito internacional. Portanto, diante de um pacto ou tratado internacional, deve-se utilizar a expressão direitos humanos e não direitos fundamentais, já que estes se referem a valores ligados à dignidade da pessoa

<sup>80</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 42.

<sup>81</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>82</sup> MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

humana e à limitação do poder estatal positivados no direito interno, geralmente através de normas constitucionais.<sup>83</sup>

Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais referem-se a normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento.

Tanto os direitos humanos, quanto os direitos fundamentais protegem o mesmo objeto e surgem com os mesmos propósitos, no entanto, designa-se de “direitos humanos” aqueles reconhecidos nas declarações e tratados internacionais, já os direitos fundamentais, como mencionado, seriam aqueles positivados em determinado ordenamento jurídico de um Estado.

As expressões se diferem ainda em razão da função que devem cumprir no sistema. Os direitos fundamentais positivados em certo ordenamento jurídico asseguram direitos e consagram um modelo de Estado, viabilizando que esses direitos possam ser reivindicados pela via judicial. De outro lado, os direitos humanos recuperam a ideia de direitos naturais do ser humano e que a lesão a esses direitos não pode ficar restrita no âmbito interno de determinado Estado, merecendo proteção por toda comunidade internacional, inclusive com a condenação do Estado transgressor dentro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Conquanto, o principal traço de distinção não se verifica nos documentos que hospedam: Constituição (direitos fundamentais) e tratados e convenções internacionais (direitos humanos), mas sim sua função. A primeira refere-se à sua função normogénica, isso porque, os direitos humanos servem de fundamento para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos internos, seja através da positivação na Constituição ou pela integração dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A outra função é a translativa, isto

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 24.

é, no caso da inobservância dos direitos fundamentais pela ordem interna de determinado Estado, a questão é deslocada para o cenário internacional, com a possibilidade de condenação do Estado transgressor.<sup>84</sup>

Destaca-se, por fim, que o mesmo direito pode estar contemplado no ordenamento jurídico interno (Constituição) e no âmbito internacional (Tratados e Convenções), o que, em regra, se verifica.

### **3. 3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CLASSIFICAÇÕES**

Sob uma perspectiva semântica ou sintática os termos “direitos” e “fundamentais” vistos de forma isolada mostram-se imprecisos, haja vista a polissemia a eles inerente. No entanto, o corte metodológico traçado pelo intérprete ao delimitar sintaticamente o estudo aos “direitos fundamentais” facilita, sobremaneira, a abordagem semântica, ou seja, o adjetivo “fundamentais” indica que o substantivo “direitos” passa a ser considerado especificamente como o conjunto de prerrogativas e instituições, predispostas a uma finalidade.<sup>85</sup>

Os direitos fundamentais representam direitos subjetivos de seus signatários, isto é, a prerrogativa reconhecida de postular a sua realização dentro de certos limites. A expressão “direitos fundamentais”, numa dimensão objetiva-institucional, integra a própria noção de Estado Democrático de Direito.

O respeito aos direitos fundamentais exprime a forma de ser e de atuar de determinado Estado. Nesse mesmo sentido Willis Santiago Guerra Filho colaciona os estudos de Konrad Hesse e traz que, no direito alemão, os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e uma objetiva, figurando-se um duplo caráter, preconizando que a figura do status é mais adequada do que a do direito subjetivo para caracterizar os direitos fundamentais. A dimensão objetiva é aquela onde os

---

<sup>84</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 24.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 11.

direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve se organizar e atuar. Enquanto situação subjetiva, o status seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde "brotam" as demais, condicionando-as.<sup>86</sup>

Em relação ao adjetivo "fundamentais" verifica-se que se pretende alçar esses direitos a um patamar de essencialidade, inerente à condição humana. Ademais, privar alguém da fruição desses direitos elementares significa privá-lo da própria vida e do direito de pertencer à sociedade na qual está inserido. Acerca da noção do qualificativo da fundamentalidade desses direitos, José Afonso da Silva leciona:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes nem sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.<sup>87</sup>

Adotando essas premissas, Vidal Serrano Nunes Júnior conceitua direitos fundamentais:

(...) como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).<sup>88</sup>

Os direitos fundamentais correspondem a um sistema por representarem unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, isso porque suas normas têm constante interpenetração e devem ser traduzidas através de uma análise sistemática, como, por exemplo, o diálogo indispensável que se dá entre o direito à vida e à saúde; não há que se falar em vida digna sem privacidade e acesso à educação; etc.

---

<sup>86</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: C. Bastos, 1999, p. 39.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 180.

<sup>88</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 15.

Trata-se, ainda, de sistema aberto de regras e princípios, pois os direitos fundamentais não podem ser interpretados distanciando-os do contexto político, econômico e social em que serão aplicados. O conteúdo desses direitos só poderá ser corretamente extraído da norma quando interpretados em comunhão com os influxos da realidade, seja para consubstanciar seu conteúdo ou motivar a eventual resignação deste. Inclusive, Peter Häberle afirma que a interpretação da Constituição carrega consigo a necessidade de uma interpretação constitucional integrada com a realidade.<sup>89</sup> Esse sistema aberto dá espaço à mutação constitucional sem qualquer alteração do texto da Lei Maior, diferentemente do que ocorre com a reforma constitucional, na qual o texto constitucional é formalmente modificado através de processos legislativo com acréscimos, supressões e emendas.<sup>90</sup>

Por fim, o sistema de proteção da pessoa humana prescinde de um arcabouço de regras e princípios, ou seja, normas jurídicas que prescrevem um dever-ser, tendo os princípios como pilares estruturantes de um ordenamento jurídico e o núcleo de diversos setores, além de promover a sua integração com vistas à unidade, elemento caracterizante de qualquer sistema. Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais consistem em um sistema aberto de regras e princípios que interage com a realidade do meio em que está inserido e tem como objetivo a proteção da pessoa humana.

Diante do panorama apresentado, o estudo dos direitos fundamentais pode ser abordado sobre diversos enfoques que serão tratados nos subcapítulos a seguir.

### **3. 3. 1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO ASPECTO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

<sup>89</sup> HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.

<sup>90</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. 1ª ed., textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147 e ss.

Sob a perspectiva conteudística dos direitos fundamentais, pode-se classificá-los considerando os valores que têm o escopo de proteção. Como já tratado nessa pesquisa, há sempre um valor genérico de proteção dos direitos fundamentais que está voltado à dignidade da pessoa humana, a qual se expressa em inúmeras dimensões segundo valores específicos a serem albergados, a despeito de manterem-se conectados à sua finalidade comum.

Portanto, para identificar os direitos fundamentais, temos que, primeiramente aferir sua relação com a dignidade da pessoa humana, a qual objetiva atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais. Assim, a dignidade tem um valor intrínseco, associado à noção de preservação da vida, o que se conecta com a integridade física e psíquica, e outro valor extrínseco, relacionado com a inclusão do indivíduo na sociedade em que está inserido.

Os direitos fundamentais buscam a proteção da dignidade humana à luz da análise do indivíduo em si e na sua relação com o meio social, ou seja, buscam preservar a liberdade do indivíduo e inseri-lo no contexto social, tanto do ponto de vista político, quanto do ponto de vista econômico. Dessa forma, conclui-se que os direitos que incorporem os valores acima indicados encontram-se no patamar da essencialidade, ainda que fora do texto constitucional.

Dentro desse prisma – enfoque sobre o conteúdo – a doutrina classifica os direitos fundamentais em três subcategorias, a saber: (i) direitos fundamentais protetivos da liberdade; (ii) direitos protetivos do indivíduo diante das necessidades materiais e; (iii) direitos protetivos da preservação do ser humano.<sup>91</sup>

Os “direitos fundamentais protetivos da liberdade”, ou, simplesmente, direitos de resistência constituem-se em prerrogativas que limitam o poder estatal em face dos direitos dos indivíduos. Nesse mesmo sentido são as lições de Pablo Pérez Tremps:

---

<sup>91</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev., atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 153-154.

Los derechos de libertad se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo; ello significa que, en cuanto limite, lo que impone básicamente es una actitud de abstención por parte, en Del poder público.<sup>92</sup>

Já os “direitos fundamentais protetivos do indivíduo diante das necessidades materiais” são aqueles que objetivam suprir as necessidades do homem, a fim de lhe proporcionar uma vida digna, compensando as desigualdades sociais. Sobre essa ótica dos direitos fundamentais, ao se pronunciar sobre o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, Carlos Weis afirma que:

São direitos econômicos aqueles relacionados à produção, distribuição e consumo da riqueza, visando especialmente a disciplinar as relações trabalhistas, como os que preveem a liberdade de escolha do trabalho (art. 6º), condições justas e favoráveis, com uma especial atenção que atenda às necessidades básicas do trabalhador e sua família, sem distinção entre homem e mulheres quanto às condições e remuneração do trabalho, higiene e segurança, lazer e descanso e promoção por critério de tempo, trabalho e capacidade (art. 7º), fundar ou se associar a sindicato (que é, na verdade, um direito civil) e fazer greve (art. 8º), segurança social (art. 9º), proteção da família, das mães e das gestantes, vedação de mão-de-obra infantil e restrição do trabalho de crianças e adolescentes (art. 10). Já os direitos sociais e culturais dizem respeito ao estabelecimento de um padrão de vida adequado, incluindo a instrução e a participação na vida cultural da comunidade, como preveem os artigos 11 a 15, destacando-se a proteção contra a fome, o direito à alimentação, vestimenta, moradia, educação, participação na vida cultural e desfrutar do progresso científico, etc.”

Como é perceptível da citação acima, essa perspectiva dos direitos fundamentais perfaz condição para a efetivação dos direitos individuais, além de assegurar direitos subjetivos aos indivíduos, portanto, tendo uma dupla eficácia.

Por fim, os “direitos protetivos da preservação do ser humano”, ou, meramente, direitos de solidariedade dizem respeito à preservação da espécie humana, estritamente ligados ao direito ambiental, direito à paz, direito ao desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, etc.<sup>93</sup>

Dessa feita, pode-se afirmar que o critério material – o conteúdo - para identificarmos os direitos fundamentais se extrai de três valores servientes à

<sup>92</sup> TREMP, Pablo Pérez. *Derecho constitucional*, 2ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch Libros, p. 131.

<sup>93</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev., atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p.154.

dignidade humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social.

### **3. 3. 2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUANTO AO ASPECTO JURÍDICO POSITIVO BRASILEIRO**

Outra abordagem para o estudo dos direitos fundamentais diz respeito à forma como foram positivados. E sob esse aspecto formal, na Constituição do Estado Brasileiro, os direitos fundamentais vêm expressos no Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o qual abrange cinco capítulos: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; Capítulo V – Dos Partidos Políticos.

Extraí-se que o constituinte expressamente alçou os direitos prescritos no Título II da Constituição ao patamar da fundamentalidade, mas em seu artigo 5º, § 2º indicou que esse rol de direitos não é exaustivo, reconhecendo outros direitos com esse mesmo status ao longo do texto constitucional, como se verifica: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dentro dessa perspectiva, o constituinte segregou os direitos fundamentais em: (i) direitos individuais; (ii) direitos coletivos; (iii) direitos sociais, (iv) direitos de nacionalidade; (v) direitos políticos e; (vi) partidos políticos.

De forma objetiva e, observando essa classificação, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior os definem como:

- a) *direitos individuais*, assim entendidos como as cláusulas constitucionais destinadas à limitação do Estado. Sua finalidade é atribuir ao indivíduo direitos de liberdade, fruíveis e reivindicáveis individualmente;
- b) *direitos coletivos*, entendidos como os transindividuais e indivisíveis de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato

(difusos) ou grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (coletivo em sentido estrito), ou ainda os provenientes de origem comum (individuais homogêneos, tidos como formalmente coletivos). Pode-se entender que a expressão *direitos coletivos* alude ainda aos chamados direitos de exercício coletivo, a saber: os direitos de associação e reunião;

c) *direitos sociais*, que, a teor do que dispõe o art. 6º da Constituição Federal, são: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”

d) *direitos de nacionalidade*, entendidos como os derivados do vínculo jurídico-político, que relaciona um indivíduo a um país. Neste capítulo, regra-se a aquisição da nacionalidade primária e da secundária, as hipóteses de perda da nacionalidade, etc.;

e) *direitos políticos*, que substanciam as normas reguladoras da intervenção popular no governo, envolvendo institutos como o direito de sufrágio, as inelegibilidades, os sistemas eleitorais e as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos;

f) *partidos políticos*, cujas regras constitucionais de existência e funcionamento mereceram regulação destacada, onde são regrados aspectos como a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos.

Sob um enfoque positivista dos direitos fundamentais, imperioso destacar que a eles foi atribuída a cláusula de intangibilidade, como prescrito no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição da República<sup>94</sup>, ou seja, os direitos fundamentais reconhecidos pela ordem constitucional instalada em 1988 e aqueles outros introduzidos não podem ser objeto de reforma que visem retroceder as conquistas sociais obtidas, sendo permitido apenas o seu incremento com o reconhecimento de novos direitos que propiciem a melhora na vida dos indivíduos.

Vale mencionar que há na doutrina questionamentos no sentido de que apenas os direitos individuais estariam protegidos pela imutabilidade, posição esta fundada, nos ideais do liberalismo clássico. Dessa feita, partindo dessa premissa, os direitos sociais não teriam recebido a garantia da intangibilidade, haja vista que o dispositivo apenas confere essa prerrogativa aos “direitos e garantias individuais”. Essa interpretação literal da norma constitucional mostra-se superficial e em descompasso com todo o sistema de proteção do indivíduo estabelecido na Constituição da República de 1988. Isso porque, a interpretação do referido dispositivo deve observar a unidade da Constituição e com isso seus princípios

---

<sup>94</sup>Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

fundamentais que são os pilares de sustentação do Estado brasileiro, dentre eles a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o qual integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, portanto, não pode ser objeto de reforma, já que a partir do núcleo essencial da dignidade humana é que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais e, dessa forma, devem receber proteção integral.

No que tange propriamente aos direitos sociais, a doutrina desenvolveu, como será tratado mais adiante, a cláusula do mínimo existencial, a qual traduz um plexo de condições materiais aptas a realizar a dignidade humana e, se algum indivíduo estiver abaixo desse patamar, o mandamento constitucional estaria sendo violado, daí a extensão da proteção da intangibilidade a todos os direitos fundamentais.<sup>95</sup>

Nesse mesmo sentido, Paulo Bonavides destaca que os direitos sociais também fazem parte do núcleo intangível da Constituição, na medida em que encontram-se umbilicalmente ligados à concretização da dignidade, como se lê:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento da Carta Política da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º.

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos *principais* já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável -, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário,

---

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214.

ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.<sup>96</sup>

Portanto, da pesquisa realizada, pode-se afirmar que os direitos sociais também se inserem no rol das cláusulas pétreas como conclusão da interpretação sistemática da Constituição da República que alçou como seu fundamento a dignidade da pessoa humana.

### **3. 3. 3 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O ASPECTO EVOLUTIVO CUMULATIVO**

Como já assinalado, o reconhecimento dos direitos fundamentais se dá através de um processo de expansão e acumulação de diversos níveis de proteção de esferas da dignidade da pessoa humana.

Sob esse enfoque de reconhecimento evolutivo, os direitos fundamentais podem ser classificados em gerações, como proposto por Karel Vasak, tcheco naturalizado francês, que desenvolveu a ideia da “teoria das gerações de direitos”, inspirado pelo lema da Revolução Francesa (liberdade-azul; igualdade-branco; e fraternidade-vermelho).<sup>97</sup>

Dentro dessa classificação, os direitos humanos de primeira geração marcam a transição do Estado autoritário absolutista para um Estado de Direito, consagrando o respeito às liberdades individuais e os direitos políticos, na medida em que o pensamento humanista fez com que o Estado, a partir de então, indicasse direitos que pudessem a ele ser oponíveis, garantindo a liberdade.

Nessa fase, os direitos fundamentais traduzem a ideia de direitos dos indivíduos em face do Estado. Esses direitos impõem ao Estado uma “prestação negativa”, ou seja, exigem uma postura não intervencionista para fortalecer os

---

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed., atual, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 676.

<sup>97</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-78.

direitos à vida, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade religiosa, etc. Desenvolveu-se, portanto, a modalidade própria do Estado Liberal, em verdadeira perspectiva de absentéismo estatal.<sup>98</sup> Para Paulo Bonavides:

(...) os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.<sup>99</sup>

Os direitos denominados de segunda geração constituem como aqueles que, dentro da órbita de proteção do ser humano, referem-se à noção de igualdade, a fim de reduzir o desequilíbrio social. Nessa segunda dimensão foram reconhecidos os direitos sociais, econômicos e culturais com a finalidade de resgatar a noção de igualdade material entre os seres humanos.

Ao invés de abstenção, espera-se uma prestação ou uma intervenção estatal, ainda que nas relações privadas. Inclusive o preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é claro ao estabelecer o Estado como ente promotor da igualdade, devendo atender aos reclamos para a entrega de condições mínimas visando a proteção da dignidade dos indivíduos.<sup>100</sup>

Esses direitos remetem ao início do século XX quando a dignidade material do ser humano ficou à mostra em razão de uma série de ocorrências históricas, dentre as quais: a revolução socialista, a quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929, assim como o reconhecimento dos direitos sociais pela Constituição de Weimar na Alemanha.<sup>101</sup>

Os direitos fundamentais de terceira geração surgem depois da II Guerra Mundial e em razão dos horrores do holocausto, com a finalidade de reconstruir os

---

<sup>98</sup> Ibidem, p. 71-72.

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed., atual, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 578.

<sup>100</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev., atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p.157-158.

<sup>101</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 46.

direitos do homem, agora com elemento novo, a noção de solidariedade e fraternidade entre os povos. Esses direitos não têm o objeto de assegurar as liberdades individuais ou do ser humano como ser social, mas como parte da humanidade.

Nessa fase, o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade. Esses direitos ultrapassam aos interesses individuais, tendo o gênero humano como objeto de proteção, com altíssimo teor de humanismo e universalidade. São exemplos desses direitos: o direito ao desenvolvimento; o direito à paz; o direito ao meio ambiente equilibrado; o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; o direito de comunicação.

Avançado a classificação evolutiva dos direitos fundamentais proposta por Karel Vasak, Paulo Bonavides identifica que a globalização política na esfera da normatividade jurídica trouxe direitos de quarta geração, os quais representariam a última fase de institucionalização do Estado Social. Para esse constitucionalista, os direitos de quarta geração representam o direito à democracia – democracia direta com auxílio de inovações tecnológicas e sem manipulações midiáticas -, o direito à informação e o direito ao pluralismo.<sup>102</sup>

Bonavides ainda sustenta a existência do direito à paz, dentro do âmbito da normatividade jurídica, como direito de quinta geração, destacando como direito imanente à vida e indispensável ao progresso de todas as nações e reconhecido em diversos tratados e pactos internacionais, assim como decidido pela Corte Constitucional da República da Costa Rica (08.09.2004), quando declarou a inconstitucionalidade do ato executivo daquele país em ingressar na aliança comandada pelos EUA para intervenção militar no Iraque.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed., atual, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 585-587.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 594-609.

### 3. 3. 4 AS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por se tratar de categoria jurídica, os direitos fundamentais apresentam traços comuns e enunciam as características básicas de seu regime jurídico. A partir dessas características é possível identificar os traços unificadores desses direitos dispersos no texto constitucional.

Vidal Serrano Nunes Júnior aponta como características dos direitos fundamentais: (a) a historicidade; (b) a universalidade; (c) a autogeneratividade; (d) a irrenunciabilidade; (e) a limitabilidade e; (f) a possibilidade de concorrência<sup>104</sup>.

(a) Historicidade: está atrelada ao fato de que os direitos fundamentais não surgem em instrumentos legislativos ou de idealização teórica ocasional, mas são produtos da história e o seu objetivo é a proteção do ser humano em diversas dimensões, como resposta a agressões de todas as espécies.<sup>105</sup>

(b) Universalidade: impede que os direitos fundamentais sejam restritos a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, pelo contrário, devem ter por princípio central a proteção de todo e qualquer ser humano, independentemente de outra condição. A necessidade de direitos fundamentais destinados a determinados sujeitos específicos (juventude, idoso, infância, trabalhador, consumidor, mulher, etc.) não implica em contradição a essa característica, haja vista que destinado a todos aqueles que se encontrem numa mesma situação de vulnerabilidade que ensejou uma proteção especial.<sup>106</sup>

(c) Autogeneratividade: representa a consagração dos direitos do homem pelo direito constitucional positivo, sem fazer desaparecer o momento anterior – jusnaturalização, de divinalização, ou seja, esses direitos são os elementos fundantes das Constituições. Esses direitos transcendem à concepção de justiça

---

<sup>104</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 35-41.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 35-37.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 37.

desenraizada da ideia de Estados soberanos ou de ordens jurídicas específicas. Além de serem normas constitucionais, os direitos fundamentais constituem o pilar de legitimação da própria ordem constitucional.<sup>107</sup>

(d) Irrenunciabilidade: traduz a ideia de que os direitos fundamentais não podem ser abdicados, recusados ou rejeitados, sendo nula de pleno direito qualquer pretensão nesse sentido, devendo o transgressor responder pelo mal causado. Com a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são tidos como inatos aos seres humanos, portanto, irrenunciáveis. Partindo dessa característica surgem importantes discussões, como, por exemplo, a renúncia à vida por meio da eutanásia, suicídio, aborto, etc. Assim, como os direitos fundamentais surgem para a proteção do indivíduo, considera-los passíveis de renúncia se mostra contraditório, isso porque, seria a negação de sua fundamentalidade.<sup>108</sup>

(e) Limitabilidade: em regra, a interpretação dos direitos fundamentais deve ser maximizada, contudo, isso não significa que estes sejam preceitos absolutos. Isso ocorre em razão da possibilidade de colisão desses direitos. Uma vez verificada essa colisão, a solução somente se dará com a análise do caso concreto através da cedência recíproca, a fim de buscar um ponto de convivência entre os dois direitos, sem que um anule o outro e, sem que um seja ampliado e o outro diminuído, valendo-se da técnica de ponderação, assim como decidido no famoso paradigma do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conhecido como “Caso Lebach”<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 38-39.

<sup>109</sup> “1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção de conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo

(f) Possibilidade de Concorrência: refere-se à possibilidade de um indivíduo, num mesmo momento, ser titular de mais de um direito fundamental, como, por exemplo, em uma passeata, os seus integrantes exercem o direito de reunião e de manifestação do pensamento.<sup>110</sup>

Este trabalho não tem seu escopo central no desenvolvimento da teoria geral dos direitos fundamentais, por essa razão restringiu-se a uma abordagem apenas em relação à estrutura básica e aos seus principais aspectos, a fim de dar o suporte jurídico-filosófico que permita extrair a natureza e características gerais do direito fundamental à saúde, mais especificamente em relação à sua efetivação no seio das relações privadas.

### **3. 4 DIREITOS SOCIAIS**

#### **3. 4. 1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NO MUNDO E NO BRASIL**

Como já discorrido no segundo capítulo desta pesquisa, os direitos sociais remontam da fase inicial do capitalismo industrial, quando a propriedade privada e a autonomia da vontade, aplicados nas relações econômicas, eram os únicos pilares das relações jurídicas estabelecidas. Nessa fase, a propriedade privada era invocada como fundamento do domínio capitalista dos meios de produção e a autonomia da vontade conferia a todos a liberdade de contratar, vinculando as partes naquilo que foi entabulado, balizando as relações de trabalho, de consumo, dentre outras. Essa liberdade, como é manifesto, ocasionava a submissão dos

---

este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça e-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura". (SCWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 488.)

<sup>110</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 41-42.

economicamente vulneráveis aos desígnios dos detentores dos meios de produção. Diante dessa situação, constata-se a própria negação da liberdade, haja vista que o Estado absenteísta não garantia a convivência livre e harmônica da sociedade.

O tratamento igualitário àqueles indivíduos que se encontram em situação desigual revelou o caráter opressor do liberalismo clássico, na medida em que as classes operárias, que se formavam nos centros industriais da Europa, se sujeitavam às vontades dos detentores dos meios de produção que, sistematicamente, violavam a dignidade dos trabalhadores sem que houvesse qualquer cláusula legal que impedisse o cometimento de determinadas arbitrariedades patronais.

Como reação a essa situação de submissão do operariado, surgiram diversos movimentos na Europa durante o século XIX, principalmente na França e na Inglaterra, tanto que depois da revolta popular de Paris de 23 de fevereiro de 1848, nesse mesmo ano, foi proclamada a Constituição francesa. Apesar dessa Constituição não conceber o Estado Francês como um Estado Social, trouxe em seu bojo a previsão de direitos sociais (art. 13), como, por exemplo, direitos ao desenvolvimento do trabalho, ensino primário gratuito profissional, igualdade nas relações entre patrão e empregado, instituições de previdência e de crédito, dentre outros.

Esse documento apontou a vinda do Estado de Bem-Estar Social do século XX, inaugurado com a Constituição mexicana de 1917, na qual se reconheceu os direitos de proteção ao trabalhador, além de trazer limitações ao poder econômico nas relações de trabalho.

No entanto, a evolução desses direitos se verifica de forma marcante com a Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha) que, além de instituir a República na Alemanha, consagrou um rol mais amplo de direitos sociais, não se limitando à proteção ao trabalho, reconhecendo ainda o direito ao ensino básico em escolas públicas; o funcionamento de escolas particulares apenas com autorização do Poder Público; direito à saúde; previdência; a previsão da função social da propriedade que deve ser utilizada com vistas ao bem comum, etc. Essa Constituição ganha em

relevância pois possuía um caráter universalista, na medida em que estabelecia o dever do Estado alemão em lutar para assegurar, no âmbito das relações internacionais, um mínimo de direitos sociais a toda humanidade. De fato, a Constituição de Weimar instituiu um Estado Social e Democrático de Direito, além de influenciar diversas constituições contemporâneas<sup>111</sup>.

Reafirma-se que, com o fim da II Guerra Mundial, surgem, no cenário internacional, diversos movimentos para a retomada de proteção aos direitos humanos e, a partir daí, é elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos - Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 -, direcionando os Estados para o progresso social e melhorias nas condições de vida da pessoa humana. A partir de então, os direitos humanos passam a uma nova dimensão - por afirmar a sua universalidade -, pois seus princípios se estendem a toda “família humana”, sem qualquer discriminação.<sup>112</sup>

A Declaração de 1948 representou importante instrumento de reconhecimento dos direitos sociais no âmbito internacional, o que, certamente, influenciou a positivação desses direitos em diversos Estados.

Destaca-se que, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 foi celebrado como desdobramento dos princípios adotados pela Declaração de 1948, ratificando a ideia de unidade e interdependência dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, além de lançar a ideia do mínimo vital para a dignidade humana.

Em virtude da divisão do mundo em dois blocos, de um lado de ideal capitalista e que pontuava o reconhecimento dos direitos de liberdade e, de outro lado a URSS, pautada pela realização dos direitos sociais, houve a celebração simultânea de dois pactos internacionais, o de direitos civis e políticos e o de direitos sociais, econômicos e culturais. Para o bloco capitalista os direitos sociais,

---

<sup>111</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 52.

<sup>112</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 49.

econômicos e culturais estabelecidos no pacto possuíam caráter programático, o que, num primeiro momento, obstaculizava a sua efetividade.

A ordem jurídica brasileira traçou caminhos próprios de reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais. A Constituição de 1824 já apresentava uma abertura para o reconhecimento desses direitos, quando previa os “socorros públicos”, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades.<sup>113</sup>

Essa abertura de cunho social não influenciou a Constituição de 1891, a qual se limitou a dispor sobre a organização do Estado e o reconhecimento dos direitos de liberdade. Somente com a reforma constitucional de 1926, dentre outras modificações, foram introduzidos direitos trabalhistas.<sup>114</sup>

Mas, foi apenas com a Constituição de 1934 que se instituiu o Estado Social, a qual assegurou diversos direitos de proteção ao trabalho, como repouso remunerado, férias anuais, salário mínimo, etc. Diante dessas inovações, também foi criada a Justiça do Trabalho. E não é só, ainda foram reconhecidos o instituto dos dissídios coletivos, a proteção da família e o direito à educação.<sup>115</sup>

Com grandes influências autoritárias presentes na Europa, a Constituição de 1934 foi revogada pela Carta outorgada em 1937 (“A Polaca”), inspirada pela Constituição da Polônia. Essa Constituição de 1937 tem marcante conteúdo nazifascista, atribuindo poderes quase absolutos ao Presidente da República, além de impor limitações às liberdades públicas. Não obstante a manutenção dos direitos sociais nesta Carta, houve nítido retrocesso, mais marcante em relação às liberdades públicas.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 58.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. mesma página.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>116</sup> *Ibidem*, mesma página.

A Carta de 1937 vigeu durante o regime ditatorial - “Estado Novo” – sendo revogada pela Constituição de 1946 que recuperou as liberdades públicas e repulsou qualquer controle autoritário estatal.

Com a Constituição promulgada em 1946, vê-se o ressurgimento do princípio federativo, o fortalecimento do Legislativo e do Judiciário e a reafirmação de um Estado Social, na medida em que passou-se a assegurar a participação do trabalhador nos lucros das empresas; o repouso semanal remunerado; direito de greve – tolhido durante o Estado Novo -; ampliação do direito à educação; aposentadoria facultativa do servidor público com 35 anos de serviço e a inserção formal da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário.

Como consequência do golpe militar de 1964, a Constituição de 1946 foi revogada e outorgada a Carta de 1967. Essa Constituição foi contemplada com o beneplácito do Legislativo, convocado pelo Ato Institucional nº 4 para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição no prazo de 41 dias (de 12/12/1966 a 24/01/1967). No entanto, estava previsto que, na hipótese de o Legislativo não observar o referido prazo, a Carta seria outorgada pelo Presidente da República. Daí a razão de parte da doutrina falar em caráter “semi-autoritário” da Carta de 1967.<sup>117</sup>

O rol dos direitos individuais e dos direitos sociais não foi alterado na sua estrutura, mas em diversas situações previa a delegação à legislação infraconstitucional para a implementação desses direitos essenciais.

Em 1969 a Emenda Constitucional nº 1 substituiu toda a Carta de 1967. Essa emenda também não trouxe modificações estruturais em relação aos direitos vigentes.

Os direitos sociais somente receberam maior prestígio e diversos deles alçados ao patamar de direito subjetivo público, como a saúde, norma de eficácia

---

<sup>117</sup> Ibidem, p. 62.

plena na classificação de José Afonso da Silva<sup>118</sup>, com a Constituição da República de 1988.

Verificada a correlação proposta entre os períodos históricos e a evolução observada que, invariavelmente, associou os direitos sociais aos direitos humanos, é possível apresentar um conceito de direitos sociais, tema de extrema importância e indispensável para o desenvolvimento da presente pesquisa.

### 3. 4. 2 CONCEITO DE DIREITOS SOCIAIS

Como mencionado logo no início do subcapítulo anterior, feita a associação da evolução histórica dos direitos sociais, é chegado o momento da apresentação do seu conceito, que derivou das pesquisas realizadas para elaboração desta dissertação.

À luz do direito positivo-constitucional brasileiro, os direitos sociais integram a categoria dos direitos fundamentais, tanto sob o aspecto formal, posto que estão inseridos no texto constitucional e, portanto, recebem o status de norma constitucional, quanto em face de seu aspecto material, haja vista estarem umbilicalmente ligados à realização da dignidade humana.

Ainda, sobre o reconhecimento constitucional dos direitos sociais pelo Brasil, Jorge Reis Novais destaca que:

(...) ao lado das Constituições que mantêm os direitos sociais afastados de acolhimento positivo – casos da Constituição dos Estados Unidos da América ou da Constituição alemã -, encontramos, ao invés, um amplo reconhecimento destes direitos em Constituições como a portuguesa e a brasileira ou, em geral, as Constituições da América Latina, bem como em várias das Constituições das novas democracias da Europa de Leste, de África e da Ásia.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p.181-182.

<sup>119</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 71.

Não se trata apenas de reconhecer a natureza jusfundamental dos direitos sociais sem qualquer outro resultado, posto que a sua identificação como norma constitucional traz diversas consequências, como apontado por Jorge Novais, cujas lições, a despeito de relacionadas à Constituição portuguesa, também são aplicáveis à Constituição brasileira de 1988:

É que, pura e simplesmente, se há direitos constitucionais sociais, isso significa, no mínimo, em Constituição normativa, que os poderes constituídos – todos eles, do legislador aos tribunais – estão constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais enquanto direitos fundamentais constitucionais e, logo ficam radicalmente em causa todas as construções assentes numa pretensa diferença constitucional de natureza de regimes entre direitos de liberdade e direitos sociais, designadamente as construções que, na prática e ao contrário do que fazem com os direitos de liberdade, entregam os direitos sociais ao legislador, ou seja, privam-nos de efectividade jusfundamental.

Logo, a base de partida é qualitativamente diferente da alemã, o que tem implicações dogmáticas não negligenciáveis. Assim, entre nós, os direitos sociais, sendo direitos fundamentais constitucionais, gozam, portanto, à partida, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo o seu conteúdo, tal como os direitos de liberdade, e não apenas relativamente a um dificilmente delimitável “mínimo social”.

Da mesma forma, não se vê qual o préstimo do conceito dos *direitos sociais derivados*, os famosos *direitos derivados a prestações*, quando, em paralelo, não há conhecimento que alguém entre nós tenha sustentado a existência de análoga distinção entre *direitos originários de liberdade* e *direitos derivados de liberdade*. Tal como, por último, não se percebe por que razão estariam os direitos sociais protegidos por um pretense e nebuloso princípio constitucional da *proibição do retrocesso social* quando, em paralelo, ninguém sustenta a análoga existência de um princípio constitucional de *proibição do retrocesso liberal*...<sup>120</sup>

Assim, pode-se afirmar que, reconhecida a jusfundamentalidade dos direitos sociais expressos na Constituição, esses vinculam tanto o legislador ordinário, no âmbito normativo infraconstitucional, quanto o Judiciário, que deverá concretizar tais preceitos no plano fático.

Sob outra perspectiva, os direitos sociais não podem ser singelamente traduzidos como (i) direitos prestacionais, isso porque, não envolvem apenas uma gama preceitos que exigem uma prestação estatal materializada em serviços públicos, tais como: saúde, educação, assistência social, etc.; (ii) mas também se referem a direitos relacionados com a atividade reguladora por parte do Estado, permitindo com que esse intervenha nas relações privadas, estabelecendo pisos

---

<sup>120</sup> Ibidem, p. 84-85.

salariais, limitação de jornadas de trabalhos, regulando segmentos estratégicos da economia, inclusive, intervindo para a defesa dos consumidores, etc.; (iii) além disso, os direitos sociais também relacionam-se com situações de se exigir uma permissão estatal, por exemplo, não obstar a realização do direito de greve ou associação sindical. Contudo, importante destacar que esses últimos perfazem direitos individuais, mas de exercício coletivo com objetivos reivindicatórios de outros direitos sociais, como, por exemplo, aumento salarial, redução das jornadas de trabalho, melhorias nas condições de trabalho, etc.<sup>121</sup>

Os direitos sociais possuem diversos traços comuns, em primeiro lugar porque pertencem ao rol de direitos fundamentais que visam à promoção da adequada qualidade de vida a todos os seres humanos e a preservação de sua dignidade, garantindo um mínimo existencial para a vida em sociedade.

Ainda que reduzidos ao mínimo vital, esses preceitos estão reconhecidos, mesmo que de forma implícita, no rol de direitos fundamentais dos países ditos democráticos que não os reconheceram de forma explícita em suas Constituições, haja vista a interdependência entre os direitos fundamentais.

A reivindicação dos direitos sociais traz como pressuposto a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para a subsistência digna, considerando também que as relações econômicas se pautam pela desigualdade em nítida submissão de uns aos outros.

Portanto, os direitos sociais surgem como premissa de que todos que participam da vida em sociedade devem ter acesso aos frutos por ela produzidos. E, num outro aspecto, tem-se o Estado como referência numa perspectiva normativa e regulamentadora. Nessa esteira, José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais como:

(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar

---

<sup>121</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 63-64.

a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>122</sup>

Assim, tem-se que os direitos sociais não se limitam às prestações estatais, caracterizando-os, ainda, pela normatização e regulação das relações econômicas, bem como através de uma conduta permissiva do Estado em face do exercício de direitos, como, por exemplo, o direito de greve.

Essa concepção mais abrangente dos direitos sociais pode ser verificada nas lições de Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem os direitos sociais se constituem:

(...) como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio de atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.<sup>123</sup>

Dessa feita, conclui-se que os direitos sociais não se limitam a prestações estatais para assegurar as condições mínimas de sobrevivência, abrangendo, ainda, a normatização e regulação de setores estratégicos do mercado pelo Estado, protegendo o indivíduo dos grandes grupos econômicos, além de não interferir no exercício de determinados direitos.

### **3. 4. 3 O MÍNIMO VITAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO**

Três pontos que há muito a doutrina trabalha associando-os aos direitos sociais, a saber: mínimo vital, reserva do possível e a proibição do retrocesso.

Em uma análise perfunctória, o mínimo vital (piso vital, limiar mínimo, dentre outras denominações) refere-se ao dever estatal de garantir as condições básicas

---

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 288-289.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 70.

para uma vida digna dos indivíduos, impondo a preservação material do ser humano através da salvaguarda de sua vida e a sua inserção no meio social.

A garantia do mínimo existencial foi concebida em razão da manifesta dificuldade de efetivação de todos os direitos sociais que dependam de uma atuação estatal quando contrastados com a questão referente às necessidades para a realização de políticas públicas. Refere-se a um comando implícito segundo o qual o Estado apenas poderá adotar outras ações se primeiramente forem asseguradas essas condições básicas que garantam a dignidade humana.<sup>124</sup>

Inclusive, a Constituição da República de 1988, ainda que implicitamente, assegurou esse mínimo vital em diversas passagens, a saber: quando indicou a cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); a previsão de erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); a ordem econômica fundada na propriedade privada e na livre iniciativa, propiciando a dignidade a todos, segundo ditames da justiça social.

A despeito dessa cláusula se encontrar positivada na ordem constitucional brasileira vigente, Ricardo Lobo afirma que trata-se de proteção pré-constitucional, haja vista que “está ancorada na ética e 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 humana”.<sup>125</sup>

A despeito da noção do mínimo vital variar de acordo com a posição socioeconômica de cada Estado, esse não poderá deixar de assegurar a preservação da dignidade material de todos os indivíduos. Esse conteúdo mínimo indica que cada direito possui um núcleo mínimo irresistível, ligado à sua própria razão de ser e não poderá ser suprimido a despeito do panorama histórico. Logo, o mínimo vital trabalha com as necessidades básicas do ser humano a fim de preservar a sua dignidade.

---

<sup>124</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. São Paulo: Verbatim. 2012, p. 65.

<sup>125</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

A doutrina pátria esforça-se para alcançar termos concretos ao “mínimo existencial”. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que integram o conteúdo do mínimo existencial os direitos à:

(...) saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, do direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência).<sup>126</sup>

Ricardo Lobo Torres, em uma visão minimalista, entende que o mínimo existencial abrange os direitos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), à educação, à moradia e à assistência jurídica.<sup>127</sup>

A partir da Constituição da República de 1988, Ana Paula de Barcellos identifica o “mínimo existencial” considerando três elementos materiais e um instrumental, a saber: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados (abrangendo alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à Justiça.<sup>128</sup> Nessa mesma esteira são as lições de Luís Roberto Barroso ao afirmar a existência de um conteúdo razoável do mínimo existencial que contempla os direitos à renda mínima, saúde, educação fundamental e acesso à Justiça.<sup>129</sup>

Feitas essas considerações, é possível afirmar que, a despeito de a doutrina caminhar para certa confluência acerca do conteúdo do mínimo existencial, as constituições principiológicas apresentam maior conexão com a realidade emergente, mas também abrem espaço para que os governantes manipulem a extensão assegurada pelo Estado em relação aos direitos sociais, o que pode dificultar uma pauta reivindicatória. Isso porque, a noção do bem-estar social varia de Estado para Estado em razão das conjunturas socioeconômicas de cada um.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 322.

<sup>127</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 244.

<sup>128</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, v. III, 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 3-59, p. 52.

Ademais, a despeito de se pensar em um piso vital internacional, como é evidente, cada país poderá assegurar mais direitos daqueles reconhecidos pela comunidade internacional.<sup>130</sup>

De outro lado, o reconhecimento do mínimo existencial como categoria flexível também permite que *standards* ousados sejam desenvolvidos e gradativamente atingidos e até mesmo ultrapassados. Contudo, a fixação de conteúdo mínimo que permita realizar a dignidade do indivíduo objetiva impedir a inércia ou até mesmo a atuação arbitrária do Estado.<sup>131</sup>

Como visto, dentro do modelo estatal adotado pela Constituição brasileira de 1988 e pelos diversos tratados em que o Brasil é signatário, cabe ao Estado assegurar as condições mínimas para que o indivíduo desenvolva sua personalidade com dignidade. Contudo, como adverte Jorge Miranda, os direitos sociais, em maior medida, são dependentes de condições econômico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais, ao passo que sua concretização não é produto de simples hermenêutica, mas do confronto das normas com a realidade circundante, daí ser pertinente tratar das reservas exógenas, ou, como disseminado na doutrina e jurisprudência brasileiras, da reserva do possível.<sup>132</sup>

A teoria da reserva do possível é produto de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão no famoso *leading case* de acesso às vagas a estudantes nas Universidades de Hamburgo e da Baviera. Estava em discussão as limitações de admissão de calouros em determinada especialização em face do direito à livre escolha profissional e o princípio do Estado Social.<sup>133</sup>

Para a Corte alemã as limitações para a admissão dos candidatos aos cursos de medicina seriam constitucionais nas hipóteses em que: (1º) fossem estabelecidas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de

---

<sup>130</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p.73.

<sup>131</sup> CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.139

<sup>132</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. II, Tomo IV, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 100-101.

<sup>133</sup> MARTINS, Leonardo (organização). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Diversos tradutores. Montevideo: Konrad-Adnauer-Stiftung, 2005, p. 656-667.

ensino disponíveis e, (2º) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com chance a todos aqueles qualificados para o ensino superior e com o respeito, na medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino, haja vista que o direito à livre escolha do local de formação antecede ao início da profissão, cujo direito à sua livre opção é garantido pela Constituição alemã, sendo que essas limitações não podem servir de direcionamento profissional. No entanto, o direito de participação dos benefícios sociais que o indivíduo pode exigir da coletividade encontra-se sob a reserva do possível, haja vista que as necessidades humanas podem ser infinitas e os recursos financeiros limitados.<sup>134</sup>

Imperioso observar que o orçamento público deve atender a outros interesses da coletividade. Assim sendo, o direito à liberdade de escolha da profissão e consequentemente da escolha do local de formação não obriga de maneira absoluta o Estado a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele almejada.

O não estabelecimento desses limites faria com que os recursos públicos beneficiassem apenas parte privilegiada dos cidadãos, preterindo outros importantes e indispensáveis interesses da coletividade, o que afrontaria o postulado da justiça social, materializado através do princípio da igualdade. Por conseguinte, o acesso às instituições de ensino superior já existentes pode ser limitado apenas se presentes pressupostos jurídicos formais e materiais.

Assim, o *numerus clausus* para os candidatos às vagas em universidades somente será constitucional se observar os limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação, bem como se a escolha e a distribuição segundo critérios racionais assegurar chance para todos os candidatos em igualdade de condições, atendendo na medida do possível a escolha individual do local de formação.

Em síntese, a despeito de o Tribunal Constitucional Federal Alemão ter negado o pedido dos estudantes que ingressaram com a ação, reconheceu o dever

---

<sup>134</sup> Ibidem, mesmas páginas.

de o Estado utilizar critérios razoáveis para a seleção dos alunos, além de estar obrigado a demonstrar que o número de vagas disponíveis era mesmo o máximo possível. Nessa conjuntura, o Estado não estaria compelido a patrocinar a educação superior para todos os estudantes, haja vista que tal direito está submetido à capacidade financeira dos entes estatais.<sup>135</sup>

A teoria da reserva do possível é sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira. No entanto, “não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com direitos essenciais, que, caudatários da dignidade humana, não encontram possibilidade de restrição válida”<sup>136</sup>, como, por exemplo, o direito de acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas vale-se como instrumento conformador de demandas sociais, que, a despeito de inerentes ao bem-estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse patamar mínimo.

Vidal Serrano Nunes Júnior sintetiza essa máxima através da observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico: “observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital e; realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social.”<sup>137</sup>

Ainda assim, de fato, quando instado a se manifestar em juízo acerca da recusa pelas prestações sociais, o Estado brasileiro, como de praxe, se vale da máxima da reserva do possível para furtar-se aos seus compromissos constitucionalmente assumidos como o acesso universal à saúde e educação, por exemplo. No entanto, em diversas situações, como é notório, o Judiciário vem determinando o cumprimento desses direitos sociais, haja vista que o Estado não tem obtido êxito em comprovar que o fornecimento de determinado bem superaria a reserva do possível.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Ibidem, mesmas páginas.

<sup>136</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 176.

<sup>137</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>138</sup> ADF nº 45/DF, STF, rel. Min. Celso de Mello, J. 29.04.2004, DJU 04.05.2004.

Não se ignora que implementar um direito à prestação exige alocação de bens (financeiros, pessoal, equipamentos, etc.), ainda mais quando há menos recursos do que necessidades ao atendimento de todas as demandas. Dessa forma, as decisões que visam a concretização de um direito podem, em certos casos, gerar novas ameaças, privando outros potenciais beneficiários dos bens ou serviços a que também tinham direito. Assim, quando o Judiciário avaliar as demandas que impliquem em alocação de recursos deverá considerar se sua deliberação poderá interferir na realização de outros direitos, a fim de não causar um mal maior, haja vista que “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”, como pondera Cass Sunstein.<sup>139</sup>

O ideal seria a disponibilidade material para cumprir todos os direitos, mas não há. A cláusula da reserva do possível, diante dessa indisponibilidade, passa a incidir, orientando as decisões em todas as esferas de poder. Essa máxima foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos casos como se verifica no julgamento do Recurso Extraordinário nº 436.996/SP, no qual se firmou entendimento no sentido de que se comprovada a impossibilidade financeira da Administração Pública, o Estado não poderá ser compelido a dar a prestação requerida, como se verifica:

(...) notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos,

---

<sup>139</sup> OLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 94.

condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).<sup>140</sup>

A reserva do possível é uma limitação lógica, daí porque é imprescindível que o magistrado tenha a preocupação nos impactos orçamentários que sua decisão pode causar, além do risco de se ver diante do desprestígio do julgado por impossibilidade material de cumpri-lo, ou ainda, prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental deve ser implementado, sem que isso implique invasão da discricionariedade do administrador.

Vale destacar que a intervenção do Judiciário somente pode se dar nos casos em que a Administração Pública se mostrar inerte na concretização dos direitos subjetivos fundamentais consagrados na Constituição, caso contrário, estar-se-ia diante de violação ao pacto da separação dos poderes, como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 169.876/SP:

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensas aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém é, em substituição à atividade do Poder Executivo, determinar que sejam executados.

A função administrativa, no seu sentido objetivo, material ou funcional, exercida pelo Poder Executivo, só se submete ao controle do Poder Judiciário quando inicia o seu ciclo para alcançar a consumação. Em outras palavras, o controle exercido pelo Poder Judiciário é sobre o atuar do Poder Executivo, fazendo com que ele obedeça, no exercício de tal ação, os princípios impostos pelo ordenamento jurídico: legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade e, em determinadas situações, o controle do mérito.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> RE 436.996/SP. STF. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. J. 22/11/2005. DJU 03.02.2006.

<sup>141</sup> REsp 169.876/SP. STJ. Primeira Turma. Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA. Julgamento: 16/06/1998. DJU 21/09/1998.

Por conseguinte, se os direitos sociais fixados na Constituição da República de 1988 não forem concretizados pelo poder público sem qualquer motivação, permitirá ao Judiciário, desde que provocado, determinar à Administração Pública a efetivação desses mandamentos constitucionais, sem que isso represente invasão de competência do Executivo.

Frise-se que a regra é a não interferência do Judiciário na zona de discricionariedade do administrador, sendo possível apenas nos casos em que ficar demonstrada que sua atuação está abaixo das expectativas constitucionais. Assim, o poder público deve provar a impossibilidade material de realizar determinado comando, por exemplo, a insuficiência elementos orçamentários e financeiros. Nesse passo, pertinentes as observações de Andreas Joachim Krell:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas

sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.<sup>142</sup>

A prática forense demonstra que o poder público banaliza a invocação da cláusula da reserva do possível, sem apresentar elementos concretos acerca da impossibilidade material de se cumprir determinada demanda fundamental, como ficou assentado na ADPF nº 45/2004:

(...) a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente

---

<sup>142</sup> KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 22-23.

qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Por fim, merece destaque as ponderações de Vidal Serrano Nunes Júnior acerca dos limites de aplicação da reserva do possível no ordenamento brasileiro, para quem:

O limite, traduzido pela teoria da reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda. O que se pode demarcar de tal orientação jurisprudencial é que a teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram possibilidades de restrição válida.<sup>143</sup>

Pelo exposto, a reserva do possível pode ser entendida como limitação imanente aos direitos sociais aperfeiçoados por uma prestação estatal, já que o Estado somente será compelido a concretizar certo direito social se dispuser de recursos necessários, daí ser mais apropriada a expressão reserva do financeiramente possível.<sup>144</sup>

Outro aspecto de crucial importância para os direitos sociais em geral e, bastante relevante quando se trata do direito à saúde, está associado à cláusula de proibição ao retrocesso, a qual se traduz em norma de segurança jurídica que veda

<sup>143</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 175.

<sup>144</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

a mudança legislativa ou revisões administrativas que retrocedam as conquistas sociais dos indivíduos tanto na esfera individual, quanto na coletiva.

A proibição ao retrocesso, em relação a ações administrativas, refere-se à vedação de supressão ou diminuição da atividade prestacional do Estado. No entanto, destaca-se que algumas políticas sociais podem ser suprimidas sem que se verifique o retrocesso, como nos casos de assistência às vítimas de enchentes que depois de superados os problemas dela oriundos a ação social é paralisada, já que cumprida sua finalidade. Assim, pode-se afirmar que o conteúdo desse preceito impede o retrocesso de direito social em razão de opções políticas, ideológicas ou disputas partidárias. Também, a extinção de um serviço disponibilizado através de revogação da lei configura violação da norma constitucional com base na qual a lei ou ação administrativa tenham sido desenvolvidas. Dessa forma, em princípio, tem-se que a supressão ou diminuição de um direito social somente pode se dar quando verificada alternativas ou compensações em relação ao bem que até então estava sendo assegurado.

Verifica-se, ainda, que a omissão do Estado em relação ao conteúdo mínimo das normas programáticas de direitos sociais que lhe fixam tarefas e obrigações também acarretará violação ao preceito constitucional que deveria ser progressivamente concretizado. O princípio aqui examinado objetiva propiciar segurança, isto é, estabilidade ao cidadão. Sobre esse enfoque J. J. Gomes Canotilho assevera:

Os princípios de proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para (1): a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.<sup>145</sup>

Logo, tem-se que a vedação ao retrocesso representa uma espécie de “direito social adquirido”, daí ser possível concluir que a supressão ou diminuição de

---

<sup>145</sup> CANOTILHO. Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Portugal, Coimbra: Almedina, 1992, p. 37

prestação social deve ou preservar ou aumentar o bem-estar até então assegurado pelo Estado<sup>146</sup>.

Como destaca Jorge Miranda, esses preceitos objetivam impedir a ab-rogação pura e simples das normas infraconstitucionais que em conjunto com os direitos e garantias fundamentais formam uma unidade sistêmica. O legislador, de acordo com as exigências do eleitorado, poderá adotar outras formas e conteúdos para efetivação desses preceitos. Daí porque, ele entende que nada obriga, por exemplo, o sistema de saúde e o sistema de educação a manterem os mesmos paradigmas, podendo adotar viés mais socializante num momento e mais liberalizante em outro, mais centralizado em uma situação e mais regionalizado em outra. O que se veda, no entendimento de Jorge Miranda, é a falta de previsão acerca da organização de tais serviços e de tais sistemas.

Para fundamentar o seu entendimento, esse doutrinador afirma que a cláusula da proibição do retrocesso deve ser compreendida observando-se as seguintes condições:

- 1º) Quando se verificarem condições econômicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;
- 2º) Ao invés, não se deparando tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;
- 3º) Situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas hão-de retomar a sua efetividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida coletiva.<sup>147</sup>

Ao final, Jorge Miranda arremata ao estabelecer uma relação de conformidade entre o mandamento da proibição ao retrocesso e a cláusula da reserva do possível ao afirmar que:

Há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional e o estágio de efetividade das normas, entre a capacidade do Estado e da

<sup>146</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009, p. 122.

<sup>147</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, t. IV, p. 494-495.

sociedade e os direitos derivados a prestações, entre os bens econômicos disponíveis e os bens jurídicos deles inseparáveis. Em suma: *só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório*. Mas isso significa (diga-se de novo) que, sob este aspecto, tudo se reconduz ainda ao princípio da reserva do possível.<sup>148</sup>

Consequentemente, é possível concluir que tal mandamento se mostra como importante salvaguarda do direito à saúde, haja vista que impede qualquer pretensão estatal e, inclusive daqueles que operam no setor da saúde suplementar, em reduzir os direitos até então garantidos, no entanto, situações anômalas podem legitimar a suspensão ou supressão de alguns direitos tendo em vista a indisponibilidade material para a sua concretização com a finalidade de assegurar a sustentação do sistema. Porém, retomada a situação de normalidade, tais direitos reduzidos e/ou extintos deverão ser restabelecidos.

Encerrada essa primeira abordagem acerca do reconhecimento histórico dos direitos fundamentais, de seu regime jurídico e as especificidades dos direitos sociais, tem-se as premissas necessárias para o desenvolvimento específico do tratamento constitucional do direito à saúde e do direito fundamental de defesa do consumidor, tendo em vista o ponto nevrálgico deste trabalho – A Justicialidade dos Direitos Fundamentais nos Contratos Privados de Assistência à Saúde.

---

<sup>148</sup> Ibidem, p. 495.

## **4. DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE**

Feita a abordagem metodológica acerca do reconhecimento histórico através do processo evolutivo e da análise do regime jurídico a que os direitos fundamentais estão submetidos, em especial os direitos sociais, passaremos a traçar os aspectos constitucionais, mais detidamente em relação aos princípios e regime jurídico da saúde, bem como a participação da iniciativa privada nesse setor. No entanto, primeiramente, serão abordados os aspectos gerais de todas as Constituições brasileiras, exceto a de 1988, que será estudada separadamente, buscando, particularmente, bosquejar o tratamento dispensado à saúde nos textos constitucionais, desde o Império até a Emenda Constitucional nº 1/1969, bem como o histórico das políticas públicas de saúde que antecederam a instituição do Sistema Único de Saúde pela Constituição da República de 1988.

### **4. 1 A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

A Constituição outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824 era composta por 179 artigos e tinha como principais características o fato de ter instituído um governo monárquico (três detalhados capítulos que tratavam da família Imperial, da sua dotação, da sucessão do Império e da Regência), hereditário, constitucional e representativo, cujo vigor absolutista da monarquia clássica havia sido atenuado com a divisão dos poderes políticos em quatro órgãos, a saber: o Moderador, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com predominância daquele primeiro sobre os demais. Nessa Constituição foram basicamente fixadas três linhas gerais de proteção dos direitos e garantias individuais: a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Dentre os diversos dispositivos que pretendiam indicar como esses valores seriam protegidos, podemos destacar alguns incisos do artigo 179: o princípio da legalidade (inciso I) e da igualdade (inciso XIII), a liberdade de pensamento (inciso IV), de religião (inciso V), de locomoção (inciso VI), o direito de propriedade (inciso XXII), a inviolabilidade do domicílio (inciso VII), o respeito incipiente à dignidade da

pessoa humana com a abolição do açoite, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis (inciso XIX), estabelecendo ainda que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas (inciso XXI). Nesse mesmo dispositivo estava previsto que nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, desde que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos (inciso XXIV).

A Constituição do Império, a exemplo da fugaz experiência francesa, já continha alguns direitos sociais, como a previsão do direito aos socorros públicos (assistência social em saúde), da instrução primária gratuita a todos os cidadãos, dos colégios e universidades para o ensino das ciências, belas-artes e letras, respectivamente disciplinados nos incisos XXXI, XXXII, XXXIII do artigo 179 do Título 8<sup>o</sup><sup>149</sup>.

Assim, verifica-se que desde a constituição imperial houve, ainda que forma superficial, a preocupação em relação à saúde pública. Todavia, tem-se que o constituinte imperial não tratou a saúde como direito subjetivo do cidadão.

A promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 24 de fevereiro de 1891 instituiu a república, estabeleceu a forma federativa do Estado, além de contemplar nítido avanço no trato dos direitos fundamentais, na medida em que se viu a extinção das penas de galés, de banimento judicial e de morte, como sementes de respeito ao direito à vida, sem, contudo, tratar expressamente do direito à saúde.

A segunda constituição republicana, promulgada aos 16 de julho de 1934 no Palácio Tiradentes, Rio de Janeiro, colocou fim à ditadura do Governo Provisório liderado por Getúlio Vargas, sendo marcada pela transição das características meramente individuais verificadas nas primeiras Constituições para uma com características sociais. Apesar de não ser tão bem estruturada como a primeira Constituição republicana, trouxe algumas novidades em seu conteúdo, podendo ser

---

<sup>149</sup> NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras: 1824*. 3<sup>a</sup> ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 85 e ss.

caracterizada como “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”, segundo ressalta José Afonso da Silva<sup>150</sup>.

O traço característico da Constituição de 1934 reside no ponto em que, além das declarações de direitos e garantias individuais, previu um título sobre a ordem econômica e social e outro acerca da família, a educação e a cultura, com manifesta influência da Constituição alemã de Weimar. No que se refere à constitucionalização da ordem econômica e social, importante destacar que essa inovação remete ao Estado Social, o que representaria a terceira revolução política da idade moderna, onde a sociedade promove a convergência entre igualdade e liberdade, acentuando a valorização da pessoa humana.<sup>151</sup>

No campo específico do direito à saúde, também foram singelas as preocupações do constituinte, estabelecendo apenas em seu artigo 10 a competência material concorrente entre a União e os Estados-membros para cuidar da saúde e assistências públicas, além de outorgar a esses entes políticos a competência legislativa para disciplinar essas matérias.

A Constituição de 1934 chegou ao fim em 10 de novembro de 1937, vítima de um golpe do então Presidente da República, Getúlio Vargas, que assim justificou a revogação da Constituição que deveria institucionalizar e consolidar a revolução da qual fora o maior líder:

A organização constitucional de 1934, vazada nos moldes clássicos do liberalismo e do sistema representativo, evidenciava falhas lamentáveis, sob esse e outros aspectos. A Constituição estava, evidentemente, antedatada em relação ao espírito do tempo. Destinava-se a uma realidade que deixara de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial, expunha as instituições por ela mesma criadas à investida dos seus inimigos, com o agravante de enfraquecer e anemizar o poder político.<sup>152</sup>

O golpe de 1937, que revogou a Constituição de 1934, foi o desfecho de um cenário que ganhava força desde o início da Segunda República e destacava a

---

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 83-84.

<sup>151</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 233.

personalidade de Getúlio Vargas com pouca afinidade para as práticas democráticas. Dessa forma, surgiu a necessidade de se instituir um Estado Novo, com uma nova ordem constitucional adequada às pretensões de seu líder, através da criação de um regime que permitisse ao Presidente da República conduzir o país de acordo com as suas próprias vontades, sem freios nem contrapesos<sup>153</sup>.

A Constituição de 1937 possuía 187 artigos e deveria ter existência meramente nominal, uma vez que o artigo 187 das Disposições Transitórias e Finais determinou que a Constituição passasse a vigorar a partir da data de sua promulgação, mas, no entanto, deveria ser submetida a plebiscito nacional na forma de decreto do Presidente da República. Entretanto, nunca houve a convocação do plebiscito nacional previsto constitucionalmente, caracterizando o Estado Novo como verdadeiro regime de exceção.

No que interessa para esta pesquisa, diversamente da Constituição de 1934, a de 1937 outorgou, privativamente, à União, o poder de legislar sobre: “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.” (art. 16, XXVII) e, deixou aos Estados a autorização para legislarem sobre matérias referentes à “assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;” (art. 18, alínea “c”), consignando ainda que esses entes poderiam suprir deficiências da lei federal ou atender especificidades locais, mas sendo vedada a diminuição ou dispensa das exigências contidas na lei federal, assim como lhes permitiam regulamentar essas matérias nos casos de inexistência de lei federal, até que essa fosse editada.

Como visto, a Constituição de 1937 não representou avanço significativo ao direito à saúde como bem da vida que o indivíduo pudesse exigir do Estado a sua implementação.

Com o fim da II Guerra Mundial, da qual o Brasil participou ao lado dos “Aliados” contra as ditaduras nazifascistas e pela restauração universal dos princípios de liberdade e democracia, logo iniciaram-se os movimentos no sentido da

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. mesma página.

redemocratização do país, que vivia sob um regime ditatorial – Estado Novo – o qual negava aqueles princípios, com a concentração do poder nas mãos do Presidente da República.

A quinta Constituição da República foi promulgada em 18 de setembro de 1946 e, como afirma Edvaldo Brito, o seu ponto central era a organização de um regime democrático, como evidenciado em seu preâmbulo.<sup>154</sup>

Luiz Alberto David Araujo destaca que, dentre outras importantes modificações trazidas pela Constituição de 1946, pretendeu-se retomar as ideias de democracia social de 1934, procurando equilibrar, dentro da ordem econômica, o princípio da livre iniciativa com o princípio da justiça social<sup>155</sup>.

Especificamente em relação ao direito à saúde, essa Constituição, assim como as anteriores, apenas limitou em estabelecer a competência legislativa da União para editar normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 5º, XV). Ou seja, não foi ainda nesse momento que o direito à saúde foi alçado ao status de direito subjetivo do indivíduo.

Com a Revolução de 31 de março de 1964 teve início o fim do ciclo da Constituição de 1946, iniciado por sucessivas emendas constitucionais e concluído com a promulgação da Constituição de 1967. Essa Carta representou um esforço de redução do arbítrio contido nos Atos Institucionais que se seguiram ao golpe e apresentou graves retrocessos, principalmente, em relação às liberdades públicas.

No que diz respeito ao direito à saúde, a Constituição de 1967, assim como as pretéritas, apenas limitou-se a prever a competência material da União em estabelecer planos nacionais de saúde, além de destacar sua competência legislativa para editar normas gerais de defesa e proteção da saúde. Nada inovando nesta seara.

---

<sup>154</sup> BRITO, Edvaldo. *As Constituições Brasileiras*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 68.

<sup>155</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev. atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 133.

A Constituição de 1969, que tomou corpo por meio da Emenda Constitucional nº 1, foi imposta autoritariamente por um triunvirato militar, diante da ausência do Presidente da República, Costa e Silva, que havia sofrido um derrame.

Em relação à saúde, a EC nº 1/69 apenas reproduziu o teor da Constituição de 1967 (art. 8º, XIV e XVII, c), isto é, restringiu-se a estabelecer a competência legislativa da União para regulamentar a matéria.

Como visto, as Constituições brasileiras sempre se limitaram a tratar da saúde apenas no que diz respeito à competência administrativa e legislativa das pessoas políticas, sem consagrá-la como direito subjetivo público dos indivíduos, como reconhecido na Constituição de 1988.

Antes de ingressar no trato do direito à saúde na atual Constituição da República, será feita uma abordagem da evolução das políticas públicas de saúde no Brasil e, com isso, aferir o *telos* pela qual o constituinte de 1988 adotou os preceitos nela entabulados.

#### **4. 2 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL**

A crise do sistema de saúde no Brasil está presente no dia a dia e pode ser aferida através de fatos divulgados pela mídia como: filas frequentes de pacientes, falta de leitos hospitalares, escassez de recursos financeiros, materiais e humanos, atraso no repasse dos pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados, dentre outros.

Assim como o nosso presente é fruto da nossa história o setor da saúde também sofreu influências do contexto político-social pelo qual o Brasil atravessou ao longo do tempo.

Somente quando determinadas epidemias se apresentam como importantes em termos de repercussão econômica ou social, dentro do modelo capitalista, é que passam a ser alvo de atenção por parte do governo brasileiro.

A evolução histórica das políticas de saúde no Brasil está diretamente ligada à evolução político-social e econômica da sociedade brasileira, assim como sofreu forte influência do capitalismo em nível internacional. A saúde nunca ocupou um lugar central dentro da política do estado brasileiro, tanto no que diz respeito aos problemas que afligem a população, como na destinação de recursos direcionados ao setor.

As ações de saúde propostas pelo governo sempre procuraram incorporar os problemas sanitários que atingem grupos sociais importantes dentro de uma estrutura social. Da mesma forma, a conquista dos direitos sociais relativos à saúde e previdência são méritos da reivindicação dos trabalhadores brasileiros e não uma dívida do Estado. Assim, a história da saúde se confunde com a história da previdência social, causando uma dualidade na medicina curativa e preventiva, implementada por vários governos.

Com a vinda da família Real ao Brasil (1808), criou-se a necessidade de formar uma organização com estrutura sanitária mínima capaz de dar suporte ao poder que se instalava no Rio de Janeiro. Todavia, até 1850 a atenção à saúde limitava-se apenas aos próprios recursos da terra (plantas e ervas) e aqueles que, por conhecimento empírico, desenvolviam suas habilidades na arte de curar.<sup>156</sup>

O tipo de organização política na época imperial, centralizadora e unitária, convivia com a carência de profissionais e limitava-se ao controle de navios e portos. A inexistência de uma assistência médica estruturada, fez com que os boticários (farmacêuticos) proliferassem por todo país, cujo laboro consistia na manipulação de fórmulas prescritas pelos poucos médicos atuantes naquela época.

---

<sup>156</sup> POLIGNANO, Marcus Vinícius. *História das políticas de saúde no Brasil: Uma pequena revisão*, Minas Gerais, [s.d]. Disponível em: <[www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf](http://www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf)> Acesso em: 21 de outubro de 2013.

No início do século XX, o Rio de Janeiro apresentava um cenário caótico, caracterizado por doenças graves como varíola, malária e febre amarela, o que acarretava prejuízos no comércio exterior do país, haja vista que os navios se recusavam a atracar no porto. Em virtude disso, Rodrigues Alves, então Presidente da República, nomeou Oswaldo Cruz como Diretor do Departamento Federal de Saúde Pública e, a partir daí, criou-se um “exército” com a finalidade de erradicar as doenças que acometiam a população, através de um modelo de intervenção conhecido como “campanhista” que, inclusive, causou diversos descontentamentos por parte da sociedade.

A vacinação obrigatória contra varíola (Lei Federal nº 1.261, de 31 de outubro de 1904) foi instituída por iniciativa de Oswaldo Cruz. Essa medida ocasionou grande descontentamento social que culminou com o movimento conhecido como a “Revolta da Vacina”, no entanto, essa medida erradicou a epidemia de diversas doenças e na sequência foi criado o “Instituto Soroterápico Federal”, órgão destinado à prestação de serviços de engenharia sanitária e profilaxia da febre amarela e, posteriormente, transformado no “Instituto Oswaldo Cruz”.<sup>157</sup>

Esse instituto passou a realizar um registro demográfico das doenças e fabricava produtos profiláticos para uso em massa. Carlos Chagas, sucessor de Oswaldo Cruz, reestruturou o Departamento Nacional de Saúde e, assim, foi criada a primeira escola de enfermagem: “Escola de Enfermagem Anna Nery”.

Nessa época, os trabalhadores não tinham nenhuma garantia trabalhista, razão pela qual alguns operários organizaram duas grandes greves em 1917 e 1919 e, através desse movimento, em 1923, foi aprovada pelo Congresso Nacional a “Lei Elói Chaves”, marco da Previdência Social no Brasil, a partir da qual foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP’s) que passaram a garantir aposentadoria, pensão e serviços médicos e funerários aos empregados, constituindo no primeiro sistema previdenciário brasileiro.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> Ibidem.

<sup>158</sup> DA COSTA JÚNIOR, Antonio Gil; COSTA, Carlos Eduardo de Mira. *Breve Relato Histórico das Políticas Públicas de Saúde no Brasil*. Disponível em: <[http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=170#\\_ftnref1](http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=170#_ftnref1)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

Em 1930, Getúlio Vargas, Presidente da República na época, criou o Ministério da Saúde e Educação e, junto com esse, estabeleceu uma estrutura sindical, já que com a Constituição de 1934 passou-se a assegurar uma série de direitos aos trabalhadores como a assistência médica, a licença maternidade remunerada, a jornada de trabalho limitada a oito horas e, nos anos seguintes, outros direitos foram incorporados, como o salário mínimo. Não tardou muito e, logo em 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual passou a prever benefícios nos casos de acidente laboral, assistência médica aos doentes, pagamento de horas extras, férias remuneradas, dentre outros. No entanto, esses benefícios só eram alcançados pelos trabalhadores com registro do contrato de trabalho na respectiva carteira.

As Caixas de Aposentadoria e Pensão foram substituídas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões, garantindo aposentadoria; pensão em caso de morte para a família e beneficiários; assistência médica e hospitalar, com internação até 30 dias e; socorros farmacêuticos. Essas medidas benéficas, contudo, consistiam em subterfúgios para atingir o público eleitoreiro do que uma real preocupação com a saúde brasileira.

A partir da segunda metade da década de 50, com o maior desenvolvimento industrial, a aceleração da urbanização e o crescente assalariamento da população, surge a pressão para viabilização de um complexo hospitalar que atenda os segurados da Previdência Social. Nessa conjuntura, em 1960 foi promulgada a Lei nº 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social), a qual abrangia benefícios a todos os empregados em regime CLT, no entanto, excluindo os trabalhadores rurais e os que tivessem um regime próprio de previdência.<sup>159</sup>

Só mais tarde, em 1964, os benefícios conferidos pela Lei Orgânica da Previdência Social passaram a atingir todos os empregados. Nessa época também foi criado o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência (SAMDU).

---

<sup>159</sup> Ibidem.

Já em 1967 foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) com a finalidade de assegurar condições institucionais para ao desenvolvimento do complexo médico-industrial. Esse período foi caracterizado pelo grande acúmulo de recursos financeiros oriundos desse programa, já que os contribuintes eram maioria em relação aos aposentados. Porém, com o alto número de contribuintes o governo teve que celebrar contratos com a maioria dos hospitais e médicos do país, gerando um efeito cascata e capitalizando o setor médico-industrial.

Com a criação do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS) e a remodelação e ampliação do sistema hospitalar houve um aumento de 500% no número de leitos hospitalares privados e, conseqüentemente, um aumento de profissionais da área da saúde. A partir daí que, em 1975, oficializou-se a dicotomia da questão da saúde, afirmando que a medicina curativa seria de competência do Ministério da Previdência e a medicina preventiva de responsabilidade do Ministério da Saúde.

Ocorre que, em virtude de uma crise instalada em 1975, o governo deixou de priorizar os problemas de saúde coletiva, já que as epidemias e as mazelas do sistema começaram a aparecer, tais como: os aumentos dos custos da medicina curativa ficaram insustentáveis; a incapacidade do sistema de atender a população cada vez maior; parte da população que não contribuía era excluída do atendimento; desvios de verba pelo governo federal para cobrir despesas de obras de outro setor; falta de repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, dentre outros.<sup>160</sup>

Na tentativa de conter as fraudes governamentais, em 1981, foi criado o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) com a proposta de realizar uma rigorosa fiscalização e exigir prestação de contas dos equipamentos do setor ao governo.

---

<sup>160</sup> POLIGNANO, Marcus Vinícius. *História das políticas de saúde no Brasil: Uma pequena revisão*, Minas Gerais, [s.d]. Disponível em: <[www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf](http://www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf)> Acesso em: 21 de outubro de 2013.

Juntamente com o movimento das “Diretas Já”, que marcou o fim do regime militar, surge um novo movimento social que deu origem a VIII Conferência Nacional da Saúde, na qual se lançou as bases para uma reforma sanitária e a criação do SUDS, Sistema Único Descentralizado de Saúde. Logo na sequência, a Constituição da República de 1988 foi promulgada, definindo em seus artigos 196 a 200 a nova estrutura do sistema de saúde, não se limitando a estabelecer as diretrizes de atuação do Estado, mas também a forma de participação da iniciativa privada, além de consagrar a saúde como um direito subjetivo público de todo cidadão, o qual deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

#### **4. 3 O CONCEITO DE SAÚDE E SUA CONSAGRAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Notório que, principalmente após a II Grande Guerra, o direito à saúde alçou ao patamar de essencialidade para a realização da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade, tanto que no artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ficou estabelecido que:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Desde logo, verifica-se a preocupação da comunidade internacional na proteção à saúde como *conditio sine qua non* para uma existência digna.

Mais adiante, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro em 1992 através do Decreto nº 591, também reconheceu o direito do ser humano a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental, como se vê em seu art. 12:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
  - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
  - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
  - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
  - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Diversos documentos internacionais também consagram a fundamentalidade do direito à saúde, tais como: a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5º); a Convenção de Discriminação contra as Mulheres de 1979 (arts. 11/1 e 12); Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (art. 24); a Carta Social Europeia Revista de 1996 (art. 11); a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos de 1981 (art. 16); o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 10); a Constituição da OMS de 1946; a Carta Social Europeia de 1961 (revista em 1996); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; a Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e para o Benefício da Humanidade de 1975; a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência de 1975; a Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados de Saúde Primários de 1978; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988; os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e a Melhoria dos Cuidados de Saúde Mental de 1991; os Princípios das Nações Unidas para os Idosos de 1991; a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD) de 1992; a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres de 1993; a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) de 1994; a Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres de 1995; a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO) de 1997; os Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos de 1998; o Comentário Geral nº 14 do Comitê das NU dos Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais sobre o direito à saúde de 2000; a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública de 2001; a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável de 2002; o Relatório Especial para o direito de todos à satisfação do mais alto padrão atingível de saúde mental e física de 2002; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO) de 2003; a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006; o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 2008, dentre outros.

A despeito de ser inegável a preocupação de toda a comunidade internacional em vista do reconhecimento do direito à saúde como fator indispensável para a vida digna, todos os instrumentos normativos trazem conceitos vagos e indeterminados, sem fornecer padrões precisos para a atuação estatal, deixando a cargo da doutrina, traduzir esses preceitos de forma a torná-los operativos e efetivos.

No entanto, o Comentário Geral nº 14, dando a extensão ao art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais<sup>161</sup>, adotado na 22ª Sessão do Comitê dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, traz que o reconhecimento do direito à saúde não significa obviamente que os seus beneficiários tenham o direito a serem saudáveis. Em vez disso, o Pacto obriga os Estados Partes a garantir aos seus cidadãos o “melhor estado de saúde (...) possível de atingir”. O artigo 12º destaca, pois, a igualdade de acesso aos cuidados de saúde e garantias mínimas ao nível da assistência médica em caso de doença<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> ARTIGO 12: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento e das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

<sup>162</sup> Disponível em: <[http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha\\_16.pdf](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_16.pdf)>. Acesso em: 12-01-2016.

Como visto, o direito à saúde foi estabelecido como condição imprescindível para se atingir uma vida digna e, dessa forma, a partir da Constituição da República de 1988, o Estado brasileiro passou a tratar a saúde como direito subjetivo de todo indivíduo, ou seja, o Estado passou a ter o dever de patrociná-la, seja no aspecto preventivo e no curativo, independentemente de qualquer condição do indivíduo.

O direito à saúde é um dentre os direitos sociais que mais recebeu destaque na Constituição da República de 1988, sendo afirmada como direito de todos e dever do Estado, estabelecendo-se que as ações de serviços de saúde devem ser integradas numa rede regionalizada e hierarquizada e constituem-se em um sistema único. Ainda, o constituinte franqueou à iniciativa privada a execução de serviços de saúde<sup>163</sup>.

Encerrada essa primeira abordagem no plano internacional e como o Estado brasileiro passou a tratar a saúde como direito subjetivo a partir da Constituição da República de 1988, mostra-se imprescindível, de início, estabelecer o âmbito dessa proteção.

Primeiramente, traçando um conceito apressado, se tem a saúde como a ausência manifesta de doença, mas essa afirmação não esgota o assunto, haja vista que outros aspectos devem ser considerados, como o bem-estar psíquico do indivíduo.

Num segundo momento, a Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 7 de abril de 1948, estabeleceu diversos princípios, além de trazer um conceito de saúde em seu preâmbulo,<sup>164</sup> como sendo estado de completo bem-estar físico,

---

<sup>163</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 404.

<sup>164</sup>Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)

Os Estados parte desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

mental e social e não meramente a ausência de doença, tratando a saúde também como um bem coletivo, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, tanto do indivíduo como da humanidade.<sup>165</sup>

Nesse sentido, José Afonso da Silva esclarece que a saúde não se restringe à ausência de doença, mas deve estar associada a uma boa qualidade de vida, não se limitando à assistência médica, ambulatorial, hospitalar, etc. Assim, a saúde envolve ações governamentais com a finalidade de gerar um ambiente sanitário saudável. Por essa razão que o constituinte de 1988 incluiu o direito à saúde dentro da Seguridade Social, ou seja, incluindo-a dentro do campo da proteção social.<sup>166</sup>

José Cretella Júnior destaca que saúde é a perfeita harmonia dos órgãos e das funções que, conjuntamente, formam a vida humana e a lesão a qualquer desses órgãos e a perturbação das funções constituem em estado de doença.<sup>167</sup> Zanobini *apud* Cretella Júnior também trabalha a saúde sob as perspectivas individual e social:

Para o indivíduo, saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica ou especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. As pessoas doentes representam ônus e perigo contínuo para a sociedade: ônus, na

---

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e protecção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.

Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação activa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.

Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

<sup>165</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010, p. 63-64.

<sup>166</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 767.

<sup>167</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. 8 v., p. 4331.

medida em que não lhe trazem nenhuma contribuição de trabalho e exigem cuidados e assistência que comprometem meios econômicos e atividades de outras pessoas; perigo, pela possibilidade da propagação da doença a outras pessoas e, em alguns casos, à propagação rápida, de caráter epidêmico.<sup>168</sup>

Destarte, o conceito de saúde não se limita a ausência de doenças, mas envolve também seu aspecto preventivo e coletivo, além de englobar o bem-estar psíquico e social, não se restringido ao aspecto físico.

Trazidos os diversos conceitos e alcances que o termo “saúde” pode apresentar, passaremos a tratar, mais precisamente do direito à saúde.

O direito à saúde, propriamente dito, está contemplado em diversos instrumentos normativos na ordem nacional e internacional. De início, destaca-se que na III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948 foi aprovada resolução a qual dispõe:

Direito à Preservação da Saúde e ao Bem-Estar

Art. XI – Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

No âmbito da Comunidade Europeia, a Carta Social aprovada em 18 de outubro de 1961 em Turim e em vigor desde 26 de fevereiro de 1965 prevê:

Parte I – As Partes Contratantes reconhecem como objetivo de uma política que aplicarão por todos os meios úteis, tanto no plano nacional como no internacional, a realização de condições próprias para assegurar o exercício efetivo dos direitos e princípios seguintes:

(...)

Toda pessoa tem direito a beneficiar-se de quantas medidas lhe permitam gozar do melhor estado de saúde que possa alcançar:

(...)

Direitos à proteção da saúde

Art. 11. A fim de assegurar o exercício do direito à proteção da saúde, as Partes Contratantes se comprometem a adotar, seja diretamente, seja em cooperação com as demais organizações públicas ou privadas, medidas apropriadas que visem especialmente:

- 1) eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente;
- 2) prever serviços de consulta e de educação relativos à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido de responsabilidade individual no que diz respeito ao cuidado da saúde;

---

<sup>168</sup> Ibidem.

3) prevenir, na medida do possível, as doenças epidêmicas, endêmicas e as demais.

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado na Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 através da Resolução nº 2.200 (XXI), introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da aprovação do Decreto legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 591/1992, foi reconhecido o direito à saúde na seguinte amplitude:

Art. 12.

- 1) Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.
- 2) As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
  - a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
  - b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
  - c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
  - d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Nessa mesma linha, a Constituição brasileira de 1988 consagrou o direito à saúde dentro do rol do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo II – Dos Direitos Sociais, mas precisamente em seu artigo 6º, muito embora o seu status de direito fundamental também seja atingido em face da materialidade desse direito, inerente à vida e à dignidade humana, como já trazido em capítulos anteriores.<sup>169</sup>

Mais adiante no texto constitucional, a saúde foi tratada no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde. E nesse ponto reconhece a saúde como obrigação do Estado e um direito de todos, devendo ser assegurada através de políticas públicas a fim de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos, com acesso universal e igualitário, ou seja, o constituinte de 1988 estabeleceu mais do que uma norma programática que deverá nortear as políticas públicas do Estado brasileiro, pelo contrário, foi expresso em defini-lo como direito

---

<sup>169</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev. atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 584.

subjetivo público do indivíduo e da coletividade. Portanto, o direito à saúde representa “direito subjetivo público oponível ao Estado”<sup>170</sup>.

Dentro desse interesse social, cabe ao Estado implementar ações que impeçam a propagação de doenças que permitam a destruição de toda uma sociedade, daí a Constituição prever as medidas de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 200, II) de competência do sistema único de saúde (art. 200, *caput*).

O artigo 196 da Lei Maior expressa a concepção de saúde apontada acima, haja vista que não se restringe apenas ao aspecto curativo, isto é, o restabelecimento da saúde depois do estado de enfermidade, mas prevê de forma enfática a saúde como prestação social, também voltada para aspectos de prevenção, enaltecendo a medicina preventiva. Inclusive, José Afonso da Silva atrela a saúde a outros fatores determinantes como a alimentação, o saneamento básico, a moradia, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais<sup>171</sup>.

Por se tratar de direito fundamental, o direito à saúde tem aplicação imediata, a teor do artigo 5º, § 1º da Constituição da República, e eficácia plena, conferindo direitos subjetivos aos indivíduos, ou seja, podem ser objeto de requerimento judicial. Essas são as lições de José Afonso da Silva:

Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo “que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, § 2º) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), (...).<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 767.

<sup>172</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013 São Paulo: Malheiros, 2014, p. 312.

Vale menção que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 destaca a necessidade de o Estado assegurar o bem-estar da sociedade, ou seja, impõe ao Estado a necessidade de garantir a Saúde Pública.

#### **4. 3. 1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE: ACESSO UNIVERSAL, IGUALITÁRIO E GRATUITO**

Neste subcapítulo trataremos dos princípios e regras estabelecidas na Constituição da República que fornecem toda a sustentação para o Sistema Único de Saúde.

Para o desenvolvimento do trato de princípios orientadores do Sistema Único de Saúde, faz-se necessário, ainda que de forma objetiva, apontar a distinção entre regras e princípios, a fim de aferir o nível de concretização desses “mandados de otimização”, nas palavras de Robert Alexy.<sup>173</sup>

De plano, podemos afirmar que, tanto as regras, quanto os princípios são normas jurídicas e que estes não representam simples diretrizes políticas e sem força normativa, pelo contrário, são os pilares de qualquer ordenamento, as vigas mestras. Além de serem regados em valores que se irradiam por todo o sistema, também se constituem como vetores de interpretação. Já as regras caracterizam-se por sua objetividade ao emanar normas de conduta.

No que diz respeito às regras, a doutrina as divide em dois grandes grupos: normas de comportamento e normas de estrutura.

As regras de comportamento estão voltadas às condutas das pessoas nas relações intersubjetivas, enquanto que as normas de estrutura ou de organização voltam-se, da mesma forma, às condutas interpessoais, mas relacionadas à produção de novas estruturas deôntico-jurídicas, dispendo sobre órgãos,

---

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, p. 90.

procedimentos, a forma como as regras devem ser criadas, modificadas ou até mesmo retiradas do sistema.<sup>174</sup>

Sobre os princípios constitucionais gerais Paulo de Barros Carvalho discorre que:

Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em Direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos “princípio como norma”; enquanto nos dois últimos, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”<sup>175</sup>.

Há diferentes graus progressivos de concretização dos princípios até chegar às regras, o que J.J. Gomes Canotilho denomina de sistema interno de regras e princípios:

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (=diferente densidade semântica).<sup>176</sup>

Essa concretização, nas lições de Daniel Sarmento, refere-se a

(...) um procedimento dialético, no qual cada subprincípio em que se desdobra o princípio original adiciona a estas novas dimensões e

<sup>174</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 135-137.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 140-141.

<sup>176</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 180.

possibilidades, substituindo o princípio original no papel de vetor exegético dos cânones mais específicos. Há um 'esclarecimento recíproco': o princípio ilumina-se através das suas concretizações, as quais, por sua vez, só assumem seu sentido pleno ao lume do princípio que as engendrou.<sup>177</sup>

Como arremata Humberto Ávila, “os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.”<sup>178</sup>

Robert Alexy acrescenta que os princípios emanam um mandado de que seu cumprimento deve se dar na maior medida, fática e jurídica, possível:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamento de otimização*<sup>179</sup>, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>180</sup>

Essas bases mostram-se indispensáveis para que se possa debruçar sobre os princípios que regem o sistema público de saúde, já que esses não exercem seu papel isoladamente, mas conjugados com os demais princípios constitucionais, especialmente em relação aos mandamentos estruturantes e aos direitos fundamentais.

Os princípios que fundam todo o Sistema Único de Saúde aparecem como subprincípios instrumentais com a finalidade de concretizar os valores fundamentais expressos, principalmente, nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal,<sup>181</sup> que trazem os fundamentos e objetivos da República Brasileira.

---

<sup>177</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 43.

<sup>178</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed., ver. e atual., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.

<sup>179</sup> Conceito utilizado em sentido amplo, incluindo todos os modais deônticos da norma jurídica: proibido, obrigatório e permitido.

<sup>180</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, p. 90.

<sup>181</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Os princípios específicos à saúde ainda reportam-se ao sistema de garantias e direitos fundamentais destinados à realização do direito à vida, à integridade física, à saúde e ao bem-estar pleno, mas, como visto, a efetivação dos princípios depende das possibilidades jurídicas e fáticas.<sup>182</sup>

Adotadas essas premissas em relação aos princípios, imprescindível delimitar em que regime jurídico podemos enquadrar a saúde.

A Ordem Constitucional da Saúde encontra-se especialmente traçada na Seção II, do Capítulo II que trata da seguridade social. O sistema da seguridade social é integrado por três subsistemas, a saber: a previdência social, a saúde e a assistência social, como delineado no artigo 194 da Constituição da República.

Esse mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, trouxe os princípios que devem nortear a seguridade social, a saber:

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

---

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>182</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Sistema Único de Saúde (SUS) – Características e sua inserção no contexto federativo*. 279 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 165.

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Destaca-se que a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, ou seja, por todos os entes da federação, pelas entidades privadas e pelos indivíduos, recebendo, inclusive, tratamento orçamentário particular. Isso porque, a lei orçamentária anual de cada pessoa política que integra a federação deve conter "uma unidade orçamentária própria para a programação de receitas e despesas atinentes à seguridade social, como se depreende do art. 165, § 5º da Constituição Federal, (...)".<sup>183</sup> Assim, verifica-se que a seguridade social conta com planejamento financeiro próprio.

No que se refere especificamente à saúde, a Lei complementar nº 141, 13 de janeiro de 2012, regulamentando o § 3º, do art. 198 da Constituição da República, estabelece que "a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual".

Nessa mesma lei está previsto que os Estados–membros e o Distrito Federal "aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios".

---

<sup>183</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010, p. 65.

Já os Municípios e o Distrito Federal “aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.”

Assim, dada a relevância da saúde como política de estado, o constituinte e o legislador infraconstitucional estabeleceram peremptoriamente a destinação obrigatória de recursos para o financiamento das ações de saúde. Inclusive, no caso da inobservância da aplicação desses recursos poderá acarretar a intervenção no ente federado infrator; o não recebimento de verbas de repasse e; ainda, caracterizar crime de responsabilidade do agente público responsável.

Como acima mencionado, o constituinte alçou o direito à saúde ao status de direito fundamental (art. 6º da Constituição da República), na medida em que se encontra inserido em seu Título II que disciplina “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Dessa feita, toda a sistemática de interpretação constitucional dos direitos fundamentais permite identificar a sua maximização, a rigidez constitucional e sua aplicabilidade imediata, como traçado no capítulo 3.

Vale destacar que a responsabilidade estatal em relação à saúde não se limita à prestação de serviços públicos, mas engloba ainda a regulamentação, fiscalização e controle (art. 197 da Constituição da República), ainda mais quando se permite a sua concretização de forma direta pelo Estado ou pela iniciativa privada.

Nessa esteira, André Ramos Tavares ressalta que a “Constituição expressamente declara que as ações e serviços de saúde são considerados ‘de relevância pública,’”<sup>184</sup> competindo ao Poder Público a sua regulamentação, fiscalização e controle.

A segunda parte do artigo 196 da Constituição da República destaca o acesso universal e igualitário às ações de saúde, ou seja, os recursos e ações na área da

---

<sup>184</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 718-719.

saúde devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficarem restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas, cabendo ao Estado assegurar as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o acesso em todos os níveis de complexidade.<sup>185</sup>

O dispositivo constitucional citado consagra duas normas para o desenvolvimento da atividade estatal: a universalidade e a igualdade nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

O Sistema Único de Saúde é meio pelo qual o Estado se instrumentalizou para concretizar o direito à saúde, através de uma estrutura completa e fincada em princípios constitucionais, em especial o acesso universal e igualitário.

O Sistema Único de Saúde diferencia-se dos demais sistemas que integram a Seguridade Social, isto é, Previdência e Assistência Social, haja vista que a universalização da saúde objetiva atingir toda a população, sem qualquer condição, ao passo que, a Previdência Social, a despeito de também ser concebida em caráter universal, tem em sua estrutura a exigência de contribuição financeira por parte de seus beneficiários, além das demais fontes de custeio como já mencionado. Já a assistência social não depende de qualquer contribuição, mas está voltada apenas para os necessitados e carentes, apresentando um enfoque mais restritivo. Como destaca Mônica de Almeida Magalhães Serrano: “A saúde, diferentemente, é um sistema universal e igualitário, o que implica em acessibilidade a todos, prescindindo-se de qualquer contribuição.”<sup>186</sup>

Assim, temos que a universalidade assegura, de forma específica, que os serviços de saúde devem ser disponibilizados a toda população sem qualquer distinção, haja vista que o SUS não foi concebido apenas para atender a população carente, tampouco para garantir a fruição desses serviços mediante contraprestação.

---

<sup>185</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev. atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 584.

<sup>186</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. São Paulo: Verbatim. 2012, p. 109.

Logo, toda e qualquer ação realizada através do SUS deve ser direcionada a toda a população, ressalvados aqueles casos específicos a determinados grupos de proteção especial (crianças, idosos, mulheres, etc.) em razão de uma condição específica.

Marlon Alberto Weichert destaca ainda que a “universalidade indica, pois, um vetor positivo na atuação do Estado, de promoção ampla do direito à saúde para todos os cidadãos.”<sup>187</sup> Nesse sentido é o que prevê o inciso I do artigo 7º da Lei nº 8.080/90, quando estabelece “a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.”

Como destacado por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o princípio da universalidade é complementado pelo princípio do acesso igualitário,

(...) cujo significado pode ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas, etc., vedada qualquer discriminação sem que haja qualquer fundamentação clínica para tanto.<sup>188</sup>

Por isso, o acesso igualitário ao sistema público de saúde, dentro de uma concepção negativa, veda a discriminação na prestação de serviços e ações de saúde, inclusive nos serviços privados de saúde, como destacado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal<sup>189</sup> e artigo 7º, inciso IV da Lei nº 8.080/90<sup>190</sup>.

Joaquim José Gomes Canotilho, ao comentar a Constituição portuguesa, cujas considerações são aplicáveis ao ordenamento brasileiro, destaca que o princípio da igualdade recebe ainda maior relevância dentro do contexto de um Estado Social que objetiva a promoção material da isonomia:

<sup>187</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Sistema Único de Saúde (SUS) – Características e sua inserção no contexto federativo*. 279 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 166.

<sup>188</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev. atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 584-585.

<sup>189</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>190</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de 'justiça social' e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro lado, ela é inerente à própria ideia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades...<sup>191</sup>

O comando constitucional que assegura a igualdade de tratamento junto ao sistema público de saúde pode gerar polémicas quanto ao acesso ao sistema por pessoas de maior poder aquisitivo, por suposta violação à equidade, haja vista que a saúde, como direito social, estaria prioritariamente voltada aos indivíduos mais carentes. No entanto, como pondera Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Trata-se, contudo, de um falso dilema, já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art.196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja simultaneamente universal e igualitário. Logo, uma pessoa que possua condição económica pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições iguais com os demais cidadãos, o que acaba por determinar naturalmente uma situação de equidade.

A igualdade relacionada ao cuidado com a doença pode ser bem expressa pela máxima: pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive no que tange a exames de apoio ao diagnóstico, prazos, acomodações etc. A ideia de igualdade perante os serviços públicos de saúde, aliás, não é diferente daquela exigida pelo princípio republicano em relação a qualquer órgão ou serviço público.<sup>192</sup>

Como todo serviço realizado em estruturas públicas de saúde integra o SUS (art. 4º da Lei nº 8080/90),<sup>193</sup> seja ele público ou privado, devem se submeter a todos os princípios e regras constitucionais, em especial, o da igualdade.

Sob outra perspectiva, o princípio da igualdade, preponderantemente, busca a isonomia material, o que permite o Estado promover prioritariamente ações estatais de saúde em regiões mais carentes desses serviços.

<sup>191</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 567.

<sup>192</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010, p. 73.

<sup>193</sup> Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Como corolário da universalidade e da igualdade, é vedado a qualquer ente da federação a discriminação de indivíduo em razão de sua origem ou domicílio, ainda mais porque o SUS é composto por uma rede integrada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Outro aspecto de suma importância a ser abordado refere-se ao princípio da gratuidade dos serviços de saúde, como regra implícita contida no princípio da universalidade que, muito embora não tenha sido expressamente contemplada pela Constituição, está prevista no art. 43 da Lei nº 8.080/90.<sup>194</sup>

O ponto importante dessa discussão refere-se à possibilidade da reversão dessa opção do legislador ordinário dentro da configuração do Estado Social brasileiro, a fim de que os serviços estatais de saúde passem a ser cobrados da população.

Primeiramente, tem-se que a gratuidade se extrai do princípio da universalidade, determinando ao Estado o dever de cuidar da saúde de todos os cidadãos, sem qualquer distinção, diferentemente do que ocorria ao tempo do INAMPS/INPS, quando apenas os segurados do sistema tinham o direito ao atendimento à saúde. Assim, a cobrança por esse serviço representaria a restrição de grande parte da população ao acesso à saúde, o que se mostra incompatível com a universalidade. Da mesma forma, a cobrança pelos serviços da parcela dos cidadãos que tenham condições financeiras para tanto também se mostra indevida, haja vista que a saúde é direito subjetivo de todos os cidadãos, é direito universal.

Consequentemente, é possível afirmar que os conceitos de universalidade e de onerosidade são auto excludentes.

Outrossim, importante trazer à baila que a prestação estatal de assistência à saúde caracteriza-se por ser “um serviço público indivisível, incompatível com a

---

<sup>194</sup> Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

cobrança de taxas (artigo 145, inciso II, da Constituição Federal) e, muito menos, de preço público (pois essa espécie de cobrança traz subjacente o conceito de serviço estatal prestado com fins de lucro e com natureza contraprestacional”).<sup>195</sup> Por isso, o custo do Estado com a saúde pública deve ser suportado através da arrecadação genérica de impostos.

Indispensável considerar ainda o fato das condições de pobreza em que vive grande parte da população brasileira, o que reduz a possibilidade da pretensão de se cobrar pelos serviços de saúde. Por conseguinte, a gratuidade é meio pelo qual o Estado realiza o princípio da universalidade em face da realidade social brasileira.

Sob outra perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet questiona a aplicação dos princípios de acesso universal e igualitário do serviço público de saúde sem qualquer limitação em relação àqueles indivíduos que tenham condições financeiras de arcar com os custos de planos de saúde privados, já que para ele:

(...) a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde. Considerando que a própria Constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de serviços de saúde (pagos diretamente pelas pessoas que a estes sistemas resolvem aderir), além do fato de cada vez mais vozes sustentarem que o particular que contribui para o plano de saúde privado não poderá ser atendido pelo SUS, já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável.<sup>196</sup>

Para Sarlet, justificar a gratuidade do sistema ao simples fato de que o acesso à saúde é pago por todos através de recolhimento de impostos não se sustenta, ainda mais numa sociedade desigual como a brasileira. Ademais, para esse doutrinador, a maioria da população se encontra na faixa de isenção do imposto sobre a renda, aduzindo ainda ser indispensável conjugar as situações de acordo com o caso concreto, valendo-se o intérprete da conexão entre o princípio da

---

<sup>195</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Sistema Único de Saúde (SUS) – Características e sua inserção no contexto federativo*. 279 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000, p 170.

<sup>196</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 594-595.

igualdade, em vertente material, e da proporcionalidade, conclamando a rediscussão da gratuidade em relação ao acesso à saúde pública.<sup>197</sup>

Sob outro prisma, Marlon Alberto Weichert entende ser cabível o ressarcimento do Poder Público pelo atendimento dos usuários de planos de saúde perante o SUS, sob o argumento de que a gratuidade reside na relação Estado-cidadão, permitindo a cobrança das empresas privadas dos custos incorridos pelo SUS no atendimento dos usuários de planos de saúde, sob o argumento de evitar o enriquecimento sem causa das operadoras.<sup>198</sup>

Contudo, os argumentos utilizados pelos autores citados não nos parecem robustos o bastante para vedar a utilização dos equipamentos do SUS pelos usuários dos planos de saúde, tampouco obrigar o ressarcimento do Estado pelas operadoras de planos de saúde – ressarcimento ao SUS (art. 32, da Lei nº 9.656/98).

Primeiramente, porque a saúde não é apenas custeada com os recursos oriundos do imposto de renda, mas através da receita de inúmeros tributos, até mesmo porque, o artigo 167, IV, Constituição Federal veda qualquer vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.

Em segundo lugar, quando os usuários de planos de saúde são atendidos em aparelhos do SUS, as respectivas operadoras são compelidas a ressarcir as despesas de seus clientes ao Sistema, conforme o disposto no o artigo 32 da Lei nº 9.656/98 (Ressarcimento ao SUS),<sup>199</sup> gerando custo à empresa que, certamente, será incluído nos correspondentes cálculos atuariais para a precificação das mensalidades dos planos de saúde, ou seja, quem de fato, ainda que indiretamente, pagará a conta são os cidadãos detentores do direito subjetivo público de acesso

---

<sup>197</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>198</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.171-172.

<sup>199</sup> Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

aos serviços de saúde prestados pelo Estado de forma gratuita, como, implicitamente é assegurado pela Constituição.

Dessa forma, a distinção dos indivíduos entre aqueles usuários de planos de saúde e não beneficiários desses serviços não pode afetar o acesso universal, igualitário e gratuito ao sistema público de saúde, já que representam garantias constitucionais, sendo defeso o estabelecimento de qualquer restrição por parte do administrador público, pelo agente regulador, tampouco pelo legislador infraconstitucional.

#### **4. 3. 2 DA ESTRUTURA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO**

A despeito de não constituir o objeto central desta pesquisa, mostra-se relevante traçar a estrutura básica do Sistema Único de Saúde – SUS, a fim de permitir uma construção coerente da participação da iniciativa privada no sistema de saúde, em especial, no sistema de saúde suplementar.

A instituição do SUS está prevista no artigo 198 da Constituição da República e, conforme cânone constitucional, foi concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada através de um sistema de cooperação entre União, Estados e Municípios que, através da comunhão de esforços devem prestar atendimento à saúde de toda população.

O Sistema Único de Saúde é orientado pelos princípios da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade.<sup>200</sup>

A descentralização do SUS traduz a ideia de direção única em cada esfera de governo, ou seja, a gestão do sistema no âmbito federal é de responsabilidade do

---

<sup>200</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. São Paulo: Verbatim. 2012, p. 109.

Ministro da Saúde, ao passo que, nas esferas dos Estados e dos Municípios, a gestão será exercida pelos respectivos Secretários de Saúde. A descentralização ainda indica que caberá aos Municípios o atendimento básico à população, enquanto os Estados ficam responsáveis pelos atendimentos de alta complexidade, ficando com a União a gestão de todo o sistema.<sup>201</sup>

Em relação à obrigatoriedade de se prestar atendimento integral, tem-se que o Estado deverá gerir sua atuação, tanto no campo das políticas públicas de prevenção, inclusive no que diz respeito ao saneamento básico, alimentação, etc., quanto no atendimento médico-hospitalar, prestando assistência farmacêutica,<sup>202</sup> na medida em que a concepção do SUS é um modelo de saúde voltado para o atendimento das necessidades da população, “na maior medida possível” e, assim, consolidando os direitos da cidadania. Portanto, a saúde passa a ter fatores determinantes como, alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, acesso aos serviços essenciais e lazer.

A participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde é realizada através dos Conselhos de Saúde, formados em todos os níveis da federação, com caráter deliberativo, como estabelecido na Lei nº 8.142/90.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 199,<sup>203</sup> permitiu a participação da iniciativa privada no sistema de saúde brasileiro, tanto em sua forma complementar, atuando junto ao sistema público de saúde através de celebração de contrato público ou convênio com a Administração ou, no campo suplementar,

---

<sup>201</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>202</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev. atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 585.

<sup>203</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

através da oferta de planos de saúde pelas empresas operadoras aos consumidores em geral.

Para regular a atuação da iniciativa privada no campo da saúde, posto que trata-se de segmento estratégico de política social do Estado, a Lei nº 9.961/2000, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a qualidade da assistência suplementar à saúde a toda sociedade.

No entanto, vale mencionar que antes mesmo da criação do órgão regulador – ANS – o mercado da saúde suplementar, que há décadas era autorregulado pelas “leis de mercado”, passou a ser disciplinado pela Lei nº 9.656/98, sendo, no entanto, modificada para harmonizar suas regras e princípios com a lei que instituiu a aludida agência.

Esses apontamentos se fazem necessários para indicar o regime jurídico e os princípios constitucionais aplicáveis ao sistema público de saúde e, assim, fazer um contraponto em relação ao regime jurídico aplicável aos contratos de assistência à saúde celebrados no âmbito das relações privadas, haja vista que, como será desenvolvido, em muitos casos há a transferência da responsabilidade estatal para o agente privado numa repulsiva socialização do sistema de saúde.

Na medida em que os usuários dos planos de assistência à saúde são inseridos na qualidade de consumidores de serviços, se faz necessária a abordagem da proteção do consumidor como direito fundamental, bem como os princípios informadores nas relações de consumo no capítulo que segue, a fim de conformar as normas jurídicas consumeristas com os demais regramentos de intervenção estatal no mercado da saúde suplementar brasileiro, em especial com aquelas contidas na Lei nº 9.656/98.

## 5. DA INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

### 5.1 A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Antes abordarmos a proteção ao consumidor como direito fundamental, mostra-se necessário traçar as formas de intervenção estatal no domínio econômico, em especial nas relações de consumo havida no seio das contratações entre planos de saúde e seus usuários-consumidores, na medida em que o próprio regramento consumerista e o setor regulado da saúde suplementar caracterizam-se por uma robusta intervenção estatal nessas relações privadas.

Como leciona Diógenes Gasparini, “As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados.”<sup>204</sup> No entanto, essa ordem pode ser deformada ou até mesmo eliminada por diversos fatores, tais como: monopólios, oligopólios, trustes, cartéis, dentre outras espécies de concentração de poder econômico que podem levar a sociedade a vivenciar diversas formas de abuso de poder, com as consequências inerentes a esse fato. Essas distorções da ordem econômica acabam por sufocar iniciativas, aniquilar a concorrência, além da dominação de mercados nas mãos de poucos grupos, tendo como resultado o desestímulo à produção, à pesquisa e ao aperfeiçoamento.

Diante dessas nefastas consequências que o livre mercado pode acarretar à sociedade de uma forma geral, o Estado se vê compelido a intervir na ordem econômica, com o objetivo de proteger os regimes da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados e, com isso, harmonizar a característica da economia atual da liberdade de iniciativa e do ganho do lucro com o interesse social.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 885.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 886.

A intervenção estatal no domínio econômico está expressamente entabulada nos artigos 173 e 174 da Constituição da República.<sup>206</sup> O primeiro dispositivo permite que o Estado brasileiro explore diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Já o artigo 174, outorga ao Estado o poder de exercer, nos termos da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, isto é, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Como pondera José Afonso da Silva: “Não raro se emprega a expressão *intervenção no domínio econômico* num sentido amplo para abranger todas as formas de atuação do Estado na economia.”<sup>207</sup> Esse mesmo autor distingui duas

---

<sup>206</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

<sup>207</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013 São Paulo: Malheiros, 2014, p. 819.

modalidades de atuação estatal, a saber: a participação e a intervenção, tomada esta última em sentido restrito. Para esse autor:

A primeira com base nos arts. 173 a 177, caracterizando o Estado administrador de atividades econômicas; a segunda fundada no art. 174, em que o Estado aparece como *agente normativo e regulador da atividade econômica*, que compreende as funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica.<sup>208</sup>

De uma forma geral, a intervenção estatal na economia objetiva garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF/88), permitindo ao Estado restringir, condicionar ou ainda suprimir a iniciativa privada em determinado segmento econômico. Portanto, tais atos interventivos somente poderão ser implementados se compatibilizados com o princípio constitucional da livre iniciativa e demais preceitos informadores do Estado Democrático de Direito prescritos na Constituição da República. Nessa esteira também são as lições de Lúcia Valle Figueiredo:

As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.<sup>209</sup>

Diante das premissas expostas, Diógenes Gasparini conceitua a intervenção do Estado no domínio econômico como “todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais”.<sup>210</sup>

Grande parte da doutrina<sup>211</sup> identifica várias formas de intervenção estatal, tais como: o controle de preços e de abastecimento, a repressão ao abuso do poder econômico, o monopólio, a fiscalização, o fomento e o planejamento.

<sup>208</sup> Ibidem, p. mesma página.

<sup>209</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 90.

<sup>210</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 886.

<sup>211</sup> Diógenes Gasparini, José Afonso da Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, dentre outros.

A análise acerca da intervenção estatal no domínio econômico que interessa à presente pesquisa diz respeito à regulamentação através de medidas legislativas que objetivem a manutenção da livre concorrência e o respeito aos direitos fundamentais, além da presença do Estado nos segmentos de mercado que, em razão de sua relevância, como a saúde, exigem uma fiscalização estatal contínua e especializada, a fim de devolver a economia à sua normalidade, com a pretensão de se estabelecer, na medida do possível, a equidade nas relações jurídicas, em especial, naquelas em que haja a vulnerabilidade de uma das partes.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceu-se um sistema normativo de proteção ao consumidor - direito individual e fundamento da ordem econômica -, além do regulamento específico da saúde suplementar através da Lei nº 9.656/98, cujo segmento econômico será fiscalizado e regulado pelo Estado através da Agência Nacional de Saúde Suplementar criada pela Lei nº 9.961/2000.

É venerável que o Estado, por meio das agências reguladoras, possa influir na organização das relações econômicas de modo constante e especializado, com o emprego de instrumento de autoridade, conferindo aos agentes incumbidos dessa intervenção boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político em busca do interesse coletivo.

Todavia, o texto constitucional definiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, em que todo o poder emana do povo – que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente – e onde os três Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - são independentes e harmônicos entre si, além de estabelecer, como sua pedra angular, o princípio da legalidade.

Por isso, pode-se afirmar que, o Estado brasileiro intervém no segmento econômico da saúde suplementar através de medidas legislativas, reguladoras e fiscalizadoras, tendo em vista a sua relevância não só para economia nacional, mas ainda para todo o sistema de saúde, haja vista que proporciona o desafogamento dos equipamentos públicos desse setor e, de forma mediata, contribui, sobremaneira, com realização do direito fundamental à saúde.

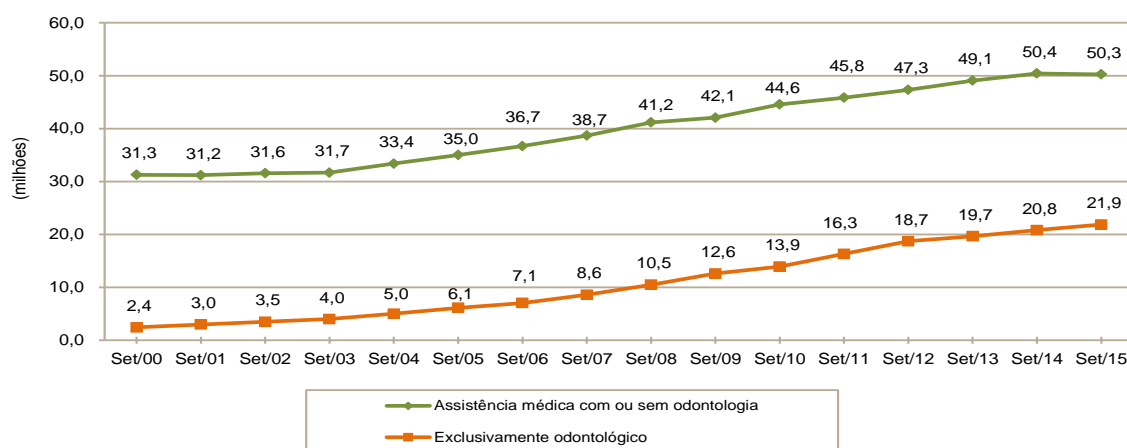
## 5. 2 CONSIDERAÇÕES MERCADOLÓGICAS E SOCIAIS DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Antes de trabalharmos as peculiaridades da intervenção estatal na saúde suplementar – direito do consumidor e Lei nº 9.656/98 -, interessante vislumbrar alguns índices fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia especial que regula esse mercado, que demonstram a relevância desse sistema e o impacto negativo que o ativismo judicial nesse segmento pode acarretar.

Os serviços privados de assistência à saúde no Brasil surgiram no final da década de 60 sob a forma de planos de assistência médica e, posteriormente, na década de 90 houve a sedimentação dos chamados seguro-saúde.

Segundo dados da ANS,<sup>212</sup> em 2015, pouco mais de 35% da população brasileira era beneficiária de planos de saúde, o que representa aproximadamente mais de 50 milhões de vínculos de usuários de planos privados de assistência médica e quase 22 milhões de vínculos a planos exclusivamente odontológicos, mas se considerada apenas parte da população beneficiária de planos privados de assistência médica, excluídos os planos odontológicos, esse percentual cai para menos de 25%, como se verifica a evolução desse mercado no gráfico abaixo:

**Beneficiários de planos privados de assistência à saúde Brasil (2000-2015)**

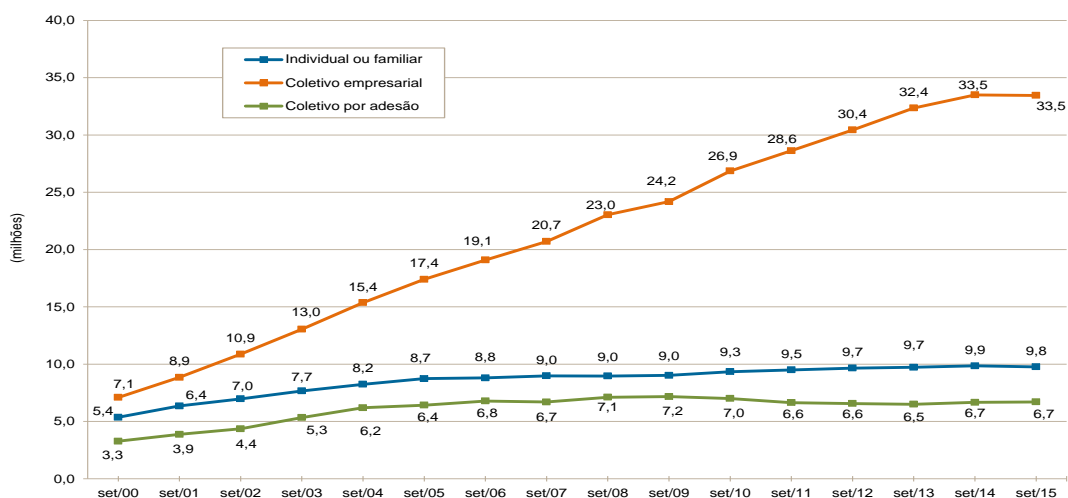


<sup>212</sup> Disponível em: <<http://ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>> Acesso em: 29.12.2015.

Como se vê, temos um triste quadro, pois menos de ¼ (um quarto) da população brasileira tem condições de dispensar o atendimento em estabelecimentos do SUS por uma assistência privada, ou seja, 75% da população do país, justamente a parcela que mais necessita de atendimento de saúde, a de renda mais baixa, enfrenta grande dificuldade de acesso ao sistema.

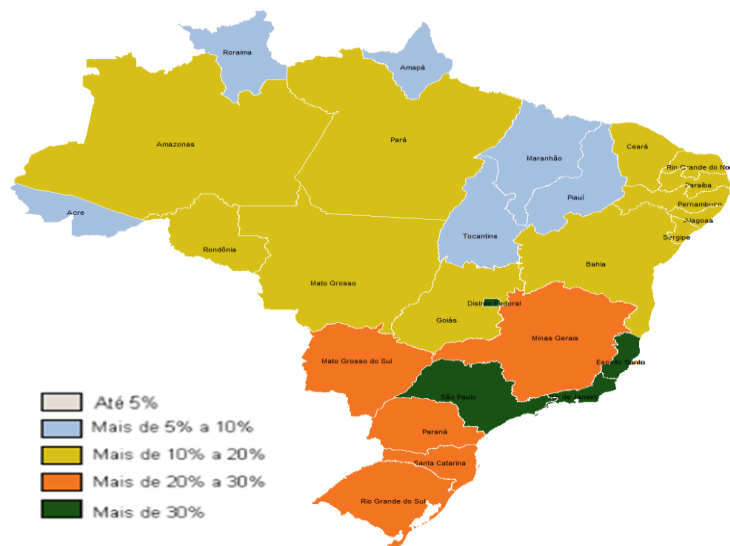
Outro dado relevante, demonstra que mais de 66% dos das contratações são realizadas através de contratos empresariais, ou seja, mais de 33 milhões de usuários integram planos de saúde por essa modalidade contratual, como se verifica no gráfico que segue:

**Beneficiários de planos de assistência médica por tipo de contratação do plano (Brasil - 2000-2015)**



Segundo dados fornecidos pela ANS, as regiões economicamente mais desenvolvidas, cuja população possui maior poder aquisitivo, apresentam indicadores que atestam maior utilização da rede privada de saúde em razão das condições precárias da Saúde Pública, como é notório:

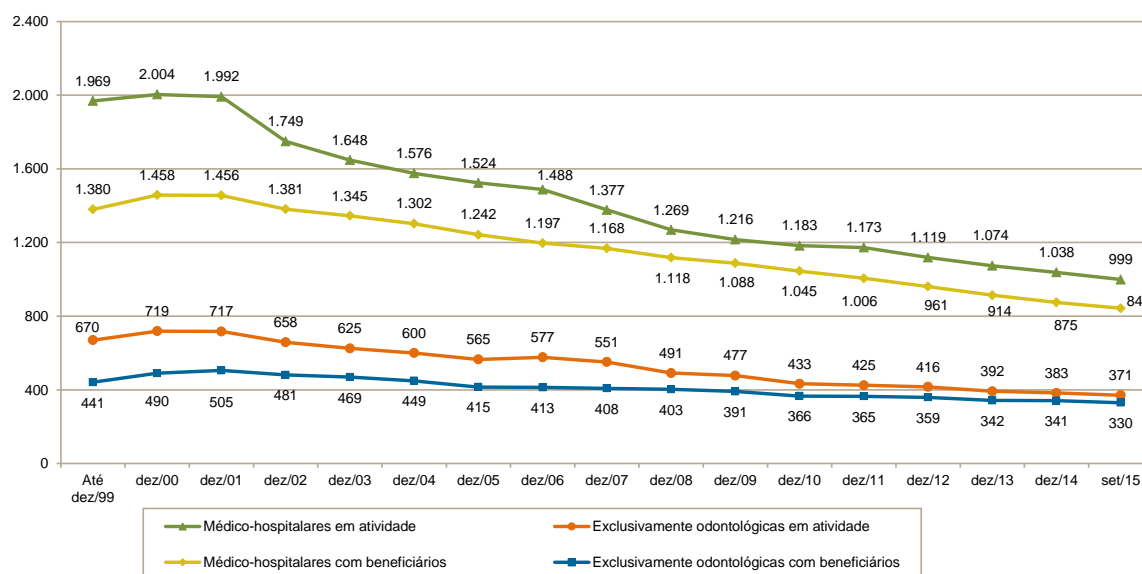
## Taxa de cobertura dos planos privados de assistência médica por Unidades da Federação (Brasil - setembro/2015)



Com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, as operadoras de planos de saúde que atuavam nesse mercado passaram a ter que cumprir diversas exigências de toda ordem, tais como: rol de coberturas mínimas, limitação de reajustes, oferecimento de garantias operacionais, fiscalização contábil permanente, intervenções fiscais, pagamento de taxas, dentre outras medidas regulatórias.

Em face dessas novas exigências regulatórias, bem como em virtude do desequilíbrio contratual verificado, principalmente, como consequência de inúmeros provimentos judiciais concessivos de procedimentos não cobertos, como adiante será desenvolvido, muitas operadoras de planos de saúde tiveram suas atividades encerradas, com uma redução de quase 49% (quarenta e nove por cento) na quantidade de empresas que atuavam nesse segmento, como apontado no gráfico a seguir:

### Evolução do registro de operadoras (Brasil - dezembro/1999-setembro/2015)

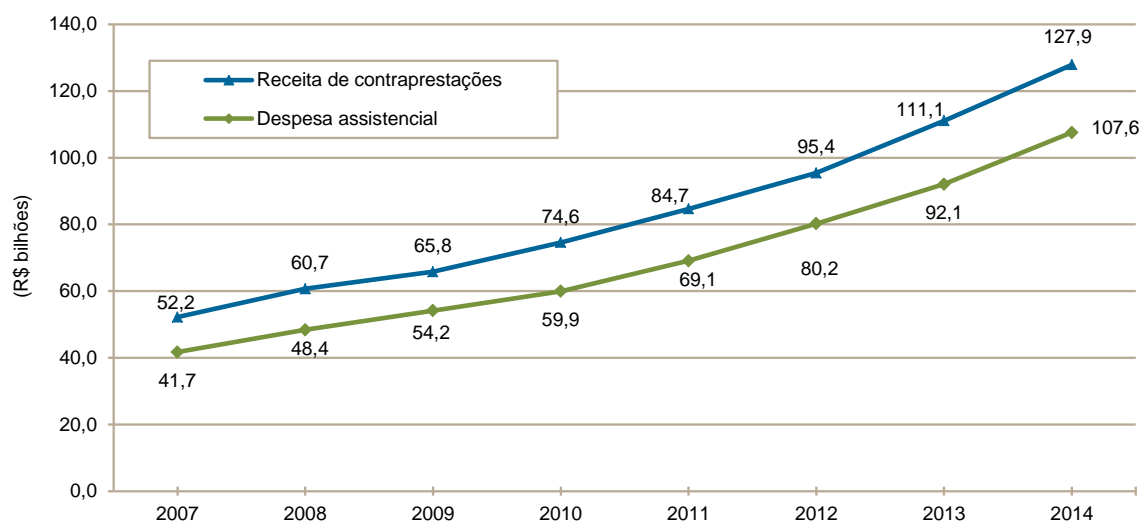


Por fim, a despeito da redução do número de operadoras atuando no mercado da saúde suplementar, as receitas financeiras oriundas da contraprestação pela comercialização dos planos de saúde não param de aumentar. No entanto, é crível apontar também que os custos assistenciais crescem na mesma proporção, sendo indispensável o equilíbrio dessas contas para a viabilidade de todo o sistema de saúde, inclusive o público.

### Receitas e despesas de todas as operadoras, por tipo (Brasil - 2003-2014)

Ano	(R\$)					
	Receita de contraprestações	Outras receitas operacionais	Despesa assistencial	Despesa administrativa	Despesa de comercialização	Outras despesas operacionais
2003	28.743.370.347	0	23.237.207.379	5.475.908.454	0	0
2004	32.629.463.596	0	26.354.641.507	5.929.473.095	0	0
2005	37.270.266.053	0	30.108.382.117	6.588.542.782	0	0
2006	42.626.707.014	0	33.697.080.752	7.507.404.666	0	0
2007	52.194.429.515	8.589.403.113	41.720.919.728	9.994.783.792	1.387.054.482	8.145.465.111
2008	60.677.545.630	9.151.457.115	48.401.291.268	10.706.808.554	1.734.944.417	8.650.560.950
2009	65.806.993.367	12.025.241.077	54.164.474.738	11.360.381.065	2.008.275.072	10.059.462.772
2010	74.597.934.688	14.005.747.220	59.943.407.134	12.266.213.577	2.328.511.209	12.453.620.336
2011	84.655.292.240	15.306.673.405	69.092.778.532	13.196.822.925	2.752.664.358	14.199.396.193
2012	95.439.780.221	14.487.271.787	80.231.990.172	14.047.055.312	3.155.895.436	13.602.423.978
2013	111.068.227.812	15.128.412.321	92.068.052.821	14.826.018.313	3.603.737.260	13.914.079.906
2014	127.903.821.811	16.003.516.193	107.565.835.336	16.545.831.119	4.182.159.764	15.345.165.626

### Receita de contraprestações e despesa assistencial de todas as operadoras (Brasil - 2007-2014)



Concluído esse panorama geral do segmento, nos subcapítulos a seguir, passaremos a trabalhar a proteção aos usuários dos planos de saúde à luz da legislação consumerista, bem como em razão da legislação específica (Lei nº 9.656/98), como instrumentos de intervenção estatal na economia.

### 5. 3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS DA DEFESA DO CONSUMIDOR.

Nesta parte do trabalho serão abordadas as particularidades acerca da intervenção estatal através de medidas legislativas que conferem proteção ao consumidor de uma forma geral e no subcapítulo seguinte os pontos específicos referentes aos contratos de prestação de serviços de assistência à saúde celebrados entre as respectivas operadoras e os beneficiários desses planos.

### 5. 3. 1 UMA NOVA REALIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Diferentemente do direito à saúde, tratado no capítulo anterior, a defesa do consumidor, como direito fundamental, é novidade no ordenamento brasileiro, trazida apenas com a Constituição de 1988, mais precisamente no inciso XXXII do artigo 5º,<sup>213</sup> demonstrando a preocupação do constituinte com as modernas relações de consumo e a necessidade de proteção da parte economicamente vulnerável. Inclusive, a defesa do consumidor foi concebida como princípio norteador da ordem econômica e financeira no inciso V do artigo 170.<sup>214</sup>

Assim como no Brasil, em outros países, a constitucionalização da defesa do consumidor com status de direito fundamental e princípio geral da atividade econômica, é fenômeno recente, nada se aferindo em textos constitucionais pretéritos. Nas lições de José Afonso da Silva, foi a Constituição portuguesa de 1976 a primeira a contemplar a proteção do consumidor de forma avançada, seguida pela Constituição espanhola de 1978, sendo que ambas serviriam de modelo para a Constituição brasileira de 1988.<sup>215</sup>

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior destacam a importância do uso da expressão “defesa”, por parte da Constituição da República, o que denota o reconhecimento do consumidor como parte mais vulnerável da relação consumerista, razão pela qual é mister a intervenção estatal nesses casos para compensar o desequilíbrio de fato.<sup>216</sup>

Antes da Constituição da República de 1988 não haviam instrumentos capazes de proteger os direitos básicos do consumidor nos campos da saúde,

---

<sup>213</sup> Art. 5º.

...

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>214</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013 São Paulo: Malheiros, 2014, p. 265-266.

<sup>216</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev. atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 568.

transporte, educação, alimentação, dentre outros. No entanto, com a vigente ordem constitucional, a defesa do consumidor foi alçada ao status de direito individual e, ainda, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que o Congresso Nacional deveria, no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborar o código de defesa do consumidor.

A despeito de não observado o referido prazo, foi editada a Lei nº 8.078/90, a qual regulamentou o preceito constitucional de defesa do consumidor, estabelecendo as regras e princípios necessários à proteção das relações de consumo e do próprio consumidor, inclusive no campo processual.

Vale destacar que, essa inovação constitucional, em termos de direitos fundamentais - de proteção ao consumidor -, deve ser compatibilizada com os demais preceitos tradicionais também previstos em nossa Constituição, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Sobre esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e das outras providencias. Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "marco" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "marco" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.<sup>217</sup>

Essa nova tendência inaugurada com a ordem constitucional de 1988 em relação aos contratos de consumo, aliada à denominada "função social do contrato",

---

<sup>217</sup> ADIn. Nº 0319/DF-QO. STF. Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ, Seção I, 30/04/1993, p. 7563.

prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor, quanto no Código Civil de 2002, há muito já era destacada por Orlando Gomes:

Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tentativas para correção do desequilíbrio. A primeira consistiu na promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A Segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no dirigismo contratual, exercido pelo Estado através de leis que impõe ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam a conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder público.”<sup>218</sup>

Acerca dessa nova estrutura do ordenamento brasileiro atinente às relações de consumo, Nelson Nery Júnior leciona que:

(...) é nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar. Não vamos chegar à pessimista perspectiva de Ripert e afirmar que tudo se tornará Direito Público, como que renunciado o fim do Direito Privado, nem que está havendo uma generalização das normas de Direito Público, indicadora da publicização do Direito Privado. Mas com certeza podemos afirmar que há uma tendência de equilíbrio entre o Direito Público e o Direito Privado, que não mais se sustentaria se prevalecido o liberalismo exagerado do século passado.<sup>219</sup>

Nessa novel disposições das coisas, ao Estado é atribuída a função de promover a proteção dos segmentos vulneráveis da sociedade, portanto, através desse intervencionismo estatal verifica-se o surgimento de um dirigismo contratual mais acentuado, com a limitação da autonomia privada, a fim de restabelecer o equilíbrio das relações contratuais, tornando-as mais paritárias, assim como se verificou quando do surgimento do *Welfare State*, como assentado por Inocêncio Mártires Coelho:

A emergência desse novo direito insere-se, como é sabido, na transição do Estado Liberal para o Estado Social, exatamente porque as *relações de consumo* – tal como as relações jurídicas em geral -, tendo se tornado ilegítimas, pela quebra do equilíbrio entre os sujeitos de direito – estavam a reclamar uma nova atitude do legislador para absorver e/ou racionalizar, na

<sup>218</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 09.

<sup>219</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto, 7ª ed., 2001, p. 446.

medida do possível, a *revolta dos fatos contra os códigos*, na feliz expressão de Gaston Morin denunciou a perda de sintonia entre os modelos jurídicos herdados do liberalismo em suas múltiplas facetas e a realidade socioeconômica gerada pela Revolução Industrial e pela conseqüente formação do operariado como classe social.

Nesse contexto, é fácil compreender por que, no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado, conferindo-se-lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo. Trata-se, no particular, de uma ideia essencialmente idêntica à que inspirou, desde as suas origens, a legislação trabalhista como instrumento de proteção do trabalhador, para tanto considerado a parte frágil da relação de emprego.<sup>220</sup>

No entanto, Paulo Luiz Lobo, discorrendo sobre as causas da interferência estatal na autonomia privada, não se limita a justificar a necessidade de proteção da parte economicamente mais vulnerável para se atingir uma equidade contratual, destacando, ainda, que essa desigualdade econômica sempre esteve presente na história da sociedade capitalista. Para ele, o dirigismo contratual tem origem em motivações políticas e econômicas, e, para fundamentar sua posição aponta as lições de Friedman, a saber:

1. O generalizado processo de concentração de negócios e capitais, com a produção em massa de contratos padronizados, em termos de "take it or leave it";
2. A crescente substituição das negociações individuais em negociações coletivas na sociedade industrial;
3. A tremenda expansão das funções de prestador de serviço e de bem-estar assumidas pelo Estado, resultando em crescimento de dirigismo e de contratos em que o próprio Estado e suas entidades são partes;
4. O aumento, ao longo do século XX, de certos fenômenos econômicos, tais como guerras, revoluções; inflação, tendo como resultado a doutrina da frustração do contrato.<sup>221</sup>

Em virtude dessa nova estrutura, a análise dos contratos e demais negócios jurídicos passam a não se limitar apenas em razão de eventuais ilicitudes ou a sua conformação com as normas jurídicas regulamentadoras expressas sobre determinado tema, passando a ser indispensável considerar se a atividade privada de contratar atende concretamente os valores fundamentais eleitos pela nova ordem constitucional, inclusive, se o contrato realiza a sua função social.

---

<sup>220</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1541.

<sup>221</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 52, p. 64-78, abr./jul. 1990.

Ainda, importante destacar que a Constituição brasileira de 1988 exerce papel preponderante na intervenção estatal nas relações privadas, na medida em que contém previsão expressa a uma ordem econômica e social voltada à concretização de diversos preceitos fundamentais, dentre os quais, a defesa do consumidor que, da forma como positivada, perfaz inegável norma de cunho principiológico. Com isso, em diversas situações verifica-se que o legislador pretende limitar e ampliar direitos nas relações contratuais em detrimento de princípios já consagrados, como a autonomia privada e a força obrigatória das avenças, respectivamente. Dessa forma, a liberdade de escolha da cláusula contratual, por exemplo, encontra limites na ordem pública, denotando-se manifesto intervencionismo estatal.

Considerando a necessidade de norma para regular a evolução experimentada nas relações privadas, em especial no contexto de uma sociedade de consumo de massa - “*mass consumption society*” -, caracterizada pelo crescimento incontável da oferta de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e da propaganda, além da ampliação do acesso à justiça, foi promulgada a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor -, dando cumprimento aos mandamentos constitucionais de defesa do consumidor, inovando no regramento dessas relações, traçando normas particulares quando, diante do caso concreto, determinada relação jurídica esteja caracterizada como de consumo, isto é, quando as partes da relação estejam enquadradas nos conceitos de consumidor e fornecedor, nos moldes dos artigos 2º e 3º, do CDC,<sup>222</sup> respectivamente e, portanto, aplicáveis todos os instrumentos materiais e formais de proteção ao consumidor em razão de sua vulnerabilidade.

---

<sup>222</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A despeito de diversos especialistas do direito consumerista considerarem a Lei nº 8.078/90 como uma codificação autônoma e suficiente, afastando assim, a aplicação, ainda que subsidiária, de outras normas e criando um verdadeiro “microcosmo jurídico”, essa não parece ser a melhor orientação, como bem assinala Claudia Lima Marques ao comentar a doutrina de Erik Jayme sobre o assunto:

“Diálogo das fontes” é a expressão visionária do grande mestre Erik Jayme. Diálogo entre diferenças, como resposta pós-moderna ao desafio da aplicação das leis no complexo sistema de direito privado atual. Em outras palavras, a “solução” do denominado “conflito de leis no tempo” emerge como resultado de um diálogo (aplicação simultânea, coerente e coordenada) das mais heterogêneas fontes legislativas, iluminadas todas pela nova força da Constituição. Fontes plurais que não mais se excluem – ao contrário, mantêm as duas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a estas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional.<sup>223</sup>

De forma objetiva, Claudia Lima Marques traça o modo como o referido “diálogo das fontes” deve ocorrer:

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o “diálogo das fontes” (*dialogue de sources*), atual e necessário, a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).<sup>224</sup>

Essa afirmação é atestada pelo Enunciado nº 167 do CJF/STJ, segundo o qual: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

Com o objetivo de maior intervenção estatal nos contratos de assistência à saúde, que representam manifesta relação de consumo, o legislador promulgou a

<sup>223</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 691-692.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 695-696.

Lei nº 9.656/98, a qual regulamentou a atuação dos planos e seguros privados de assistência à saúde e, a Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial com a finalidade institucional de regulamentar, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência à saúde suplementar.

Corroborando a assertiva acima, Marcelo Schenk Duque acentua que “O legislador, ao redigir o Código de Defesa do Consumidor em conjunto com outras normas, normatizou uma série de situações que visam a cumprir o mandamento constitucional de proteção ao consumidor.” É por essa premissa que ele concluiu que: “o próprio Código de Defesa do Consumidor deve coexistir com outras fontes normativas, onde nenhuma delas tem aplicação excluída de antemão”.<sup>225</sup>

Ao discorrer acerca da unidade do ordenamento jurídico com fundamento na ideia de convergência do direito privado para a Constituição, Marcelo Schenk Duque leciona:

(...) a constituição converte-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, excluindo, assim, um isolamento entre o direito constitucional e o direito privado. A partir do instante em que todos os âmbitos jurídicos *convergem* para a constituição, criam-se os pressupostos para a manutenção de um *diálogo permanente entre as fontes* pautado pelos valores da constituição e em atenção à primazia de conhecimento de cada âmbito particular, que representa um esforço na busca de novas soluções de caráter plural, com as quais se visa a evitar antinomias pela correta aplicação dos campos de aplicação da norma. Esse atual e necessário diálogo das fontes permite e conduz à aplicação simultânea e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva das partes que integram os contratos de consumo.

(...)

Nessa conexão de elementos, para que a constituição confira unidade ao ordenamento jurídico, ela deve atuar como centro para a interpretação jurídica, razão pela qual todos os âmbitos jurídicos *convergem* para a Constituição. Trata-se, essencialmente, de uma *convergência na interpretação*, que permite e fundamenta o diálogo das fontes, desempenhando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais um papel de extrema relevância na pré-compreensão que é indispensável para a interpretação de outros setores do direito.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> 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. 386.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 392-393.

Assim, diante dessa nova legislação e considerando as premissas adotadas nos parágrafos anteriores, pode-se concluir que os contratos de assistência à saúde são regidos pelas regras gerais do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, bem como pela Lei nº 9.656/98 e demais atos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar dentro de sua competência institucional e nos limites dos poderes que lhes foram outorgados pelo legislador.

### **5. 3. 2 DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Logo em seu artigo 1º, o Código de Defesa do Consumidor<sup>227</sup> traz um princípio implícito, qual seja, o *princípio do protecionismo ao consumidor*, como preceito inerente à dignidade da pessoa humana, no intuito de consolidar a proteção dos “direitos de terceira geração”, atinentes com a vida fraterna em sociedade. O protecionismo ao consumidor ainda é destacado no artigo 47 da lei consumerista,<sup>228</sup> daí porque a quase unanimidade da doutrina confere à Lei nº 8.078/90 a qualidade de norma pública, de interesse social e caráter cogente.

A natureza pública de interesse social acarreta diversas consequências práticas. Em primeiro lugar, as regras da Lei nº 8.078/90 não podem ser afastadas por convenção das partes, sob pena de nulidade, inclusive é o disposto em seu artigo 51, inciso XV.<sup>229</sup> Outra consequência prática, diz respeito à legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses dos consumidores e, pelo próprio conceito e possibilidade de ações coletivas, para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. E, por fim, tem-se que todas as normas protetivas devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, na eventualidade de cláusula abusiva.

---

<sup>227</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>228</sup> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

<sup>229</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Todos os demais princípios reconhecidos na lei consumerista decorrem do *protecionismo ao consumidor*, como bem assinala Luiz Antonio Rizzatto Nunes, ao afirmar que “todas as normas instituídas no CDC têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor”.<sup>230</sup>

Outro princípio estrutural do sistema de proteção ao consumidor é o da vulnerabilidade, facilmente perceptível da leitura do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.078/90,<sup>231</sup> o qual atribui ao consumidor a condição de vulnerável em todas as situações. Trata-se de uma característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, sendo defeso desconsiderar essa posição desfavorável do consumidor nessa particular relação jurídica, tampouco se admite a discussão ou prova em contrário, ou seja, todo consumidor é sempre vulnerável. Sobre essa característica, Roberto Senise Lisboa lembra que:

(...) a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor deve ser entendida nos limites propostos pelo próprio microsistema positivado. Assim, entende-se que o consumidor é vulnerável 'no mercado de consumo', isto é, quando sujeita-se às práticas de oferta, publicidade e de fornecimento de produtos e serviços, bem como aos contratos referentes à aquisição deles.<sup>232</sup>

Assim, é crível afirmar que a vulnerabilidade de todo consumidor é concebida em razão da inexistência da equivalência das relações jurídicas, o que retira o poder de barganha e, dessa forma, os antigos elementos, credor e devedor, passam a receber novos tratamentos legislativos, sem deixar de lado o fato de que o consumidor fica exposto aos meios de oferta e informação, retirando-lhe a possibilidade do conhecimento amplo sobre todos os produtos e serviços colocados no mercado. Ainda, a publicidade e as outras formas de oferecimento do produto ou do serviço também se relacionam com a vulnerabilidade, na medida em que, em

---

<sup>230</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94.

<sup>231</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

<sup>232</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001, p. 85.

grande parte dos casos, os consumidores ficam à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos diversos veículos de comunicação.

Pelo que foi discorrido acerca da vulnerabilidade pode-se afirmar que determinada pessoa pode ser vulnerável em certa relação jurídica, na qualidade de consumidora, mas em outra situação, essa mesma pessoa não terá essa mesma condição, tudo dependendo da natureza jurídica da relação, já que o elemento subjetivo para se aferir a vulnerabilidade é a condição de consumidor.

À guisa de arremate Flávio Tartuce assevera que:

(...) para se reconhecer a vulnerabilidade, pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição de consumidor, enquadramento que depende da análise dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, para daí decorrerem todos os benefícios legislativos, na melhor concepção do Código Consumerista. Deve-se deixar claro que entender que a situação da pessoa natural ou jurídica poderá influir na vulnerabilidade é confundir o princípio da vulnerabilidade como o da hipossuficiência, (...).<sup>233</sup>

Outro princípio estrutural que norteia as relações consumeristas é o da hipossuficiência do consumidor, extraído do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90.<sup>234</sup>

A primeira consideração em relação a esse preceito é que o mesmo não pode ser confundido com a vulnerabilidade, conceito jurídico e absoluto como exposto, ao passo que, a hipossuficiência perfaz conceito fático, fundado em disparidades ou discrepâncias verificadas num caso concreto, isto é, o consumidor nem sempre será caracterizado como parte hipossuficiente.

O conteúdo da hipossuficiência pode abranger diversos fatores dentre as discrepâncias financeira, política, econômica, informacional e, inclusive, técnica,

---

<sup>233</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 31.

<sup>234</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

como se verifica em grande parte dos casos. O conceito de hipossuficiência não pode ser analisado restritivamente, já que vai além das expressões “pobre” ou “sem recursos”, aplicáveis aos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita no campo processual.<sup>235</sup>

Nessa esteira, Roberto Senise Lisboa aponta que:

O reconhecimento judicial da hipossuficiência deve ser feito, destarte, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4º da Lei de Introdução. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso.<sup>236</sup>

Dessa forma, caracterizada a hipossuficiência em determinada relação de consumo, é consequência direta o direito à inversão do ônus da prova a favor do consumidor, nos moldes do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.78/90. Todavia, como já salientado, insta reafirmar que a hipossuficiência somente poderá ser aferida no caso concreto, daí porque nem todo consumidor deve ser considerado hipossuficiente.

Portanto, conclui-se que a hipossuficiência do consumidor é um “plus”, “um algo a mais” que lhe acarreta um benefício que é o direito de pleitear em juízo a inversão do ônus da prova, repisando-se ainda que esse preceito não se confunde com a vulnerabilidade, conceito jurídico indeclinável.<sup>237</sup>

Feitas essas considerações básicas acerca dos preceitos que norteiam as relações de consumo, a despeito de nem de perto termos abordado os demais princípios também aplicáveis ao tema, tais como: princípio da transparência ou da confiança; princípio da equivalência negocial; princípio da reparação integral dos

---

<sup>235</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012, p. 31-32.

<sup>236</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001, p. 90.

<sup>237</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012, p. 33.

danos; dentre outros, já nos parece suficiente para o trato do objeto central desta pesquisa. Considere-se ainda que os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, cuja análise é imprescindível no trato consumerista, serão abordados em conjunto e voltados especificamente aos contratos de assistência privada à saúde.

## **5. 4 A REGULAMENTAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR COMO INSTRUMENTO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

Como mencionado, o artigo 199 da Constituição Federal de 1988<sup>238</sup> permitiu a participação da iniciativa privada no sistema de saúde, tanto em sua forma complementar, atuando junto ao sistema público de saúde, com a celebração de contrato público ou convênio com a Administração, ou de maneira suplementar, através da oferta de planos de saúde pelas empresas operadoras aos consumidores em geral, outorgando ao legislador ordinário o poder-dever de regulamentar a atuação do particular nesse segmento de mercado, refutando a estatização da saúde no Brasil, consagrando-a, no entanto, como direito de todos e dever do Estado.

Para regular a atuação da iniciativa privada no campo da saúde, posto que trata-se de setor estratégico de política social do Estado, a Lei nº 9.961/2000 instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia constituída sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização,

---

<sup>238</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

No entanto, vale reafirmar que antes mesmo da criação do órgão regulador – ANS – o mercado da saúde suplementar, que há décadas era autorregulado pelas “leis de mercado”, passou a ser disciplinado pela Lei nº 9.656/98, sendo, no entanto, modificada para harmonizar suas regras e princípios com a lei que instituiu a aludida agência.

Nos moldes da Lei nº 9.961/2000, a ANS tem como objetivo institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras que nele operam, inclusive sob o aspecto consumerista, fazendo parte de um organismo indispensável ao sistema de saúde de todo o país.

Acerca da intervenção estatal nas relações de assistência privada à saúde levada à efeito através de preceitos constitucionais, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98, Fernanda Shaefer afirma que:

A Lei 9.656/98, atendendo aos preceitos constitucionais e até mesmo de defesa do consumidor, atenta à necessidade sociopolítica de justiça social e visando reequilibrar as relações de consumo, modificou todo o sistema legal, normativo e fiscalizador da assistência privada à saúde, concedendo-lhe maior organicidade, pois definiu a natureza das operadoras e criou órgãos de controle, regulamentação e fiscalização do setor, o que, no entanto, não se mostrou suficiente para evitar abusos.

A assistência privada à saúde regulamentada pela Lei nº 9.656/98 compreende a prevenção, a recuperação, a manutenção e a reabilitação da saúde, concedendo ao consumidor garantias à efetiva realização do instrumento contratual. A Lei de Planos e Seguros Privados de Assistência Privada à Saúde é, portanto, a efetivação de um preceito constitucional e o reconhecimento da condição de fragilidade do consumidor de planos e seguros de saúde.

O dirigismo contratual, proporcionado pela Lei nº 9.656/98 e, complementarmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, representa uma forte e necessária intervenção do Estado no domínio econômico privado. São leis de ordem pública e interesse social cujos dispositivos não podem ser, salvo exceções legais expressamente previstas, afastados pela vontade das partes, pois são de natureza cogente e irrenunciável. Essa é a nova concepção social do contrato de seguros e planos de saúde, que atende não só à nova teoria contratual, como também ao dispositivo constitucional que define os serviços e ações de saúde como de relevância pública.<sup>239</sup>

---

<sup>239</sup> SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde*. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010, p. 27-28.

Posto isso, pode-se concluir que o sistema de proteção dos consumidores dos planos privados de assistência à saúde é composto por normas extraídas, em regra, da interpretação dos preceitos constitucionais, do Código de Defesa do Consumidor e das Leis nº 9.656/98 e 9.961/2000.

Dentre os diversos conflitos havidos no âmbito desses contratos, para os fins desta pesquisa, destacamos a questão da cobertura dos procedimentos médico-hospitalares que, em inúmeras vezes, acabam por desaguar no Poder Judiciário que, como será abordado mais adiante, tem-se mostrado aberto para os pleitos dos consumidores a despeito de, em grande parte dos casos, contrariarem toda a regulamentação deste segmento, como pondera José Luiz Toro da Silva em sua tese de doutorado:

Verifica-se que muitos juízes passam a negar vigência a Lei n. 9.656, de 1998, e a própria regulação que é exercida pela ANS, com fulcro na Lei n. 9.961, de 2000, determinando coberturas que não têm previsão legal e que não integram o cálculo atuarial dos planos de saúde, inspirados, única e exclusivamente, no princípio da dignidade da pessoa humana, sem levar em consideração que se está diante de uma atividade privada, que tem sua atuação extremamente regulada e que, assim agindo, estão contrariando, não somente o princípio da legalidade, mas os princípios constitucionais garantidores da livre iniciativa e da livre concorrência, sem contar com o princípio da separação de poderes e aquele que preserva o Estado Democrático de Direito. Esquecem-se que a saúde suplementar não está sujeita à aplicação dos princípios da universalidade e da integralidade, sendo esses deveres atribuídos ao Estado, pelo art. 196 da Constituição Federal. Ademais, estão criando uma norma própria, nova, que será aplicada a uma situação pretérita, sem qualquer participação da sociedade. Esquecem-se ainda que as decisões jurídicas também possuem efeitos econômicos e que os “direitos não nascem em árvores”.<sup>240</sup>

Assim, antes de realizar a abordagem acerca da legitimidade da postura ativa do Poder Judiciário no trato das relações privadas de assistência à saúde, imperioso traçar as atribuições que o legislador ordinário, calcado na Constituição da República, atribuiu à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS que, para o escopo de discussão desta dissertação, será limitada à sua competência para estabelecer o rol de cobertura obrigatória a todas as operadoras, ou seja, o que o consumidor poderá exigir de seu plano de saúde dentro de um segmento altamente regulamento.

---

<sup>240</sup> SILVA, José Luiz Toro da. *Os Deveres do Estado e os Limites ao Poder de Regular na Saúde Suplementar sob a Ordem Econômica*. Teses de Doutorado. Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, FADISP, São Paulo, 2015, p. 159.

## 5. 4. 1 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E SUA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR PARA ESTABELEECER O ROL DE COBERTURAS OBRIGATÓRIAS PELOS PLANOS DE SAÚDE

Como mencionado, no que tange ao mercado de saúde suplementar, considerando o relevante interesse coletivo deste segmento, a Lei nº 9.656/98 outorgou à Agência de Saúde Suplementar – ANS a competência para instituir e disciplinar mecanismos próprios com a finalidade de equilibrar as relações jurídicas estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores no que se refere à oferta, procura e utilização dos serviços suplementares de saúde, normatizando institutos contratuais peculiares deste setor socioeconômico, a teor do disposto no artigo 1º, § 1º, alínea “d”, da Lei nº 9.656/98.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.

Dessa feita, para dar cumprimento à referida lei (Lei nº 9.656/98), foi editada a Lei nº 9.061/2000 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS com natureza jurídica de autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que assegurem a assistência à saúde suplementar.

As agências reguladoras, como estabelecido na própria lei de criação da ANS, são autarquias sob regime especial criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. A ideia de especialização, inspirada na criação das agências norte-americanas, como no direito europeu-continental, também influenciou o legislador brasileiro. No entanto, de fato, a novidade apenas está na nomenclatura desses entes públicos, na medida em que, como destacado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional. Tal como nos Estados Unidos, a própria lei que instituiu esses entes já lhes confere poder normativo ou regulador.”<sup>242</sup>

No caso, regular abrange organizar e controlar os agentes que atuam em determinado segmento. Inspirada nas lições de Calixto Salomão Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta a existência de dois tipos de agências reguladoras no Brasil:

- a) as que exercem, com base em lei, típico **poder de polícia**, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão; é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada pela Lei nº 9.782, de 26-1-99, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28-1-2000, da Agência Nacional de Águas, criada pela Lei nº 9.984, de 17-7-2000;
- b) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc.).<sup>243</sup>

Dessa forma, no que interessa para essa dissertação, pode-se constatar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar perfaz entidade reguladora do mercado

---

<sup>242</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 489.

<sup>243</sup> *Ibidem*, 479-480.

da saúde privada, criada por lei e a ela outorgado poder de polícia para estabelecer limitações administrativas, desde que previstas em lei, com a competência para fiscalizar e sancionar as entidades que atuam nesse segmento.

Não passa despercebida a preocupação de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o real problema em relação às agências reguladoras está no limite dessa regulamentação, é o de saber até onde poderão normatizar sem invadir competência legislativa. Para esse teórico,

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, sem que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas.<sup>244</sup>

E, ao final, arremata:

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*.<sup>245</sup>

Assim, dentro dessa competência reguladora, o § 4º do artigo 10, da Lei nº 9.656/98, prevê que: “A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”. E, diante dessa outorga, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, através de sua Diretoria Colegiada editou a Resolução Normativa nº 387, de 28 de outubro de 2015, a qual atualizou o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde. Ou seja, a ANS estabeleceu o rol mínimo de procedimentos que todos os planos de saúde devem custear em benefício de seus usuários, assim, a negativa de qualquer cobertura contemplada no citado rol poderá acarretar sanções administrativas - multas, suspensão de comercialização de planos de

---

<sup>244</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 157.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 158.

saúde, dentre outras -, inclusive franqueando ao consumidor prejudicado deduzir sua pretensão perante o Judiciário.

#### **5. 4. 1. 1 ESPÉCIES DE COBERTURA ASSISTENCIAL E O ROL DE COBERTURA OBRIGATÓRIA EXIGIDO PELA ANS**

A legislação regulamentadora das atividades dos planos privados de assistência à saúde (Lei nº 9.656/98) prevê a existência de duas espécies de cobertura que podem ser oferecidas aos consumidores, a saber: (a) integral do plano-referência e; (b) integral por segmento (ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia ou odontológico).

Como observa Leonardo Vizeu Figueiredo:

A cobertura assistencial é a denominação dada ao conjunto de direitos (tratamentos, serviços, procedimentos médicos, hospitalares e/ou odontológicos) a que o usuário faz jus pela contratação de um plano de saúde. Independentemente da forma de contratação (individual ou coletivo), é obrigatório constar de forma clara no contrato a cobertura assistencial que está sendo oferecida.<sup>246</sup>

Os artigos 10 e 12 da Lei nº 9.656/98, bem como a Resolução Normativa nº 387, de 28 de outubro de 2015, editada pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS que, no uso de suas atribuições legais, estabeleceram as espécies de cobertura de cada tipo de plano, bem como o rol de procedimentos e eventos em saúde que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima exigida aos planos privados.

O *plano ambulatorial* abrange os atendimentos realizados em consultórios (consultas) ou ambulatório (procedimentos ambulatoriais) discriminados na lista de procedimentos médicos e laboratoriais, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de

---

<sup>246</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 173.

internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares.

De forma mais detalhada, o plano ambulatorial abrange: (a) a cobertura ilimitada de consultas médicas em clínicas básicas e especializadas (especialidades médicas), inclusive obstétrica para pré-natal, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; (b) a cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, incluindo procedimentos cirúrgicos ambulatoriais solicitados pelo médico ou pelo cirurgião-dentista assistente, mesmo quando realizados em ambiente hospitalar, desde que não se caracterize como internação; (c) coberturas de consultas ou sessões com nutricionista, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional e psicólogo de acordo com as regras estabelecidas nas resoluções normativas editadas pela ANS; (d) a cobertura de psicoterapia de acordo com o número de sessões estabelecida nas resoluções normativas editadas pela ANS, que poderá ser realizada tanto por psicólogo como por médico devidamente habilitados; (d) procedimentos de reeducação e reabilitação física listados nas resoluções normativas editadas pela ANS, que podem ser realizados tanto por fisiatra como por fisioterapeuta, em número ilimitado de sessões por ano; (e) ações de planejamento familiar, disciplinadas em resoluções normativas editadas pela ANS, para segmentação ambulatorial; (f) cobertura de atendimentos caracterizados como de urgência e emergência conforme resolução específica vigente sobre o tema; (g) cobertura de remoção, depois de realizados os atendimentos classificados como urgência ou emergência, quando caracterizada pelo médico assistente a falta de recursos oferecidos pela unidade para a continuidade da atenção ao paciente ou pela necessidade de internação; (h) cobertura de hemodiálise e diálise peritoneal - CAPD; (i) cobertura de quimioterapia oncológica ambulatorial, entendida como aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes (medicamentos empregados de forma associada aos quimioterápicos citostáticos com a finalidade de intensificar seu desempenho ou de atuar de forma sinérgica ao tratamento) que, independentemente da via de administração e da classe terapêutica, necessitem, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta de profissionais de saúde dentro de estabelecimento de saúde; (j) cobertura de medicamentos

antineoplásicos orais para uso domiciliar, assim como medicamentos para o controle de efeitos adversos e adjuvantes de uso domiciliar relacionados ao tratamento antineoplásico oral e/ou venoso; (k) cobertura dos procedimentos de radioterapia listados em resolução normativa editada pela ANS para a segmentação ambulatorial; (l) cobertura dos procedimentos de hemodinâmica ambulatoriais que prescindam de internação e de apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, unidade de terapia intensiva e unidades similares e que estejam descritos no segmento ambulatorial, conforme as normas editadas pela ANS; (m) cobertura de hemoterapia ambulatorial e; (n) cobertura das cirurgias oftalmológicas ambulatoriais, cujos limites estão estabelecidos em resoluções normativas editadas pela ANS.

No plano ambulatorial, ainda, é permitida a exclusão de: (a) procedimentos que exijam forma de anestesia diversa da anestesia local, sedação ou bloqueio; (b) quimioterapia oncológica intratecal ou que demande internação e; (c) embolizações.

O *plano hospitalar* é caracterizado por atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, excluindo os atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, exceto os procedimentos considerados especiais cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em nível de internação hospitalar, tais como: (a) hemodiálise e diálise peritoneal - CAPD; (b) quimioterapia oncológica ambulatorial e os medicamentos para tratamento antineoplásico domiciliar de uso oral; (c) procedimentos radioterápicos para as segmentações ambulatorial e hospitalar; (d) hemoterapia; (e) nutrição parenteral ou enteral; (f) procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica descritos em resolução normativa editada pela ANS; (g) embolizações listadas em resolução normativa editada pela ANS; (h) radiologia intervencionista; (i) exames pré-anestésicos ou pré-cirúrgicos; (j) procedimentos de reeducação e reabilitação física listados em resolução normativa editada pela ANS e; (k) acompanhamento clínico no pós-operatório imediato, mediato e tardio dos pacientes submetidos aos transplantes listados em resolução normativa editada pela ANS, exceto fornecimento de medicação de manutenção.

O plano hospitalar previsto pela legislação engloba: (a) a cobertura, em número ilimitado de dias, de todas as modalidades de internação hospitalar; (b) todas as especialidades médicas naqueles contratos em que haja a previsão de mecanismos financeiros de regulação para internação hospitalar sendo que, a coparticipação, nas hipóteses de internações psiquiátricas somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser expressamente previstos em contrato: (b.1) somente haverá fator moderador quando ultrapassados 30 dias de internação contínuos ou não, nos 12 meses de vigência e; (b.2) a coparticipação poderá ser crescente ou não, estando limitada ao máximo de 50% do valor contratado entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde; (c) a cobertura de hospital-dia (recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, que deve desenvolver programas de atenção e cuidados intensivos por equipe multiprofissional, visando substituir a internação convencional, proporcionando ao beneficiário a mesma amplitude de cobertura oferecida em regime de internação hospitalar) para transtornos mentais, de acordo com as diretrizes de utilização estabelecidas em resolução normativa editada pela ANS; (d) a cobertura de transplantes listados na Resolução Normativa ANS nº 387/2015 e dos procedimentos a eles vinculados, incluindo: (d.1) as despesas assistenciais com doadores vivos, as quais estão sob expensas da operadora de planos privados de assistência à saúde do beneficiário receptor; (d.2) os medicamentos utilizados durante a internação; (d.3) o acompanhamento clínico em todo o período pós-operatório, que compreende não só o pós-operatório imediato (primeiras 24 horas da realização da cirurgia) e mediato (entre 24 horas e 48 horas da realização da cirurgia), mas também o pós-operatório tardio (a partir de 48 horas da realização da cirurgia), exceto medicamentos de manutenção e; (d.4) as despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS; (e) a cobertura de consultas, sessões ou avaliações por outros profissionais de saúde, de forma ilimitada durante o período de internação hospitalar, quando indicado pelo médico ou odontólogo assistente, obedecidos aos seguintes critérios: (e.1) que seja dentro do escopo de atuação dos profissionais de saúde indicados e em conformidade com a legislação específica sobre as profissões de saúde e a regulamentação dos respectivos conselhos profissionais e; (e.2) que, no caso de ser necessária à realização de procedimentos, estes constem do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde definido pela Resolução Normativa ANS nº

387/2015, respeitando-se a segmentação contratada; (f) a cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados nos anexos da Resolução Normativa ANS nº 387/2015; (g) a cobertura das despesas, incluindo alimentação e acomodação, relativas ao acompanhante, salvo contraindicação justificada do médico ou do cirurgião-dentista assistente, nos seguintes casos: (g.1) crianças e adolescentes menores de 18 anos; (g.2) idosos a partir do 60 anos de idade e; (g.3) pessoas com deficiência; (h) a cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilo-faciais listados nos anexos da Resolução Normativa ANS nº 387/2015, para a segmentação hospitalar, incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar; (i) cobertura da estrutura hospitalar necessária à realização dos procedimentos odontológicos passíveis de realização ambulatorial, mas que por imperativo clínico necessitem de internação hospitalar, com equipe de saúde necessária à complexidade do caso, incluindo exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação utilizados durante o período de internação hospitalar.

O *plano hospitalar com obstetrícia* compreende toda a cobertura do plano hospitalar acima descrita, incluindo ainda os procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências: (a) cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante: pré-parto, parto e, pós-parto imediato, entendido como o período que abrange 10 dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico; (b) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto e; (c) opção de inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção.

Por fim, o artigo 10 da Lei nº 9.656/98 instituiu o *plano-referência de assistência à saúde*, o qual prevê a cobertura ambulatorial e hospitalar, incluindo,

ainda, partos e tratamentos realizados apenas dentro do território brasileiro, com padrão enfermária, unidade de terapia intensiva, ou equipamento semelhante, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde.

O próprio legislador ordinário e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (RN nº 387/2015) são categóricos em relação aos procedimentos e eventos médicos que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a ofertar ao mercado, tais como: a cobertura o tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; a inseminação artificial; o tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado aqueles para tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes; o tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar; o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente e; cobertura em estabelecimentos para acolhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar.

O padrão de assistência médico-hospitalar do plano-referência abrange a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstétrica, estando todas as operadoras de planos de saúde que atuam nesse segmento obrigadas a fornecê-lo ao mercado consumidor.

Esse tipo de plano, com padrão de acomodação enfermária, pode ainda ser ofertado dentro de certos limites geográficos, e, ainda, não faz qualquer limitação

para o atendimento de urgência e emergência após 24 horas da contratação, ainda que o beneficiário esteja cumprindo prazo de carência, exceto nos casos de lesões ou doenças preexistentes, isto é, as moléstias e enfermidades que o consumidor tem ciência no ato da contratação.<sup>247</sup>

Por isso, resta evidenciada a exaustiva, técnica e peculiar normatização do mercado de saúde suplementar em relação ao rol mínimo de procedimentos e eventos médicos que as operadoras são compelidas pelo Estado a custear aos beneficiários dos planos de saúde por elas comercializados. Esse excessivo regramento, através de uma interpretação sistemática da Constituição da República e da legislação consumerista permite concluir que esse arcabouço normativo vai ao encontro da proteção do direito à saúde e da defesa do consumidor, realizando a dignidade da pessoa humana.

Considere-se ainda que o referido rol traz uma lista dos procedimentos, exames e tratamentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, sendo que o mesmo é revisto a cada dois anos com o intuito de sua atualização em face das novas tecnologias que permitam um atendimento de melhor qualidade e abrangência ao consumidor, sem prejuízo das medidas necessárias para se manter o equilíbrio econômico-financeiro deste segmento.

O processo de revisão do rol é realizado por um grupo técnico composto por representantes de entidades de defesa do consumidor, de operadoras de planos de saúde, de profissionais de saúde que atuam junto aos planos de saúde e de técnicos da ANS. O grupo reúne-se para construir uma proposta que, posteriormente, é submetida à avaliação da sociedade por meio de consulta pública, com participação aberta a todos os interessados através da página da ANS na internet.

O primeiro rol de procedimentos obrigatórios foi definido pela Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 10/98, atualizado em 2001 pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 67/2001 e, novamente revisto nos anos de 2004, 2008, 2010, 2011 e 2013 pelas Resoluções Normativas nºs 82, 167, 211,

---

<sup>247</sup> Ibidem, p. 177.

262 e 338, respectivamente. Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução Normativa nº 387/2015, através da qual, a partir de 02 de janeiro de 2016 foi determinada a inclusão de novas coberturas obrigatórias para beneficiários de planos, incluindo exames laboratoriais, além de mais um medicamento oral para tratamento de câncer em regime domiciliar, com a ampliação do número de consultas com fonoaudiólogo, nutricionistas, fisioterapeutas e psicoterapeutas.

É manifesto o relevante papel da ANS na função de delimitar e orientar o setor da saúde suplementar sobre os procedimentos que devem ser obrigatoriamente custeados pelas operadoras, na medida em que, somente a partir dessa definição será possível aferir os riscos e os custos inerentes à prestação dos serviços disponibilizados ao mercado e, assim, estabelecer a contraprestação a ser paga pelo consumidor.

Como se verifica, a Lei nº 9.656/98 e a normatização editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar estabeleceram um regramento exaustivo, com exigências assistenciais às operadoras de planos de saúde, além de uma gama considerável de garantias aos seus usuários, permitindo aos consumidores a escolha da operadora, da espécie do plano, sua abrangência territorial, coberturas além daquelas exigidas por lei, etc. No entanto, como é notório, a variação do preço do plano de saúde está intimamente atrelada às coberturas e produtos contratados, sua abrangência territorial e demais critérios que compõem o cálculo atuarial realizado para se estabelecer o preço que deverá ser suportado pelos usuários e, com isso, estabelecer um equilíbrio contratual. Note-se que todo esse regramento converge com a realização da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato, como assinalado por Juliana de Sousa Gouvêa Russo e Marlo Russo:

Demais disso, a norma legal é mais coerente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato, já que de acordo com diretrizes clínicas e diretrizes de utilização aprovadas pelas associações médicas especializadas e pela própria ANS. Com isso, proporciona o atendimento adequado ao beneficiário de plano de saúde, em um segmento da atividade humana em que as novas tecnologias apresentam custos extremamente altos, mas não são tecnicamente necessárias ou eficazes em muitos casos.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> RUSSO, Juliana de Sousa Gouvêa; RUSSO, Marlo. *O Plano Privado de Assistência à Saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1ª ed., 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 190.

Portanto, verifica-se que a ANS desempenha função de elevado interesse público, haja vista que, conforme outorga legal, estabelece todo o plexo de normas regulamentares e exerce a fiscalização das empresas que atuam no sistema de saúde suplementar com vistas à defesa do consumidor e a realização do direito à saúde, sem, contudo, deixar de harmonizar esses preceitos com o equilíbrio econômico-financeiro e a função social desses contratos, a fim de assegurar a solvabilidade e a estabilidade desse setor, indispensável para toda sociedade brasileira.

#### **5. 4. 2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A BOA-FÉ OBJETIVA: PRINCÍPIOS INDISPENSÁVEIS PARA O EQUILÍBRIO CONTRATUAL**

Toda organização corporativa constituída para a persecução do lucro disponibiliza ao mercado serviços e bens que objetivam suprimir as necessidades dos consumidores que remuneram essas entidades pelo acesso aos mesmos.

Inegável que essas organizações exercem relevante função social na comunidade em que estão inseridas, não só pela disponibilização de bens de consumo que, em certos casos, como no ramo da saúde suplementar, representam verdadeiro desafoamento do Sistema Único de Saúde e contribuem para o acesso a esse direito fundamental. Ainda, cumprem com desígnio social através do recolhimento de tributos; pela abertura de postos de trabalho; no fomento de atividades esportivas, educacionais e assistenciais e; pela circulação de riqueza de uma forma geral. Enfim, essas instituições perfazem importantes agentes sociais indispensáveis para a melhora da qualidade de vida de toda comunidade, tanto que sua preservação representa manifesto cânone constitucional.

Além do disposto no parágrafo anterior, Leonardo Vizeu Figueiredo acrescenta que a função social da empresa perfaz:

(...) instituto jurídico que visa assegurar equilíbrio econômico-financeiro entre esta e seus clientes em potencial, evitando-se, destarte, que a extração indevida de renda destes para aqueles. Procura-se garantir que a persecução do lucro se dê em bases juridicamente transparentes e economicamente saudáveis, de forma que o consumidor, dentro de sua capacidade de solvabilidade e de seu respectivo poder aquisitivo, remunere os agentes econômicos sem prejuízo de seu sustento digno. Ressalte-se que a própria Constituição da República não proíbe o lucro, coibindo, tão somente, seu aumento arbitrário.<sup>249</sup>

Dessa forma, para alcançar o equilíbrio dessa equação, principalmente naqueles segmentos de mercado de maior relevância, como a saúde suplementar, o poder público poderá intervir na economia a fim de buscar maior equanimidade entre a governança corporativa, os direitos dos consumidores e a persecução do lucro.

Tendo em vista a importância do setor da saúde suplementar para toda sociedade brasileira, o regramento específico para a constituição e atuação das entidades que atuam neste segmento foi exaustivamente traçado pela Lei nº 9.656/98, competindo à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no uso de seu poder de polícia administrativa, a fiscalização das operadoras de planos de saúde para o devido cumprimento de sua função social.

Por isso, o equilíbrio econômico-financeiro entre os eventos cobertos nos contratos de prestação de assistência à saúde e sua respectiva contraprestação, aferida através de cálculo atuarial que leva em conta diversos fatores de risco, inclusive o rol de procedimentos abrangidos na contratação, é indispensável para que as operadoras de planos de saúde cumpram com sua função social. Caso contrário, continuaremos a presenciar a derrocada de diversos planos de saúde cujo prejuízo não atinge apenas os seus sócios, acionistas, diretores, mas principalmente seus usuários que, abruptamente, se veem desamparados dos atendimentos médicos anteriormente contratados.

---

<sup>249</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 158.

Parafraseando Stephen Holmes e Cass Sunstein, levar os direitos do consumidor e o direito à saúde à sério, significa levar a sério o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de assistência à saúde suplementar.<sup>250</sup>

Os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos têm, em diversos casos, sido distorcidos como preceitos aptos para privilegiar os usuários de planos de saúde (consumidores) e não a estabelecer o equilíbrio contratual, objetivo teleológico da intervenção do Estado neste segmento.

No ato da contratação dos planos de saúde o consumidor exerce sua autonomia privada, caracterizada pelo direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses e decorrente dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. A autonomia privada substituiu a autonomia da vontade de que tratavam os civilistas do passado, na medida em que a liberdade na contratação e manifestação efetiva da vontade dos indivíduos restou mitigada na formação dos contratos no âmbito da sociedade contemporânea, já que muitas vezes o seu conteúdo é imposto pela lei ou pelo Estado (dirigismo contratual). Ademais, prevalecem, na prática, os contratos de adesão com conteúdo pré-determinado, como é o caso dos contratos de assistência à saúde.

Nesse sentido Daniel Sarmiento faz a distinção entre a autonomia privada e a autonomia da vontade de outrora:

A autonomia privada corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida. Ela expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano com um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios.

[...]

Embora a autonomia privada pressuponha a racionalidade do indivíduo, ela abrange o direito da pessoa de tomar decisões por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiosincrasias incompreensíveis para terceiro. Como na letra de Raul Seixas, ela abarca o direito de “tomar banho de chapéu ou esperar papai Noel”. Trata-se da autonomia da pessoa concreta, dotada de razão, mas também de sentimentos, corpo e raízes sociais. Ela pressupõe a vontade livre, mas não predetermina o que move esta vontade.

---

<sup>250</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999, p. 94.

A autonomia privada não se confunde, por outro lado, com a autonomia da vontade, de que falavam os civilistas no passado. A autonomia da vontade (...) é um conceito histórico superado, impregnado de valores do liberalismo-burguês que alicerçavam as codificações do século XIX e se refletiram tardiamente no Código Civil brasileiro de 1916. Tratava-se, por um lado, de categoria própria ao Direito Obrigacional, que dizia respeito, sobretudo, a negócios jurídicos de conteúdo patrimonial – o que era, aliás, bastante natural no cenário de ordens jurídicas mais voltadas para o *ter* do que para o *ser*. Ademais, o pano de fundo era a compreensão formal da liberdade dos agentes, cega aos limites reais impostos às pessoas por uma realidade concreta de desigualdades materiais, carências e operações privadas. Conquanto vazada em linguagem universal, a autonomia da vontade espelhava os interesses de um sujeito bastante concreto: o homem branco, burguês e proprietário.<sup>251</sup>

Assim, a ideia de autonomia da vontade, que não é mais um princípio contratual, não se ajusta à concepção da autonomia privada, haja vista que esta não se limita às questões patrimoniais, pelo contrário, tem seu foco nas realizações existenciais, tais como nos campos religiosos, sexuais, políticos, culturais, afetivo, etc. A autonomia privada deve ser compreendida na capacidade real de escolher, isto é, uma liberdade positiva. Nessa esteira, Pietro Perlingieri assenta que:

A autonomia se apresenta, no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação. É a atuação não somente de direitos subjetivos mas também de deveres de solidariedade e, por vezes, de específicas obrigações legais de contratar.<sup>252</sup>

Ressalte-se que a supremacia econômica de uma parte em relação a outra influencia nos termos da celebração do negócio jurídico, já que a parte economicamente mais forte tem condições de impor as regras contratuais, mitigando a vontade do mais “fraco”. Essa distorção também pode ser constatada na esfera política, como nos casos em que o Estado impõe as cláusulas de um contrato administrativo.

Na sociedade contemporânea predominam os contratos de adesão (padronizados), tendo a vontade apenas um papel secundário, limitando-se à sua aceitação ou não (*take it or leave it*, como dizem os americanos, ou seja, “é pegar ou largar”). Portanto, não há como se afirmar que nessa espécie de negociação os

---

<sup>251</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 140-141.

<sup>252</sup> PIETRO, Perlingieri. *Perfis do Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco, 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.

contratos fazem lei entre as partes como no passado. Considerando esses fatores, Flávio Tartuce conceitua o princípio da autonomia privada como:

(...) sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.<sup>253</sup>

A despeito dessas considerações e das consequências que trazem para o instituto negocial, todo ordenamento jurídico espera o mínimo de certeza e de segurança, dessa feita, continua em vigor o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), pelo qual o pacto faz lei entre as partes, porém esse princípio também é mitigado pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva.

A função social dos contratos, expressa nos artigos 421<sup>254</sup> e 2.035, parágrafo único, do Código Civil,<sup>255</sup> representa uma perspectiva funcional da autonomia privada, sobre a qual passaremos a tratar.

A função social dos contratos perfaz princípio contratual de ordem pública, segundo o qual o contrato deve ser necessariamente interpretado e viabilizado de acordo com o contexto da sociedade, mitigando o “*pacta sunt servanda*” (força obrigatória do contrato).

Prevê o art. 421 do Código Civil que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Contudo, como adverte Álvaro Villaça Azevedo, a expressão ‘liberdade de contratar’ relaciona-se com a celebração do contrato que, em regra, é ilimitada, já que a pessoa o celebra quando quiser e

---

<sup>253</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010, p. 84.

<sup>254</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>255</sup> Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

com quem quiser, desde que capaz de celebra-lo, já a 'liberdade contratual' relaciona-se com o poder de discutir livremente as cláusulas do contrato. E mais, ainda assinala que a liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser.<sup>256</sup> Destaca-se que o disposto no parágrafo único, do artigo 2.035, do Código Civil concebe a função social do contrato como matéria de ordem pública.

Flávio Tartuce define a função social dos contratos “como princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.”<sup>257</sup> Por conseguinte, esse instituto assegura a sociabilidade dos negócios jurídicos celebrados, coibindo, através de imposições legais, que uma parte experimente prejuízo em face da outra com vistas à circulação de riquezas. Para tanto, esses negócios jurídicos devem primar pelo equilíbrio econômico-financeiro, a fim de evitar o locupletamento indevido. A busca dessa isonomia material econômica se dá através de normas de ordem pública.

Adotadas essas premissas, para identificar a função social dos contratos de assistência à saúde é indispensável analisar sua natureza jurídico-econômica, dentro de uma modalidade contratual que apresenta as seguintes características: plurilateralidade; trato sucessivo e prazo indeterminado; onerosidade; comutatividade; adesão e; aleatoriedade.

Os contratos de planos de saúde se fundamentam no sistema de *repartição simples* ou *mutualismo*, o qual está lastreado em um grande número de indivíduos expostos aos mesmos riscos permitindo estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro através das prestações dos consumidores e das contraprestações das operadoras dos planos de saúde e, dessa forma, na ocorrência de evento indenizado – coberto pelo plano de saúde – este é absorvido pela massa de beneficiários do respectivo plano. Se, por hipótese, o sistema adotado fosse o de

---

<sup>256</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – “Laesio enormis”. In: DELGADO, Mário Luiz e; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. vol. 2, p. 76.

<sup>257</sup> TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 415.

*capitalização*, os clientes dos planos de saúde somente poderiam gastar os valores que tivessem poupado.

A principal característica dos contratos privados de assistência à saúde é garantir o atendimento e a qualidade dos serviços prestados aos beneficiários dos seus planos, restando demonstrada a sua função social como expressamente definidos pelo artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Para Leonardo Vizeu Figueiredo, através de uma interpretação sistemática e teleológica desse dispositivo com os demais regramentos da saúde suplementar, pode-se extrair que,

(...) a função social do contrato de plano de assistência à saúde é garantir ao beneficiário, o qual contribuiu periodicamente para a formação e manutenção de um fundo pecuniário do plano, o direito ao atendimento médico, nos casos de sinistralidade contratualmente coberta, assegurando, ainda, que o custo financeiro pelo procedimento prestado corra às expensas da respectiva operadora, a qual administra o referido fundo para tanto.<sup>258</sup>

Dessa feita, do até aqui exposto, é possível afirmar que a função social dos contratos privados de assistência à saúde passou a ser garantida através de norma de ordem pública, concretizada através do atendimento médico-hospitalar dos contribuintes dos planos de saúde em relação àqueles eventos contemplados pelo contrato ou constante no rol mínimo de cobertura assistencial.

No tocante à boa-fé objetiva, que deve nortear todos os contratos, inclusive aqueles de natureza consumerista, pode-se afirmar que trata-se de princípio contratual expressamente previsto no CDC (art. 4º, III e 51, IV) e no CC/2002 (art. 422), mas também há muito já era estabelecido no art. 131 do Código Comercial

---

<sup>258</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 156-157.

como cláusula de interpretação. Gustavo Tepedino, trabalhando o conceito desse princípio, leciona que a boa-fé:

(...) consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.

(...)

A boa-fé contratual traduz-se, pois, na imposição aos contratantes de um agir pautado pela ética da igualdade e da solidariedade. Ao perseguir seus interesses particulares, devem as partes de um contrato conferir primazia aos objetivos comuns e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais, e à preservação da atividade econômica em detrimento da vantagem individual.<sup>259</sup>

Posto isso, a boa-fé objetiva, como parâmetro de interpretação do contrato, perfaz “(...) mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar”<sup>260</sup>.

Imagine a situação hipotética em que determinado indivíduo, acometido de tetraplegia e que necessite de tratamento constante celebre contrato de assistência à saúde com certa operadora para pagamento de mensalidade de R\$ 200,00 (duzentos reais). No ato da formalização desse contrato o plano de saúde e o consumidor têm o conhecimento da patologia preexistente, dos eventos cobertos, da rede credenciada disponibilizada, do prazo de carência, do limite territorial do contrato, dentre outras estipulações. Considere-se ainda, que é vedado aos planos de saúde recusar o ingresso de qualquer consumidor no seu quadro de usuários.<sup>261</sup>

Considerando a situação hipotética acima, não há que se falar em abusividade das cláusulas que estabeleçam aqueles limites apontados no parágrafo anterior, até porque a contraprestação estipulada guarda relação com o cálculo

<sup>259</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 16-17.

<sup>260</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 432.

<sup>261</sup> Nenhuma empresa de assistência à saúde pode, por qualquer motivo, recusar o ingresso de um consumidor no plano de saúde (art. 3º, IV da Constituição Federal, art. 39, IX do Código de Defesa do Consumidor e art. 14 da Lei 9.656/98).

atuarial elaborado em virtude do risco assumido, como permitido pela Lei nº 9.656/98, Código de Defesa do Consumidor e as normas regulamentares da ANS. Interpretar de modo diverso representará manifesto paternalismo numa intervenção estatal não amparada pelo Estado de Direito.

O que as normas de proteção ao consumidor vedam, de fato, é a presença de cláusulas dúbias, omissas e abusivas e não aquelas limitativas dos serviços oferecidos, próprias dos contratos de assistência à saúde e regulamentados pela ANS.

Como atender os interesses comuns no contrato hipotético em tela e, assim, observar a boa-fé objetiva?

A resposta é simples, em regra, os usuários dos planos de saúde podem exigir das operadoras a realização de todos os serviços previstos no rol de procedimentos obrigatórios divulgados periodicamente pela ANS e outros previstos contratualmente junto à rede credenciada de seu plano e dentro da extensão territorial contratada, nada mais, na medida em que o preço pago pelos consumidores guarda estrita equivalência com esses fatores que são considerados para a formação do preço.

O que se verifica em muitas demandas é a pretensão de diversos consumidores em obter benefícios não contratados, como, por exemplo, um tratamento experimental, em manifesta contradição de posturas (uma no momento da contratação e outra no momento da execução do contrato), deixando de observar a confiança e o dever de lealdade que devem nortear toda relação contratual, como determinado pelo princípio da boa-fé objetiva - dever imposto aos contratantes de agirem pautados pela ética da igualdade e da solidariedade.

Ademais, essa situação representa nítido comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico, como desenvolvido pela doutrina e incorporado pelo Judiciário. A máxima *venire contra factum proprium non potest*, segundo lições de Flávio Tartuce impõe-se que:

(...) determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva, depositada quando da formação do contrato.<sup>262</sup>

Esse princípio, correlato à boa-fé objetiva, foi reconhecido na IV Jornada de Direito Civil, através do Enunciado nº 362, do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”

É notório que, inúmeras ações são ajuizadas com a supérflua alegação de abusividade de cláusulas contratuais que limitam a fruição dos serviços pactuados nos contratos de assistência à saúde, mas essa limitação de responsabilidade contratual deve ser avaliada em razão da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. Isso porque, a limitação dos serviços a serem oferecidos dentro das regras impostas pelo agente regulador (ANS) e pela legislação ordinária está proporcionalmente atrelada à respectiva contraprestação e é inerente a esses contratos, inclusive para a viabilização econômica das operadoras desse setor.

Desses contratos se espera a cobertura de procedimentos médicos, hospitalares, laboratoriais, etc. pela operadora e o pagamento correspondente pelo beneficiário, observando-se os limites dos serviços contratados. De outro lado, não se pode negar que a falta do equilíbrio econômico-financeiro ocasionada pela exigência do custeio de procedimento não contratado tem repercussão direta a todos os demais usuários do plano de saúde, na medida em que a respectiva contraprestação - mensalidades – será majorada para se restabelecer a estabilidade contratual ou até mesmo acarretar a inviabilidade financeira da operadora (função social externa dos contratos), num verdadeiro efeito “bumerangue”.

Nesse diapasão o Ministro Marco Aurélio Mello assentou que “a higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio

---

<sup>262</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010, p. 128.

econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde.”<sup>263</sup> Conseqüentemente, para que o contrato de assistência à saúde atenda sua função social é indispensável o equilíbrio entre as coberturas dos serviços ofertados pela operadora e a contraprestação mensal paga pelo consumidor. Por isso, o custeio de evento não contemplado no contrato representa enriquecimento sem causa do consumidor, o que é defeso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse passo, a pretensão da cobertura de procedimento médico-hospitalar, como um tratamento experimental, por exemplo, não atende à função social do contrato, posto que ocasionará o desequilíbrio econômico-financeiro, com manifesto prejuízo aos demais usuários integrantes da massa, na medida em que esse evento não foi considerado no momento da estipulação do preço, inclusive, porque a sua cobertura não é obrigatória de acordo com as normas do setor.

Não se nega que a interpretação de cláusulas ambíguas ou contraditórias estipuladas nos contratos de adesão devam ser interpretadas favoravelmente aos aderentes (art. 423 do CC e 47 do CDC). Repulsa-se, no entanto, o desrespeito às limitações contratuais estabelecidas de forma clara e destacada, às quais o aderente tem pleno conhecimento e compreensão.

Não se afirma que a proteção do consumidor deve ser mitigada, mas esta deve ser adequada e proporcionalmente fundamentada, sob pena de soçobrar. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão quando expôs que:

(...) os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão somente, que ‘ as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato’.<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiros. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 13.

<sup>264</sup> Resp. 319.707, STJ. 3ª Turma. Rel. Min. Castro Filho, J. 07.11.2002, DJ 28.04.2003.

Portanto, naqueles contratos de assistência à saúde em que haja a previsão expressa, destacada e devidamente informada ao beneficiário acerca da limitação da cobertura de procedimentos não previstos rol estabelecido pelo órgão regulador não importa em violação ao preceito de defesa do consumidor. Nessa hipótese, não há que se falar em cláusula abusiva, inclusive porque essa estipulação contratual é permitida pelos artigos 8º, VII e 16, X, ambos da Lei nº 9.656/98 combinados com artigo 170, *caput*, da Constituição da República.

Não há como assentir com a falsa premissa de que todas as cláusulas contrárias aos interesses dos consumidores ou que prevejam alguma limitação que não impeça a realização do objeto contratado sejam adjetivadas como abusivas. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques adverte que:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionaria aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso do exercício da posição contratual preponderante (*Machtposition*).<sup>265</sup>

Logo, as cláusulas que preveem a limitação de responsabilidade das operadoras de planos de saúde em relação à cobertura de procedimentos médico-hospitalares, desde que observem os parâmetros estabelecidos pelo agente regulador, não caracterizam-se como abusivas. Limitar os serviços contratados não é procedimento abusivo, abusivo é pretender transformar as operadoras de planos de saúde em seguradoras universais, responsabilidade esta do Estado, como tratado em capítulos anteriores.

Como destaca Henrique Freire, apesar de toda a evolução na matéria contratual, os vínculos estabelecidos nos contratos não se extinguíram, pois:

O contrato é previsibilidade é segurança, é instrumento de cooperação e é principalmente um meio que permite a fluência das relações de mercado! Nesse sentido, aliás, é a lição do Ministro e Professor Eros Roberto Grau: 'A

---

<sup>265</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 6ª ed., rev., atual, e ampl., Revista dos Tribunais: 2011. p. 157.

judicialização dos contratos viabiliza a sua própria funcionalidade, na medida em que traduz segurança e previsibilidade e permite a fluência das relações de mercado.<sup>1</sup>

Essa é a razão pela qual se deve ficar estarecido, especialmente na área de contratos de planos de saúde, quando sob os argumentos gerais de que a vida é o bem maior, de que a vida não tem preço, de que não se pode agredir a dignidade da pessoa humana, ou de que deve ser observada a função social do contrato, sem consideração a qualquer outro princípio e de maneira ilimitada, anula-se ou interpreta-se o contrato, total ou parcialmente, para garantir uma proteção não prevista inicialmente pela Operadora ao beneficiário de um plano de saúde, em detrimento da previsibilidade e segurança do contrato, em detrimento do interesse coletivo, e trazendo para entidades privadas obrigações que seriam do próprio Estado (a saúde é um dever do Estado – art. 196 da CRFB de 1988).

A terceira consideração é que essa clara falta de limites e ponderação entre os princípios, em um contrato especialíssimo como é o contrato de plano de saúde, tem a força de afastar até mesmo a realidade econômico social. Caminha-se para uma absurda situação onde as coberturas continuarão a tender ao infinito, os reajustes de preço serão limitados (uma empresa mesmo em estado de quebra de situação onde a responsabilidade da operadora de planos de saúde será ilimitada (ainda que controle nenhum possa ela ter sobre o prestador de serviço e sobre o serviço prestado, pois é característica da atividade médica a autonomia).

E caminha-se para uma absurda situação onde as revisões de preço, buscando o reequilíbrio econômico e financeiro de um contrato serão impraticáveis. E tudo isso em um contrato que somente pode ser extinto por vontade ou ato do consumidor.<sup>266</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que a Constituição da República de 1988 permitiu a atuação da livre iniciativa no sistema de saúde do país, no entanto, estabeleceu que a forma dessa participação deve ser regulamentada e fiscalizada pelo Estado, no caso, através da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a fim de assegurar o equilíbrio desse sistema e a proteção aos consumidores-cidadãos.

A despeito desse instrumento regulador, não é difícil verificar decisões judiciais, como será demonstrado no próximo capítulo, compelindo os planos de saúde a arcarem com os custos referentes a procedimentos não cobertos pelo contrato, sob o argumento falacioso que tais instrumentos limitadores de responsabilidades das operadoras perfazem cláusulas abusivas e contrários à boa-fé objetiva e a função social do contrato, além de afrontarem o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana. Todavia, essa postura, pelo contrário, atenta contra o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>266</sup> FREIRE, Henrique. *A Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada*, ed. Espaço Jurídico, 2007, p. 19-20.

Relevante considerar que a disponibilização de um produto (modalidade de contrato) ao mercado pelas operadoras de planos de saúde, estabelecendo o seu respectivo preço, é precedida de exaustivo estudo atuarial a fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro entre os gastos incorridos pela empresa com o atendimento médico, hospitalar, laboratorial, etc. de seus usuários e a respectiva contraprestação de seus clientes.

Não se nega que se está diante de um contrato aleatório, no qual o risco é da própria essência do negócio, mas esse risco é mensurado em relação aos eventos cobertos. Por isso, exigir o custeio de tratamento fora dos procedimentos de cobertura obrigatória estabelecidos pela ANS (RN ANS nº 395/2015) e não previstos no contrato acarreta, como já aduzido, a médio e longo prazo, a inviabilização da atividade econômica, com efeitos nefastos para toda a sociedade em diversas esferas (saúde, trabalhista, tributária, etc.), conforme já se presenciou a derrocada de diversas operadoras, como a determinação da alienação compulsória da carteira de clientes da Unimed Paulista pela ANS,<sup>267</sup> com manifestos efeitos deletérios não apenas aos médicos cooperados, mas aos demais prestadores e muito mais aos consumidores e à sociedade em geral.

Além disso, em face de a todo o momento a operadora ver-se obrigada a custear evento não previsto pela lei, pelas normas da ANS, tampouco no contrato,

---

<sup>267</sup> RESOLUÇÃO OPERACIONAL – RO Nº 1891, DE 1 DE SETEMBRO DE 2015

Dispõe sobre a determinação da alienação da carteira da operadora Unimed Paulista Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso VI do art. 6º e a alínea “c” do inciso II do art. 86, do Regimento Interno aprovado pela RN 197, de 16 de julho de 2009, na forma do disposto no art. 24 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, em reunião ordinária de 31 de agosto de 2015, considerando as anormalidades econômico-financeiras e administrativas graves que colocam em risco a continuidade do atendimento à saúde, de acordo com os elementos constantes do processo administrativo nº 33902.695871/2014-05, adotou a seguinte Resolução Operacional e eu, Diretor-Presidente, na forma do disposto nos incisos I e III do art. 82, da RN 197, de 16 de julho de 2009, determino a sua publicação:

Art. 1º Fica determinado que a operadora Unimed Paulista Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, registro ANS nº 30.133-7, inscrita no CNPJ sob o nº 43.202.472/0001-30, promova a alienação da sua carteira no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data do recebimento da intimação a que se refere o art. 10 da RN nº 112, de 28 de setembro de 2005.

Art. 2º Fica suspensa a comercialização de planos ou produtos da operadora Unimed Paulista Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, com base no artigo 9º, § 4º, da Lei 9.656/1998.

Art. 3º Esta Resolução Operacional - RO entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ CARLOS DE SOUZA ABRAHÃO  
Diretor-Presidente

import\*a em evidente prejuízo a todos os demais usuários-consumidores do plano de saúde, que serão onerados com o aumento dos prêmios e/ou mensalidades, numa verdadeira socialização dos eventuais prejuízos, subvertendo todo o sistema elaborado pelos legisladores constituinte e ordinário.

O acolhimento de prestações fora das previsões legais e contratuais acarreta insegurança jurídica, imprevisibilidade das relações, de efeitos nefastos para a sociedade de forma geral. O Direito não pode viver com a insegurança!

Concluída a abordagem acerca dos direitos fundamentais – saúde e defesa do consumidor – que devem orientar a execução dos contratos privados de assistência à saúde, bem como as regras específicas deste mercado amplamente regulado pelo Estado, no próximo capítulo abordaremos a forma como o Judiciário vem intervindo nessa relação jurídica na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, especialmente em relação à obrigatoriedade da cobertura de eventos não contemplados pela lei – *lato sensu* -,tampouco nos contratos.

## 6. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL NOS CONTRATOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Neste derradeiro capítulo será abordado o modo como o Poder Judiciário brasileiro vem atuando especificamente no setor da saúde suplementar e as consequências da interferência judicial ativa nesse mercado altamente regulado e o seu impacto na segurança jurídica e no princípio fundamental da separação de poderes.

Para o desenvolvimento da pesquisa acerca do ativismo judicial mostra-se necessário, como premissa, traçar as linhas gerais sobre a teoria da tripartição das funções do poder, haja vista que somente a partir da delimitação da função de cada instituição estatal será possível compreender a postura ativa que vem sendo adotada pelo Judiciário e as críticas elaboradas sobre essa forma de atuação.

### 6.1 A “TRIPARTIÇÃO DOS PODERES”

Desde logo, imperioso assentar que, conforme crítica de grande parte da doutrina, a expressão “tripartição dos poderes” mostra-se equivocada, na medida em que o poder é uno e indivisível, não se triparte. Ratificando essa posição, Celso Ribeiro Bastos afirma que o poder é um só e se manifesta através de órgãos que exercem funções. Todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só poder (uno e indivisível).<sup>268</sup> Contudo, a expressão “tripartição dos poderes”, utilizada sem muito rigor técnico, foi adotada pela Constituição brasileira de 1988, como se verifica do teor de seu artigo 2º.<sup>269</sup> Assim, pode-se afirmar que, tecnicamente, os poderes instituídos pela Lei Fundamental, de fato, são órgãos criados para racionalizar e limitar o exercício do poder.

---

<sup>268</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159.

<sup>269</sup> Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Aristóteles, na obra “A Política”, já havia identificado a existência de três funções que eram exercidas pelo Estado (legislar, administrar e julgar), no entanto, o exercício dessas três funções era concentrado nas mãos de um único órgão.

Como já trabalhado no Capítulo 1, a Revolução Constitucional da Inglaterra, um dos vários conflitos entre as estruturas feudais e o capitalismo em expansão, marcou o fim do absolutismo com o surgimento do Estado liberal-capitalista e, com a edição do *Bill of Rights* (1689) houve a limitação dos poderes do rei pelo Parlamento, além de se reconhecer a independência do Judiciário.

O Barão Montesquieu (Charles-Louis de Secondat: 1689-1755), inspirado na realidade inglesa posterior à Revolução Gloriosa (1688-1689), publicou a obra “Do Espírito das Leis” (1748) que, em seu Livro XI concebeu a necessidade da existência de três funções indispensáveis para a limitação do poder e a realização dos direitos fundamentais, cabendo apenas ao Legislativo fazer as leis, o Executivo (aristocrático e oriundo da nobreza) o papel de gestão da coisa pública, embora reconhecida sua faculdade de impedir a edição de leis através do veto e, o Judiciário como poder politicamente neutro, apto a julgar com independência.

Para Pietro de Jesús Lora Alarcón, no desenvolvimento da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu e seus antecessores “há que considerar os resquícios de um absolutismo em que as teorias político-jurídicas de Tomas Hobbes e o conceito de soberania exposto por Jean Bodin reforçavam a ideia de todo o poder ao Monarca.”<sup>270</sup> Com isso, surge a necessidade de se construir uma instituição que pudesse contrapor esse poder absoluto com a mesma intensidade.

A concepção moderna dessa teoria toma importância com o Iluminismo e a corrente liberal do século XVIII através da luta do constitucionalismo liberal contra o absolutismo. Além de Montesquieu, outros teóricos contribuíram para o desenvolvimento da ideia da separação de poderes, dentre eles destacam-se John

---

<sup>270</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 213.

Locke e Benjamin Constant. Locke idealizava a existência de quatro poderes, sendo um denominado de “Federativo”, com atribuições para guerra e paz; já Benjamin Constant concebia um “Poder Moderador”, como inserido na Constituição brasileira de 1824.<sup>271</sup>

Justificando sua teoria, Montesquieu argumentava que,

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder (...) tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou querelas entre os particulares.<sup>272</sup>

Para esse iluminista, é por meio da desconcentração do poder que se assegura a liberdade. Assim, dentro dessa concepção, a divisão do poder estatal representaria a oposição ao outro modelo, no qual o poder era concentrado nas mãos monarca, colocando-se em frontal antagonismo com a ordem existente e, concretizando-se como um dos principais teóricos que contribuíram para o advento do Estado Constitucional ou de Direito. Suas ideias inspiraram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na qual estabeleceu: “o Estado que não reconhece os direitos fundamentais, nem a separação de poderes, não possui Constituição”.

Inspirado em Descartes, a concepção filosófica racionalista de Montesquieu contrapôs radicalmente ao irracionalismo dominante na Idade Média e influente ainda na sua época, sobretudo no que tange à legitimação do poder, a qual teria origem divina.

Valendo-se da teoria de Montesquieu, Gilberto Bercovici *apud* Pietro de Jesús Lora Alarcón afirma que nos Estados Unidos foi introduzido o sistema de freios e contrapesos – *check and balances* -, segundo o qual, cada órgão tem a

---

<sup>271</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>272</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad.: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes: 2005, p. 214.

possibilidade, conforme previsão constitucional, de controlar outro órgão por meio de instrumentos de contenção, essencial para se evitar o abuso de poder.<sup>273</sup>

Depois de introduzida a rígida concepção de separação de poderes com as Revoluções Liberais do século XVIII, o modelo mostrou-se inviável em face da imprescindibilidade de se vedar que os poderes constituídos se afigurassem independentes a ponto de se desvincularem a uma vontade política central que deve nortear toda organização estatal. Por essa razão, surge a necessidade de se estabelecer certa dose de coordenação entre eles, objetivando harmonizá-los e contê-los, a fim de se atingir aos fins do próprio Estado, já que aqueles são meros instrumentos destes.

As cláusulas da “independência e harmonia entre os poderes”, típica da divisão de poderes no presidencialismo, foram incorporadas no artigo 2º da Constituição da República de 1988. Para José Afonso da Silva essa independência dos poderes traz como consequência:

(a) Que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais;<sup>274</sup>

Em relação à cláusula da harmonia entre os poderes esse mesmo autor leciona:

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 215.

<sup>274</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013 São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. mesma página.

Por conseguinte, a separação de poderes é concebida com a finalidade de: (a) controlar o poder pelo poder – sistema de freios e contrapesos (*check and balances*); (b) racionalizar a administração pública – cada poder tem uma função típica na qual se especializa e; (c) legitimar democraticamente os governantes – o funcionamento dos poderes se faz a partir da lei que é expressão da vontade geral.

Como afirma Celso Ribeiro Bastos, a rígida divisão das funções do poder foi mitigada em virtude da complexidade do Estado contemporâneo, haja vista que cada um dos órgãos de poder é obrigado a realizar suas atividades típicas e outras atípicas, próprias dos outros.<sup>276</sup> Dessa feita, tem-se que cada Poder exerce uma função típica à sua natureza de forma autônoma e independente, mas a realiza em harmonia com os demais, como já destacado pelo Supremo Tribunal Federal que, em diversos casos concretos, vem aprimorando o desenvolvimento do sistema de freios e contrapesos à luz da Constituição da República de 1988, como se verifica:

Separção e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os 'freios e contrapesos' admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estrita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...).<sup>277</sup>

Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes (...).<sup>278</sup>

Dentro do ordenamento brasileiro, o sistema de freios e contrapesos pode ser verificado no caso do veto do Presidente da República ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo (art. 66, da CF/88), ou, ainda, a composição do Supremo Tribunal Federal é realizada através de indicação do Chefe do Executivo com a ratificação do Senado Federal (art. 101, parágrafo único da CF/88), dentre outros dispositivos. Os instrumentos utilizados nesse sistema de freios e contrapesos somente podem ser

---

<sup>276</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159.

<sup>277</sup> ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ de 05.11.2004.

<sup>278</sup> ADI 2.911, Rel. Carlos Britto, j. 10.08.2006, DJ de 02.02.2007.

utilizados quando expressamente previstos na Constituição, não sendo possível uma interpretação extensiva.

Ainda, a despeito de o princípio da separação de poderes constituir cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CF/88), emenda constitucional poderá criar novas hipóteses de interferências entre os poderes, tal como se viu com a EC nº 45/2004, a partir da qual ficou estabelecido que os membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) devem ser julgados pelo Senado Federal (Legislativo) nos casos de cometimento de crime de responsabilidade (art. 52, II, da CF/88).

Contudo, por derradeiro, a despeito de reconhecer o valor das ideias de Montesquieu e Madison, vale destacar as críticas de Bruce Ackerman a esse modelo de separação de poderes inspirando nos ideais liberais revolucionários do século XVIII, em especial no sistema de governo estadunidense que, muito influenciou o brasileiro.

Para esse autor estadunidense, a forma como as coisas estão dispostas expõe o Estado de Direito a sérios riscos, haja vista que, embora seja possível a mobilização da comunidade para os reclamos sociais, a classe política direciona seus esforços aos interesses dos “ricos” e dos “educados” - nas palavras de Ackerman -, ocasionando um novo uso da sistemática da separação de poderes, posto que raramente os indivíduos mais pobres e sem educação terão condições de exporem seus interesses políticos e, assim, seria inabitual serem ouvidos por um legislativo democraticamente eleito e por um executivo que permanecerão inertes para a concretização da justiça distributiva, transferindo a implementação de direitos positivados, inclusive na Constituição, ao Poder Judiciário. E, mesmo na hipótese de um Judiciário disposto a realizar tais direitos, ainda assim, lhe faltaria a “capacidade terapêutica de ordenar as grandes apropriações orçamentárias necessárias para transformar os direitos ‘positivos’ em realidades sociais.”<sup>279</sup>

---

<sup>279</sup> ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da Tradução de Nívia Mônica da Silva. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 93 e 109.

Esse mesmo autor, reconhecendo as limitações do Poder Judiciário na concretização de direitos através de políticas públicas afirma que:

(...) o fracasso dos juízes em implementar os direitos positivos pode desmoralizar os seus esforços de proteger direitos mais tradicionais de liberdade negativa. Uma vez que algumas partes da constituição escrita foram maculadas, servindo simplesmente como objetivos idealizados, fica muito mais fácil para juristas de senso prático rejeitar o esforço integral, por utópico, de tutelar direitos individuais. Sob tal cenário, o esforço ativista orgulhoso para constitucionalizar liberdades positivas pode resultar contraproducente, legitimando um abandono de inteira escala do projeto de tutela dos direitos liberais. Considerando esse perigo, não seria mais razoável que os liberais ativistas se juntassem aos seus confrades do *laissez-faire* na restrição das garantias da constituição a um conjunto apropriado de liberdades negativas?<sup>280</sup>

No entanto, o professor norte-americano pondera que antes de deixar a matéria de direitos positivos aos tribunais deve-se trazer ao debate uma proposta de reconstrução do modelo de competências políticas para a realização de uma justiça distributiva, como se verifica em suas lições:

Contudo, é muito mais lucrativo desafiar a tríade tradicional, que estruturou até aqui este debate. Antes de deixar a matéria de direitos positivos aos tribunais, a constituição do liberal ativista deve construir “uma instância de justiça distributiva” projetada com os distintos problemas de implementação em mente. Para alguns autores, devemos garantir à nossa instância recentemente separada uma fração específica do produto interno líquido. A contribuição deve assegurar formalmente que os X por cento do produto interno bruto líquido vão para esta instância, antes que qualquer outra função receba fundos. Podemos contar com o rico e poderoso para fazer lobby efetivamente pela defesa nacional, da justiça criminal e muitas outras empresas públicas, mas não podemos esperar um compromisso semelhante em nome das vítimas da injustiça. Obviamente, isto é só o primeiro passo. Como podemos assegurar que os membros da instância não usem o dinheiro para alinhar os seus próprios bolsos ou desviar os fundos para outros objetivos?<sup>281</sup>

Diante dessa conjuntura, esse autor propõe um novo modelo de repartição das funções de poder, calcado em três bases lógicas: (i) a democracia; (ii) a competência profissional e; (iii) a proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Esse novo modelo foi por ele denominado de “Parlamentarismo Limitado”.

Sob a perspectiva da legitimidade democrática, a proposta de Ackerman contempla a estruturação das funções de poder da seguinte forma: (i.1) uma

---

<sup>280</sup> Ibidem, p. 109-110.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 110.

Câmara de representação popular democraticamente eleita; (i.2) o governo seria indicado por essa Câmara; (i.3) essa Câmara seria responsável pela aprovação da legislação ordinária; (i.4) a presença, nos Estados Federados, de um Senado fraco; (i.5) a presença, nos Estados Unitários, de um Senado Nacional forte e uma segunda Câmara com poderes simétricos à primeira Câmara; (i.6) a política do Parlamento seria limitada por decisões fundamentais, tomadas pelo povo por meio de referendos sequenciais e; (i.7) as decisões populares fundamentais seriam garantidas por uma Corte Constitucional, limitando o exercício do poder político do Parlamento.<sup>282</sup>

Para os fins desta dissertação, interessa-nos apenas esse corte da proposta de Ackerman, vislumbrando-se que a discussão não deve se ater apenas no campo das atuais interferências judiciais nas políticas públicas, sendo indispensável o amplo debate acerca de um novo modelo de distribuição das funções de poder e, assim, se aproximar de um ideal de legitimidade democrática e justiça distributiva.

## 6. 2 O PRINCÍPIO DA JUSTICIALIDADE

Através de um processo natural de evolução, a sociedade elege os bens jurídicos relevantes e os conquista quando reconhecidos pela Lei Maior. Contudo, não basta o reconhecimento desses direitos na norma posta, mas a sua efetivação no mundo fático, daí a necessidade de instrumentos para garantir esses direitos, posto que a validade e eficácia dos preceitos constitucionais são indispensáveis para preservação da democracia.

Como afirma Pietro de Jesús Lora Alarcón, “o fundamento teleológico da construção de em Estado de Direito sujeito a uma Constituição suprema constitui a proteção efetiva dos direitos fundamentais”.<sup>283</sup> Dessa forma, os pilares estruturais de um Estado e sua forma de governo devem assegurar a proteção de direitos essenciais que realizem a dignidade da pessoa humana. Consequentemente, os

---

<sup>282</sup> Ibidem, 113-116.

<sup>283</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 244-245.

instrumentos processuais são indispensáveis para a preservação e garantia dos direitos fundamentais, além de reafirmar a vontade da Constituição e consagrar o bem comum propugnado no Estado Democrático e Social de Direito.

Como já tratado, o dogma da separação dos poderes, consolidado após as Revoluções Liberais do século XVIII, concebe a atuação harmônica e independente dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, contudo, esta independência não é exercida de modo absoluto, já que a atuação dos agentes estatais deve ser pautada por sua sujeição ao princípio da supremacia constitucional e pelo texto normativo legal.<sup>284</sup>

Para esta pesquisa, interessa-nos desenvolver a questão da justicialidade que, segundo lições de Pietro de Jesús Lora Alarcón, trata-se de um princípio-garantia, o qual determina que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada ao crivo do Poder Judiciário, a fim de que seja proferida decisão célere, justa, motivada e eficaz, solucionando o conflito de interesses e, com isso, garantindo a efetivação dos preceitos entabulados por um Estado de Direito, ou seja, “ao tratar da justicialidade se afirma a capacidade jurisdicional de *dizer o direito aplicável a uma controvérsia*.”<sup>285</sup>

Com o advento do Estado Social, instituiu-se um amplo rol de obrigações para o Estado, convertendo-se, com isso, inúmeros direitos subjetivos aos indivíduos que, na falta de efetivação desses mandamentos passam a judicializar determinada pretensão. Vale destacar que, ainda quando o Estado exerce seu papel regulador, intervindo na econômica, também amplia o universo de possibilidades de se submeter certa demanda ao crivo do Judiciário.

Nesse passo, ao comentar a justicialidade na Constituição da República de 1988, Pietro de Jesús Lora Alarcón destaca que:

O Judiciário, naturalmente, passou a ser um órgão de recepção de controvérsias de cunho individual e coletivo de maior fôlego e alcance. Isso porque, por um lado, a abertura e o conhecimento dos direitos, nos marcos

---

<sup>284</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 245-246.

do novo modo de ser do Estado, converteram o estado de necessidade da tutela jurídica em que pode se encontrar um sujeito de direitos em algo mais atual e perceptivelmente iminente; pelo outro, porque a Constituição consagrou atribuições ao Ministério Público e à Defensoria Pública, e redimensionou a advocacia pública e privada, estabelecendo condições concretas para a postulação em juízo de assuntos relacionados à defesa dos denominados *direitos transindividuais* e orientando uma legislação infraconstitucional mais adequada às exigências da história.<sup>286</sup>

A justicialidade na Constituição da República de 1988 pode ser extraída em diversas passagens, com destaque para o artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse dispositivo é possível aferir três mandamentos, o primeiro direcionado ao legislador, que não poderá produzir normas que objetivem excluir do exame do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. A segunda determinação é dirigida ao próprio Judiciário, a quem é defeso omitir-se na solução de uma demanda posta para a sua análise e, ao final, realizar o direito. E, por fim, aos coassociados, a quem é facultado dirigirem-se ao Judiciário para a solução de seus conflitos, sem o constrangimento de se verem compelidos de fazerem justiça por si.<sup>287</sup>

## 6. 2. 1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes da II Guerra Mundial prevalecia na Europa continental o modelo de Estado legislativo de direito. Esse sistema era calcado na centralidade da lei e na supremacia do parlamento, com isso, a Constituição perfazia um documento político cujas normas não tinham aplicação direta, ficando sua efetividade na dependência da disciplina pelo legislador ou pelo administrador. Nesse modelo também se verificava a existência do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário.

Com o final daquele conflito mundial, é consolidada uma nova concepção de Estado, o Estado constitucional de direito. A partir de então, a Constituição passa a ocupar papel central no ordenamento jurídico, assegurando a supremacia judicial concebida pela ideia de primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação vinculante das normas constitucionais. Assim, a Constituição passa a

---

<sup>286</sup> Ibidem, p. 250.

<sup>287</sup> Ibidem, p.251.

ter força normativa e não se limita a regulamentar a forma de produção das leis e atos normativos, pelo contrário, prevê limites de conteúdo das normas infraconstitucionais, além de estabelecer obrigações de atuação estatal.<sup>288</sup>

Como desenvolvido no capítulo 2 deste trabalho, o constitucionalismo democrático foi a ideologia vencedora do século XX e com atraso essa foi a ideologia que prevaleceu no Brasil, em especial na redemocratização do país com a Constituição da República de 1988. O constitucionalismo e a democracia são duas ideias que trilharam caminhos distintos, mas se fundiram para estabelecer o modelo contemporâneo que é o do constitucionalismo democrático.

Em suma, constitucionalismo significa, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, ao passo que democracia, em síntese, significa soberania popular e governo da maioria. Conquanto, entre os direitos fundamentais e o governo da maioria surgem tensões, haja vista que a maioria, por ação ou omissão, pode desrespeitar direitos fundamentais e, para arbitrar essas tensões, a maior parte dos Estados democráticos criam ou uma Suprema Corte ou um Tribunal Constitucional. No caso brasileiro, foi instituído o Supremo Tribunal Federal que, da mesma forma que nas supremas cortes ou tribunais constitucionais de outras latitudes, desempenha duas grandes incumbências: (i) a primeira através do exercício de um papel contramajoritário, quando uma Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma lei ou quando anula um ato do Presidente da República. No caso, a vontade desse órgão, cujos membros não obtiveram votos populares, sobrepõe-se à do Poder Legislativo que criou uma lei ou sobre a decisão do Presidente da República, democraticamente eleitos. Há certo consenso doutrinário que esse papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais é democrático porque o exerce em nome da Constituição e dos direitos fundamentais, reafirmando a democracia, posto que esta é mais do que a simples vontade da maioria, a ela devendo ser associada o respeito aos direitos fundamentais e; (ii) também exerce uma função representativa, haja vista que em toda democracia a

---

<sup>288</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 364-365.

manifestação do poder político é representativo, isto é, todo o poder é exercido em nome e no interesse do povo de forma geral, inclusive o Judiciário.

A expressão “constitucionalização”, largamente utilizada na atualidade, denota a irradiação dos valores, regras e princípios constitucionais em todas as relações jurídicas, sejam elas de natureza privada ou pública. Esse fenômeno se concretiza através da jurisdição constitucional com a aplicação direta da Constituição, a fim de declarar a inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis e realizar uma interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, Georges Abboud afirma que, num Estado Democrático, a Constituição “não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, consubstanciando, assim, a sociedade. Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria.”<sup>289</sup> Nessa medida, é que se instituem instrumentos aptos que impeçam que as maiorias momentâneas violem o núcleo intangível da Constituição.

Logo, a finalidade da jurisdição constitucional é a concretização – implementação - e proteção dos preceitos inseridos na Constituição da República, preservando os direitos fundamentais e assegurando o Estado constitucional de direito.<sup>290</sup>

É através da jurisdição constitucional que se reafirma a vontade da Constituição e consagra o bem comum propugnado no Estado Democrático e Social de Direito. O sistema processual adotado por determinado povo em determinada época tem como fonte material os fatores e valores da sociedade. O ponto primordial na escolha do procedimento encontra-se calcado na relação entre Estado e seus cidadãos e vem disciplinado na Constituição, a qual contempla os valores e anseios da sociedade. Assim, o sistema processual constitucional é consectário lógico desses axiomas consagrados no texto constitucional.

---

<sup>289</sup> ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 106.

<sup>290</sup> SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-89.

Vale mencionar que a jurisdição constitucional não se restringe a uma justiça especial ligada às supremas cortes e tribunais constitucionais, abrange, ainda, qualquer matéria de conteúdo constitucional, tendo por escopo a observância das regras estabelecidas no Texto Magno, ou seja, a forma de controle da Constituição. Consequentemente, no Brasil, tanto o juiz de primeiro grau, quanto o Supremo Tribunal Federal exercem a jurisdição constitucional.

Por isso, é possível conceber a jurisdição constitucional como um aspecto da democracia, pressupondo a existência do controle de constitucionalidade, o qual refere-se à jurisdição constitucional em sentido estrito; do controle das liberdades, atinente à jurisdição constitucional das liberdades concretizadas através da impetração dos *writs* e; o controle político que diz respeito à jurisdição constitucional da política para a defesa da cidadania.

Em conformidade com o exposto, Luís Roberto Barroso compreende a jurisdição constitucional como “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”<sup>291</sup> Portanto, esse autor identifica duas formas de atuação da jurisdição constitucional. A primeira diz respeito à aplicação direta da Constituição referente às situações nela previstas, tais como o estabelecimento de competência legislativa do Estado, em detrimento da União; o reconhecimento de imunidade tributária; o direito à liberdade religiosa e a garantia de seus cultos e liturgias, por exemplo. E, ainda, a jurisdição constitucional pode atuar através da aplicação indireta da Constituição para aferir se uma norma infraconstitucional é válida (controle de constitucionalidade) ou para indicar a melhor interpretação, dentre diversas possibilidades (interpretação conforme a constituição).

As cortes constitucionais ou supremas cortes do mundo ocidental contemporâneo, principalmente depois da II Guerra Mundial, estão sendo chamadas a decidir questões de manifesto alcance político, implementando políticas públicas

---

<sup>291</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 364-365.

ou escolhas morais em temas sociais controvertidos, ampliando, sobremaneira, a atuação da jurisdição constitucional.

## **6. 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

### **6. 3. 1 O PODER JUDICIÁRIO: ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**

Preliminarmente, antes de tratarmos da judicialização da política e das relações sociais, como premissa, mostra-se indispensável esboçar as diretrizes acerca da política e do direito, fazendo a sua distinção, além de descrever como tais fenômenos moldam o Estado constitucional de direito na contemporaneidade.

A separação entre direito e política é essencial para formação e consolidação de um Estado constitucional democrático. Na política vigoram a soberania popular e o governo da maioria, ao passo que no direito vigoram a supremacia da lei e o respeito aos direitos fundamentais. Dessa feita, na política tem-se o domínio da vontade, enquanto que no direito há o domínio da razão. A despeito de pertencerem a mundos apartados, a política e direito interpenetram-se mutuamente.<sup>292</sup>

Parte-se do pressuposto que o direito deve ter a pretensão de autonomia da política, no entanto, de fato, essa autonomia é mitigada, pois no momento de criação do direito não há como separá-lo da política, já que este é o produto dos processos constituintes e legislativos, ou seja, da vontade política das majorias, sendo impossível dissociá-lo da política, inclusive por se tratar de instrumento de legitimação e de contenção do poder político nas democracias.

Todavia, no âmbito da aplicação do direito, a segregação entre direito e política é necessária para a subsistência das bases democráticas de determinado Estado. A distinção entre direito e política no plano da aplicação do direito é realizada de duas formas. A primeira, segundo lições de José Afonso da Silva,

---

<sup>292</sup> Ibidem, p. 378.

verifica-se pela independência do Poder Judiciário, a quem são asseguradas garantias institucionais e funcionais para que a política não possa interferir decisivamente na interpretação e aplicação do direito. As garantias institucionais representam um conjunto de institutos que asseguram a autonomia financeira, a autonomia administrativa e de auto-organização, ao passo que as garantias funcionais ou de órgãos afiançam aos membros da magistratura as prerrogativas da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, a fim de que suas decisões não sofram influxos externos da política. Conseqüentemente, a independência do Poder Judiciário, no campo da aplicação do direito, permite a sua atuação sem qualquer ingerência externa por parte dos demais poderes políticos.<sup>293</sup>

O segundo fator que, de certa forma, separa o direito da política está na vinculação dos juízes ao direito posto e aos valores e categorias da dogmática jurídica. Os juízes, de certa forma não criam – no sentido de atuarem sem qualquer limite -, tampouco inventam o direito, na medida em que as decisões judiciais devem ser reconduzidas à norma de alguma forma, isto é, a um ato político manifestado pelo constituinte ou pelo legislador. Além disso, os juízes e intérpretes, de uma maneira geral, laboram com valores e categorias que não é possível se abrir mão, há um limite que o direito impõe.<sup>294</sup>

No entanto, de fato, as coisas se passam de uma forma mais complexa, posto que, nas democracias em geral, uma parcela do poder político é reservada para uma parte de agentes públicos que não são eleitos, como é o caso do Poder Judiciário ao qual compete interpretar o direito. Assim, quando o Judiciário decide matérias associadas aos interesses privados das pessoas, essa atuação não costuma gerar grandes controvérsias, porém, naqueles casos que há a interferência na atuação do Legislativo e do Executivo é que surgem as grandes controvérsias.<sup>295</sup>

Nesse momento, cabe uma ponderação em relação ao tema central dessa pesquisa, haja vista que nos casos em que o Judiciário determina à operadora de

---

<sup>293</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013 São Paulo: Malheiros, 2014, p. 595-598.

<sup>294</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 381.

plano de saúde o custeio de tratamento não abrangido no contrato e/ou no rol obrigatório previsto pela ANS não há uma simples interferência na seara privada, mas também no campo de atuação dos outros poderes, os quais editaram normas e regulamentos específicos, permitindo a limitação da responsabilidade dos agentes privados que operam no segmento da saúde suplementar com vista à sustentabilidade de todo o sistema, ou seja, nesses casos o Judiciário atua contrariando a decisão política adotada pelo constituinte e pelo legislador. Essa ingerência da magistratura representa manifesta anomalia no sistema da distribuição das funções de poder, já que passou a “criar o direito” ao interferir em política pública de saúde em sentido contrário à decisão política adotada pelo constituinte, pelo legislador e pelo administrador público.

Isso não significa que é defeso ao Judiciário se pronunciar em questões complexas verificadas no mundo contemporâneo que não estejam albergadas por uma decisão política anterior do constituinte ou do legislador, como nos casos da interrupção de feto anencéfalo, transfusão de sangue em indivíduos testemunhas de Jeová, união homoafetiva, etc. Nesses exemplos, não há uma previsão expressa em alguma norma jurídica, mas o juiz deve se pronunciar de forma argumentativa, a fim de criar a norma a ser aplicada ao caso concreto, sem que isso represente hipótese de ingerência do Poder Judiciário na esfera política.

### **6. 3. 1. 1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO FENÔMENO LEGÍTIMO**

Importante ressaltar que, como destacado por Mauro Cappelletti a discussão travada sobre a existência de um “direito judiciário” (*judiciary law*) tem quase dois séculos. Jeremy Bentham já defendia que “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito”.<sup>296</sup>

Essa postura mais ativa do Poder Judiciário também tem origem na ampliação das atribuições estatais que surgiram ao longo do tempo, principalmente

---

<sup>296</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 17-18.

em razão do fenômeno jurídico que atribuiu imensa gama de obrigações sociais (*welfare state*) ao Estado, trazendo consigo diversas implicações aos juízes. Diante desse fato e da necessidade do alargamento da atividade legislativa, como consequência, ampliou-se a atividade interpretativa dos textos legais. A interpretação, não apenas do Direito, mas de qualquer ramo científico demanda certa dose de discricionariedade de seu agente e, por mais que o intérprete se esforce para ficar fiel ao texto, é “forçado a ser livre”, portanto, não há uma clara oposição entre interpretação e criação do direito.<sup>297</sup>

Como aponta Cappelletti, de início, os juízes negavam o caráter perceptivo, ou *self-executing*, de tais leis ou direitos programáticos. Contudo, mais tarde se confirmou a tendência do surgimento de juízes participativos controlando e exigindo o cumprimento do dever prescrito legislativamente. Diante disso, como afirma o Professor da Universidade de Florença, “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais”.<sup>298</sup>

Ele ainda ressalta que a distinção em relação ao papel dos juízes contemporâneos daqueles mais tradicionais reside apenas no grau e não no conteúdo e reafirma que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, sendo inevitável a discricionariedade da atividade jurisdicional em certo ponto. Nessas novas áreas abertas à discricionariedade das atividades judiciais haverá mais espaço para a criatividade, pelo fato de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade da atividade jurisdicional.<sup>299</sup>

Não se pode confundir a discricionariedade do intérprete com uma “total liberdade”, já que, a despeito do juiz ser um criador do direito, a ele é defeso atuar de forma arbitrária, pois não está livre de vínculos, tanto processuais, quanto substanciais. Portanto, a verdadeira discussão não reside no fato do juiz ser ou não

---

<sup>297</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 20-23.

<sup>298</sup> Ibidem, p. 40-41.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 42.

criador do direito, mas “sobre o grau de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial.” Nesse sentido Mauro Cappelletti assenta que:

(...) deve ser firmamente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.<sup>300</sup>

A *Judicialização* significa que uma parcela de poder político está sendo transferida para o Poder Judiciário pelas instâncias políticas tradicionais, ou seja, a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de largo alcance estão tendo sua instância final de decisão perante o Poder Judiciário. Nessa esteira são as lições de Luís Roberto Barroso:

*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.<sup>301</sup>

No entanto, como destaca Manoel Messias Peixinho, a judicialização da política não significa a delegação de atribuições do Executivo e do Legislativo ao Judiciário, tampouco a usurpação judicial do princípio da separação de poderes. Para Peixinho, esse fenômeno perfaz um “instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.”<sup>302</sup> Apesar disso, importante esclarecer que *judicialização* não representa o mesmo fenômeno do *ativismo judicial*, como mais adiante será abordado.

<sup>300</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 26.

<sup>301</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 366.

<sup>302</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul-dez. 2008, p. 13

Como aduzido, a ampliação do Poder do Judiciário em matérias reservadas aos outros poderes é inspirada na teoria do *check and balances*. A judicialização da política ou politização da justiça trata de intervenção decisória do Poder Judiciário apto a transformar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. Haverá a judicialização da política sempre que os tribunais, desempenhando suas funções habituais, afetarem, significativamente, as condições políticas.<sup>303</sup>

Vale um parêntese aqui. Ainda que em menor escala, também se verifica que os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos, cada vez mais crescentes. O Executivo, por exemplo, incorpora cada vez mais a função legislativa, com a edição de medidas provisórias e atos normativos infralegais oriundos de autarquias com função regulatória (há que se falar em um *ativismo* dos órgãos do Poder Executivo). Assim, os atos administrativos infralegais originários de autoridades administrativas têm regulado situações jurídicas não contempladas expressamente pela lei ordinária ou, também, nos casos de insuficiência da legislação formal, como se verifica através da exaustiva regulamentação da saúde suplementar por parte da ANS. Frise-se, que essa normatização deve ser estritamente compatível com as normas constitucionais e com a legislação ordinária, observando-se os limites da competência que lhe foi atribuída pela lei.<sup>304</sup>

Dessa forma, tem-se que a judicialização abandona a missão do Estado exclusivamente legislativo, passando a garantir a separação formal dos poderes e dos direitos liberais clássicos e a Constituição transformada em instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Nesse novo constitucionalismo, o juiz exerce um papel de destaque na efetivação dos direitos, haja vista que a Constituição deixa de ser um instrumento político, cuja concretização dependia da atuação do legislador infraconstitucional.

Manoel Messias Peixinho ainda acrescenta que a atuação dos juízes, principalmente das Cortes Constitucionais, que deliberam acerca da legitimidade da lei, podem-se adotar dois caminhos: “1) uma posição *self-restraint* frente às

---

<sup>303</sup> Ibidem, p. 14

<sup>304</sup> Ibidem, p. 18.

questões políticas e seguir a linha de obediência à discricionariedade do legislador; 2) adota, ao contrário, uma atitude de discussão das matérias legislativas desde que não sejam claramente inconstitucionais.”<sup>305</sup>

No direito constitucional contemporâneo o juiz se transforma num partícipe da sociedade e defensor da democracia, pois a prestação jurisdicional não é atividade exclusivamente jurídica, mas promotora de transformações políticas, sociais e econômicas. Por conseguinte, a hermenêutica não se limita mais à interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo acervo fático que repercute na sociedade, exigindo do Estado constitucional o dever de garantir os meios materiais necessários para a realização plena dos direitos fundamentais.<sup>306</sup> Conquanto, isso não significa que a atuação do Judiciário possa apresentar-se incompatível com o regime político democrático, tampouco violar o equilíbrio político, na medida em que para a garantia dos direitos dos cidadãos é indispensável a observância dos limites institucionais de cada poder político, assegurando a soberania popular.

No direito constitucional contemporâneo a doutrina da separação dos poderes admite a existência da jurisdição constitucional que exerce suas funções típicas e visa efetivar os direitos fundamentais. A judicialização da política “desconstruiu” o modelo superado de hermenêutica, trazendo o juiz como guardião da Constituição, dos direitos fundamentais e defensor contra as violações das garantias constitucionais.

A doutrina brasileira, de modo geral, se filia à judicialização da política e reconhece a relevância dos princípios constitucionais e o papel do juiz na aplicação dos valores constitucionais sem descuidar dos fundamentos democráticos e republicanos, objetivando a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais.

Em certa medida, a judicialização é um fenômeno mundial verificado após a II Grande Guerra, momento em que o mundo descobriu que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é indispensável para a preservação das regras

---

<sup>305</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>306</sup> Ibidem, p. 26.

democráticas e dos direitos fundamentais. Ao lado dessa constatação, verificou-se um descredito com a política majoritária.

Ademais, também foi constatada a dificuldade recorrente em se atingir um consenso na esfera parlamentar para a normatização de temas controvertidos na sociedade ou até mesmo em virtude do ônus eleitoral que determinadas deliberações legislativas possam acarretar.

Diante desse quadro, em face do impasse na esfera política, cabe ao Judiciário resolver as demandas independentemente ou não de norma expressa, na medida em que o juiz não pode se esquivar de decidir em razão de lacuna na lei.

Como aventado, trata-se de fenômeno mundial, no Canadá foi o Judiciário quem decidiu sobre a possibilidade dos EUA lançarem mísseis de seu território; em Israel, as Cortes Judiciais deliberaram sobre a legitimidade da construção de um muro na fronteira com território Palestino; nos EUA, foi a Suprema Corte que definiu a eleição de 2000 entre *Bush v. Gore*; na Turquia, a Corte Constitucional preservou a laicidade do Estado contra o avanço do fundamentalismo islâmico; na Coreia do Sul, a Corte Constitucional restituiu o mandato do presidente destituído pelo *impeachment*; na Hungria, a Corte Constitucional validou plano econômico de grande repercussão nacional.<sup>307</sup>

Como assinala Rodrigo Uprimny Yepes, dentro da comunidade latina americana, foi na Colômbia, após a promulgação da Constituição de 1992, que se verificou o maior avanço na participação política e social do Judiciário, com destaque na:

(i) la lucha contra la corrupción política y por la transformación de las prácticas políticas; (ii) el control a los excesos gubernamentales, en especial en los estados de excepción; (iii) la protección de grupos minoritarios y de la autonomía individual; (iv) la protección de poblaciones estigmatizadas o en situaciones de debilidad manifiesta y, por último, pero no por ello menos

---

<sup>307</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367.

importante; (v) el manejo de la política económica, debido a la protección judicial de los derechos sociales.<sup>308</sup>

No Brasil, existem três situações que podem ser apontadas como causas que potencializam a judicialização.

A primeira causa foi a redemocratização do país e a Constituição da República de 1988, uma vez que o Judiciário deixa de ser um órgão técnico-especializado e passa a verdadeiro poder político. O maior nível de informação e de consciência dos direitos a amplos segmentos da sociedade, ocasionou a propositura de inúmeras demandas judiciais para o reconhecimento de diversos direitos. Nesse contexto, ainda tivemos o fortalecimento de diversas instituições democráticas como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além do reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como também visto na Europa e América Latina. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso destaca que o aumento substancial da demanda por justiça, é fruto da “redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos”, bem como pela introdução de “novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual,”<sup>309</sup> ampliando o papel do Judiciário dentro da sociedade brasileira.

A segunda delas envolve o descrédito da sociedade na política majoritária, em virtude de uma crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos de um modo geral, o que acarretou a promulgação de uma Constituição analítica e muito abrangente, seguindo uma tendência mundial – Portugal (1976) e Espanha (1978), por exemplo. A Constituição da República de 1988 é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador, assim, ao constitucionalizar uma matéria e transformá-la em política de direito como o acesso universal à saúde ou ao ensino fundamental, passa a permitir a judicialização desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre as ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. Desse modo, pode-se afirmar que constitucionalizar uma matéria significa judicializá-la, ou seja, é tirar a matéria constitucionalizada do campo político e trazê-la para a esfera

---

<sup>308</sup> YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. In: *International Journal on Human Rights*, 6:49, 2007, p. 50.

<sup>309</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 18 – abril/maio/junho de 2009, p. 3

do direito, convertendo-a em norma que será fundamento de pretensões judiciais a serem deduzidas pela sociedade.

Ainda, no Brasil, o ordenamento jurídico combina o modelo americano com o modelo europeu de controle de constitucionalidade, de modo que todos os juízes podem interpretar a Constituição e declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de normas no caso concreto (controle difuso) e, além disso, tem-se também o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, o qual permite a propositura de ações diretamente ao Supremo Tribunal Federal, o que produz certa dose de judicialização. Esse arrancho constitucional acarreta, de certa forma, uma potencialidade de judicialização, inclusive da política.

Dessa feita e nos moldes do que foi desenvolvido nos capítulos antecedentes, verifica-se que a difusão da Constituição por todo ordenamento jurídico se dá por via da jurisdição constitucional, exercida do juiz de primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal, na medida em que todos os magistrados interpretam a Lei Maior, recusando a aplicação de lei ou outro ato normativo com ela incompatível, quando considerados inconstitucionais. Daí porque diversas ações constitucionais de repercussão sócio-política foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, como destacado por Luís Roberto Barroso:

- (i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);
- (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;
- (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias;
- (iv) Questões do dia a dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo do reajuste de mensalidade de planos de saúde.<sup>310</sup>

Todos esses casos mostram a fluidez entre a política e a justiça. O caso do Brasil é especial em razão da extensão, volume, a democratização e transparência

---

<sup>310</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 410-411.

dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que são transmitidos pela TV Justiça.<sup>311</sup>

À guisa de arremate, Luís Roberto Barroso afirma que:

(...) a judicialização é um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.<sup>312</sup>

### 6. 3. 2 O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES

Como já apontado, a judicialização não se originou de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do Supremo Tribunal Federal, mas, no Brasil, ela decorre do modelo constitucional adotado e não de vontade política. Já o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance,”<sup>313</sup> concretizando os valores e fins constitucionais com maior interferência do Poder Judiciário nos outros. Esse fenômeno ganha espaço nos casos de retração do Legislativo, com o descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Portanto, o ativismo judicial não se confunde com a judicialização, enquanto a judicialização é um fato, o ativismo é uma atitude. É um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, inclusive para levá-la a situações que não foram contempladas expressamente pelo constituinte, tampouco pelo legislador ordinário. O ativismo judicial depende da judicialização, mas nem sempre que há judicialização existe essa atuação do Poder Judiciário.

---

<sup>311</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 18 – abril/maio/junho de 2009, p. 2.

<sup>312</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369.

<sup>313</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 18 – abril/maio/junho de 2009, p. 5.

Existem algumas formas de manifestação desse ativismo judicial. Em primeiro lugar quando, por exemplo, o Judiciário elege uma norma para disciplinar uma situação que não foi expressamente regulada por nenhuma outra, como no caso em que o STF impôs o dever de fidelidade partidária, afirmando que o parlamentar que mudasse de partido perderia o mandato, salvo em algumas exceções expressas, a despeito dessa regra não estar contida em veículo algum. No caso, o STF interpretou a situação em exame através do princípio democrático e da ideia da representatividade política para estabelecer que aquele que é eleito por um partido não pode mudar de agremiação, sem que isso acarrete a perda do respectivo mandato parlamentar.<sup>314</sup>

No Brasil, o ativismo judicial também pode ser verificado naquelas situações em que o STF declara uma lei inconstitucional fora das situações de manifesta e inequívoca inconstitucionalidade, como o fez no caso em relação à cláusula de barreira que limitava a proliferação indefinida de partidos políticos. A Corte definiu pela inconstitucionalidade da “cláusula de barreira” sob o fundamento de que essa regra violava a representação das minorias. Como efeito colateral dessa decisão, presenciamos o surgimento de novos partidos sem qualquer substrato ideológico que os sustentem.<sup>315</sup>

Em terceiro lugar, o ativismo judicial pode ser identificado quando o Judiciário interfere em políticas públicas determinando a realização de obras de saneamento básico, fornecimento de medicamentos, interferência na livre iniciativa, alguma medida de proteção judicial, etc., como, por exemplo, quando o STF determinou ao Estado do Rio Grande do Sul a realização de obras no presídio de Uruguaiana, interferindo na discricionariedade do gestor público, sob o fundamento de preservar a dignidade da pessoa humana dos presos que se encontravam em condições precárias.<sup>316</sup>

---

<sup>314</sup> ADI nº 3999-DF, Tribunal Pleno, STF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.11.2008, DJe 16.04.2009, por maioria de votos.

<sup>315</sup> ADI nº 1.351-DF, Tribunal Pleno, STF, rel. Min. Marco Aurélio, v. u., J. 07.12.2006. DJ 29.06.2007.

<sup>316</sup> RE nº 592581-RS, Tribunal Pleno, STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 13.08.2015, DJe 29.01.2016, v.u.

Outro exemplo extravagante de interferência excessivamente ativista do Judiciário foi constatada quando da prolação de decisões estabelecendo o regramento acerca do “colarinho do chopp”. Nessa ação, a Corte Regional da 4ª Região, manifestando-se de forma *ativista* estabeleceu que:

A medição realizada na bebida comercializada, denominada de ‘chopp,’ deve considerar o colarinho, pois este integra a própria bebida e é o próprio produto no estado “espuma” em função do processo de pressão a que é submetida a referida bebida.<sup>317</sup>

O ativismo judicial tem uma face positiva, pois significa que o Judiciário está atento às demandas sociais importantes e que não foram atendidas a tempo e modo pelos demais poderes, mas tem uma face negativa e perigosa.

O ativismo judicial ganha espaço quando o Legislativo, instância política por natureza, não consegue atuar para atender essas demandas sociais, contudo, não é desejável a expansão indefinida e ilimitada do Judiciário, pelo contrário, o indispensável é o resgate da capacidade do Poder Legislativo em produzir consensos e atuar de maneira funcional e passar a atender os reclamos da sociedade.

Quando o Legislativo tenha atuado, fazendo escolhas políticas, editando leis, o Judiciário, de maneira geral, deve ser deferente para com essa decisão, na medida em que, em uma democracia as decisões políticas devem ser tomadas por quem recebeu mandato para tanto. E, de acordo com as regras do “jogo” constitucional brasileiro, a primazia das tomadas das decisões políticas é dos Poderes Executivo e Legislativo. Essas decisões somente podem ser invalidadas se forem flagrantemente contrárias à Constituição.

Importante fazer justiça que em inúmeras decisões, o Supremo Tribunal Federal foi deferente à decisão política tomada pelos demais poderes, como nos casos das pesquisas com células-tronco embrionárias, mantendo a lei; nos casos das ações afirmativas, declarando a validade do sistema de cotas estabelecido pela Universidade de Brasília; na “Lei da Copa”, afirmando a constitucionalidade dos

---

<sup>317</sup> Apelação cível nº 2003.72.05.000103-2/SC, 3ª Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, v.u., J. 23.09.2008.

benefícios concedidos para aqueles que estavam fazendo as construções para a realização do evento, dentre outras. A despeito de decisões controvertidas, nesses casos específicos, o Legislativo e o Executivo tomaram as decisões políticas que foram chanceladas pelo STF, portanto, não há que se falar em ativismo.

De outro lado, o quadro muda de figura quando o Legislativo não tenha agido quando a Constituição demandava a sua atuação ou, quando está em discussão direitos fundamentais. Nesse ponto, diante da inércia do legislador ou da omissão do Executivo, o Judiciário não apenas pode, como deve atuar, pois tem o dever de fazer valer a Constituição e realizar a vontade da Lei Maior nos casos concretos postos ao seu crivo. Nesse sentido foi a atuação do STF quando equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, tendo em vista a reiteração dessas demandas, por exemplo. Dessa forma, não havendo lei, mas sendo inegável a existência dessas relações no seio de toda sociedade brasileira, o STF chancelou o reconhecimento dessas uniões.<sup>318</sup> Outro caso que também demonstra a atuação expansiva do Judiciário diz respeito à permissão da realização de aborto de feto anencefálico. No caso, os ministros da Suprema Corte brasileira entenderam consistir verdadeira crueldade obrigar uma mulher a se submeter a meses de gestação de um feto que sabidamente não sobreviverá, a despeito da crença de cada um, concretizando o direito fundamental da liberdade reprodutiva da mulher. Essa situação é agravada pelo fato de existirem inúmeros projetos de lei para regulamentar o assunto, sem, contudo, obter resposta, a tempo e modo, do Legislativo, compelindo o STF avocar essa decisão política para si.<sup>319</sup>

Outra situação de grande repercussão se deu no julgamento dos mandados de injunção que tratavam do direito de greve dos servidores públicos. Nesses *writs* o STF proferiu decisão inovando em relação à jurisprudência anterior, a qual conferia uma interpretação restritiva ao mandado de injunção, que se limitava à declaração de mora do legislador. No caso, a Suprema Corte impôs à situação concreta a aplicação de conteúdo normativo integrativo, regulamentando o direito de greve dos servidores públicos através da aplicação da Lei nº 7.783/89 (greve dos trabalhadores em geral), observados os princípios dos serviços públicos (continuidade do serviço

---

<sup>318</sup> ADI nº 4277-DF, STF. Tribunal Pleno. rel. Min. Ayres Britto, v.u. J.05.05.2011, DJe 14.10.2011.

<sup>319</sup> ADPF nº 54-DF, STF. Tribunal Pleno. rel. Min. Marco Aurélio, m.v. J. 12.04.2012, DJe 30.04.2013.

público), já que era injustificável e inadmissível, segundo a referida Corte, a negativa de prestação jurisdicional por afronta a direito fundamental indispensável ao exercício da dignidade do trabalho (direito de greve). Além de declarar a mora do Legislativo, a decisão também preencheu a lacuna existente, sem assumir função típica do legislador, haja vista que regulou o direito de greve dos servidores públicos “até que o Parlamento venha a cumprir a sua legítima competência legislativa plena.”<sup>320</sup>

Nesses casos de omissão do legislador em que o Judiciário acabe por criar a norma, este poder atua como o representante argumentativo da sociedade, nas palavras de Robert Alexy.<sup>321</sup> A democracia é feita de votos, mas não apenas de votos, mas também é feita de direitos e de razões, ou seja, é a capacidade de o Judiciário fornecer razões para as suas decisões criativas, demonstrando capacidade de justificar através de um discurso coerente que comprove que a decisão tomada é a mais justa e constitucionalmente adequada e, assim, legitimá-las. Conforme as ideias de Chaïm Perelman, é a capacidade de convencer o “auditório”, que é o conjunto de pessoas esclarecidas e bem-intencionadas a quem aquela de decisão se dirige.<sup>322</sup> Com base nessa teoria, pode-se afirmar que o auditório do juiz de primeiro grau seria o seu Tribunal, já o auditório do Tribunal de segundo grau em relação à matéria constitucional é o Supremo Tribunal Federal, ao passo que o auditório do STF é a sociedade, a quem deve ser demonstrada que a decisão tomada pela Corte é a mais racional, adequada e a que melhor realiza a Constituição.

Embora o STF tenha a competência institucional de falar por último em muitas matérias, essa função só pode ser exercida na medida em que a ele é conferida autoridade e credibilidade por parte da sociedade, pois o dia em que a sociedade não se identificar mais com as suas decisões e se verificar o descumprimento generalizado dessas, haverá seu esvaziamento institucional. Portanto, o Supremo

---

<sup>320</sup> STF, MI nº 718/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes. J 25.10.2007, DJe 31/10/2008.

<sup>321</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 55

<sup>322</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva, revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 157-173.

Tribunal Federal não é o tribunal de si próprio, devendo procurar interpretar e aplicar a Constituição levando em conta a vontade da sociedade e estabelecer os limites que não podem ser superados pela maioria momentânea.

Oportuno reafirmar que a excessiva interferência do Judiciário nas questões políticas acaba sendo um mal, pois afasta do debate democrático aquelas pessoas que não têm acesso à “arena jurídica”, o que não é desejável, como enfatizado por Elival da Silva Ramos:

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes.<sup>323</sup>

Em uma democracia os poderes se controlam mutuamente, portanto, é indesejável que haja um poder hegemônico, mas o fato de o STF ter a última palavra da interpretação da Constituição não lhe pode conferir uma pretensão de arrogância ou hegemonia institucional. De fato, a questão do ativismo judicial gera inúmeros debates em diversos países e, com isso, a doutrina e jurisprudência vêm apontando diversos argumentos favoráveis e outros contrários para a sua implementação.

Favoravelmente ao fenômeno do ativismo judicial, Conrado Hüber Mendes aponta que, em geral o Judiciário: (a) protege as precondições da democracia e, com isso, assegura o processo de formação da vontade democrática, bem como os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia; (b) protege os direitos das minorias e impede a “tirania da maioria”; (c) é emissário do povo genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento; (d) sua decisão pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, pois o poder continua com o povo; (e) a sua supremacia é exigência do estado de direito; (f) é agente externo que julga com imparcialidade; (g) é um veto inerente à dinâmica da separação de poderes; (i) analisa um caso concreto e o submete a uma racionalidade incremental, inserindo-o dentro de sua jurisprudência; (j) é menos falível em questões de princípio

---

<sup>323</sup> RAMOS, Erival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

e está mais próximos da resposta certa; (k) promove uma representação deliberativa e argumentativa; (l) é instituição educativa e promove o debate público e; (m) integra um sistema democrático, não estando à sua margem. E em relação específica à Corte Constitucional afirma que seus membros são indicados por autoridades eleitas.<sup>324</sup>

Conquanto, esse fenômeno recebe diversas objeções doutrinárias, principalmente no que se refere aos riscos para a legitimidade democrática, à politização indevida da justiça e aos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A primeira objeção é voltada para uma crítica político-ideológica, segundo a qual os juízes não são investidos em seus cargos pela vontade popular. Contudo, importante destacar que não obstante os magistrados não tenham sido eleitos, desempenham parcela do poder político quando invalidam atos dos outros poderes, sobrepondo suas decisões às dos agentes políticos eleitos. Parcela considerável dos Estados democráticos reserva parte do poder político para que este possa ser exercido pelo Judiciário - predominantemente técnico e imparcial. Ao aplicarem a Constituição e as leis, os juízes estão concretizando decisões tomadas pelo constituinte e pelo legislador, mas essa afirmação deve ser vista com temperamentos, haja vista que cabe aos magistrados darem sentido a termos vagos (dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, função social, etc.) e não desvirtuar o sentido das normas postas para fazer valer sua ideologia particular, já que cabe ao constituinte estabelecer as regras do jogo democrático através de ampla participação política, do governo da maioria e da alternância de poder.<sup>325</sup>

Sobre a crítica antidemocrática do ativismo judicial Mauro Cappelletti afirma que:

(...) até um judiciário dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática. A história prova,

---

<sup>324</sup>MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>325</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372.

efetivamente, que somente em sistemas democráticos de governo os direitos sociais têm maior probabilidade de ser respeitados.<sup>326</sup>

No entanto, esse mesmo autor aponta fortes argumentos para se refutar a crítica antidemocrática da participação ativa do Judiciário. O primeiro argumento de refutação desse teórico italiano reside no fato de que, atualmente, é muito sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão para a eleição do membro do parlamento, haja vista que são inúmeras as decisões tomadas pela autoridade pública e que irradiam seus efeitos sobre a esfera de seu eleitor, sendo necessário esforço hercúleo para se conceber que essas decisões estejam lastreadas na autorização do cidadão. O segundo argumento refere-se à forma de composição do Judiciário que, na maioria dos países ocidentais do *Civil Law*, como no Brasil, os membros das Supremas Cortes são nomeados pelos Chefes do Executivo com referendo do Legislativo, no caso brasileiro, do Senado Federal, portanto, o Judiciário não é totalmente privado de representativa democrática. A terceira objeção é manifestada pela dificuldade de participação da sociedade no processo legislativo, como a participação nas discussões nas comissões, na apresentação de projetos, no acesso a dados e informações técnicas de difícil acesso e entendimento, etc. Ainda, os tribunais são mais permeáveis aos reclamos sociais, proporcionando a efetivação da proteção a determinados grupos, que de outro lado, não estariam em condições de obter acesso ao processo político, com o sentimento de participação democrática. Em seu quarto argumento de objeção, Cappelletti afirma que as lideranças políticas (Legislativo e Executivo), representantes do povo, nem sempre representam a vontade da maioria, prevalecendo, em muitos casos, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes no mundo político real. Por derradeiro, esse autor é categórico ao assentar que a democracia não pode prevalecer sem um sistema de proteção dos direitos e das liberdades fundamentais, na medida em que a preservação da liberdade exige a desconcentração de poder e a sua distribuição.<sup>327</sup>

E, ao final, conclui:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar

---

<sup>326</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 94.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 46-47; 92-106.

uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *check and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controle adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.<sup>328</sup>

Outra oposição ao ativismo judicial reside na capacidade institucional do Judiciário. Considere-se que os três poderes interpretam a Constituição, mas no modelo constitucional adotado, na divergência das interpretações das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário, porém, isso não significa que toda e qualquer matéria deva ser decidida por um tribunal.

Embora o Judiciário tenha o poder de dar a palavra final em determinadas matérias, não quer dizer que ele deve, haja vista que em certos casos o juiz não é o profissional mais qualificado para definir algumas questões que envolvam conhecimentos e informações específicas como a transposição de rios, demarcação de terras indígenas, questões orçamentárias, dentre outros temas. De outro lado, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis recomendam uma posição de deferência às outras esferas de poder, posto que o juiz, por sua natureza, está voltado para solucionar o caso concreto, realizando a microjustiça. Por conseguinte, em inúmeras situações suas decisões podem acarretar impactos de difícil e ou impossível reparação em um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.<sup>329</sup>

Além da falta de conhecimento técnico que abrange em diversas situações postas ao crivo do Judiciário, Mauro Cappelletti aponta, ainda, o descrédito que suas decisões podem sofrer em face da impossibilidade de seu cumprimento.<sup>330</sup>

Em terceiro lugar, valer-se do ativismo judicial como regra institucional acarreta a elitização do debate político, na medida em que, com a judicialização, a discussão sobre políticas públicas de modo geral passa a ser travada no âmbito do

---

<sup>328</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>329</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 374-375.

<sup>330</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 50-51.

Poder Judiciário, terreno em que se exige conhecimento técnico e específico, além do domínio de uma linguagem com discursos e métodos próprios de argumentação, excluindo a maioria da população do debate democrático, como ainda adverte Luís Roberto Barroso:

(...) a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.<sup>331</sup>

Dessa forma, em múltiplas situações o Judiciário deve ser deferente para as escolhas políticas tomadas pelas outras instâncias de poder. Portanto, é possível afirmar que, a despeito do importante papel que a judicialização e o ativismo judicial desempenham para a realização dos direitos fundamentais, é imprescindível que sejam estabelecidos limites em nome da legitimidade democrática; das capacidades institucionais do Judiciário e; da participação do debate público.

A despeito de críticas, o aumento da atividade jurisdicional é inevitável como consequência do aumento das atividades dos outros poderes, principalmente em face da ampliação de obrigações estatais advindas com a instituição do *welfare state* e, esse fenômeno, traz consigo uma carga acentuada de criatividade da justiça. No entanto, de outro lado, é possível afirmar que o intérprete tem deveres de integridade, a ele sendo defeso desconsiderar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria. De outro lado, ele ainda tem deveres de coerência com suas decisões anteriores e com as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não tem a liberdade para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas opções políticas e sexuais, sua origem, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida, ou seja, um magistrado, mais ainda um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência.

---

<sup>331</sup> Ibidem, p. 375-376.

## 6. 3. 2. 1 ALGUMAS RECEPÇÕES EQUIVOCADAS NO DIREITO BRASILEIRO QUE FUNDAMENTAM A EXCESSIVA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM OUTRAS ESFERAS DE PODER

Uma nova Constituição demanda a elaboração de uma nova teoria das fontes, nova teoria hermenêutica e uma nova teoria da norma. A Constituição de 1988 trouxe um extenso rol de direitos fundamentais dentro de um ordenamento pautado num modelo liberal-individualista, com tradições do direito privado germânico e francês, sem qualquer lugar para direitos de segunda e terceira gerações. Nesse cenário, segundo apontado por parte da doutrina não havia uma teoria constitucional que desse suporte aos novos paradigmas, permitindo a importação de teorias de outras latitudes fundadas num protagonismo judicial, sem a devida adequação em relação às particularidades de *terras brasilis*.<sup>332</sup>

Para Lenio Luiz Streck a importação das teorias da jurisprudência dos valores; da ponderação alexyana e; do ativismo norte-americano foi a base para a formação do modelo da atuação judicial contemporânea, inclusive, estimulada pela doutrina.

A *Jurisprudência dos Valores* foi desenvolvida como consequência da outorga da *Grundgesetz*<sup>333</sup> pelos aliados em 1949. E, para a legitimação de uma Carta elaborada sem uma ampla participação da comunidade alemã, o *Bundesverfassungsgericht*<sup>334</sup> recorria a critérios decisórios que não integravam a rígida estrutura da legalidade, daí, porque, a invocação a *valores* perfaz mecanismo de “abertura” de uma legalidade cerrada, teoria esta que até hoje predomina naquele tribunal que, em grande medida, influenciou a teoria da Constituição em Portugal, Espanha e Brasil, por exemplo.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., rev., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57

<sup>333</sup> Constituição Alemã.

<sup>334</sup> Tribunal Constitucional Federal.

<sup>335</sup> STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., rev., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

Lenio Luiz Streck critica a importação feita da teoria da *Jurisprudência dos Valores* pela doutrina brasileira. Para ele, os juristas brasileiros não tomaram o devido cuidado em relação às distintas realidades entre Brasil e Alemanha nessa seara, pois no Brasil “a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fornecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.” Assim, como indicado por esse autor, a doutrina brasileira incorporou a máxima de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, cabendo ao intérprete encontrar e revelar esses axiomas que, para a implementação dessa teoria (*Jurisprudência dos Valores*) se valem da teoria da argumentação de Robert Alexy que, também, segundo ele, recebeu uma leitura rasa por grande parte da doutrina e dos tribunais pátrios.<sup>336</sup>

A crítica de Lenio Luiz Streck acerca dessa combinação realizada pelos teóricos brasileiros pode ser corroborada pela seguinte passagem de Luís Roberto Barroso:

*A colisão entre direitos fundamentais não deixa de ser, de certa forma, uma particularização dos conflitos descritos acima. É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto.*<sup>337</sup>

Das lições de Luís Roberto Barroso, acompanhadas por grande parte da doutrina nacional, pode-se afirmar a ideia de “Constituição como ordem de valores”, amoldando-se à teoria de Robert Alexy que concebe a ponderação no caso de colisão de princípios. Contudo, raros são aqueles que se atentam que, para o autor alemão, princípios são “mandados de otimização”, com uma ampla estrutura de dever-ser, a qual tensiona os princípios e o fazem colidir. Sob esse aspecto, Lenio Luiz Streck acentua que:

A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente

<sup>336</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., rev., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

<sup>337</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 369

desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.

O direito constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy)* – são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic)*. Nesse sentido, é preciso fazer justiça à Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”.<sup>338</sup>

Ainda, diversamente do que vem sendo apresentando por parte da doutrina brasileira, o que de fato há é a ponderação entre regras. E sobre isso, chama atenção a situação de que a proposta teórica de Robert Alexy concebe a ponderação como fator central de distinção com as regras (princípios se aplicam por ponderação, regras por subsunção). Ademais, da ponderação resulta uma regra a qual será subsumida ao caso concreto. Assim, a ponderação não perfaz procedimento de aplicação generalizada,<sup>339</sup> o que permitiria a sua utilização como “enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”.<sup>340</sup>

A utilização indefinida da ponderação pelos tribunais brasileiros como princípio genérico de interpretação, numa espécie de “carta coringa”, vem acarretando nefastas consequências às efetivas conquistas, em diversas situações ao arrepio da legalidade constitucional. Esse fenômeno é designado por Lenio Luiz Streck de *panprincipiologismo*, consistente num “subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988.” Esse fato, faz com que, “a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.”<sup>341</sup>

<sup>338</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., rev., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

<sup>339</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2006, p. 103 e ss.

<sup>340</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., rev., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

<sup>341</sup> *Ibidem*, mesma página.

Segundo Lenio Luiz Streck, a terceira recepção de doutrina alienígena de modo apressado diz respeito ao ativismo judicial. Para esse teórico, a discussão sobre o governo dos juízos e o ativismo judicial é travada há mais de 200 anos. Deve-se ter em mente que o ativismo judicial norte-americano foi concebido às avessas numa primeira abordagem. O genuíno caso de ativismo às avessas foi constatado na atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos ao apreciar as medidas intervencionistas do *new deal* a favor dos direitos humanos, adotadas por Roosevelt. Inicialmente essas ações eram consideradas inconstitucionais em razão de prevalecer naquele Tribunal os postulados do liberalismo econômico (*laissez-faire*), como destacado no capítulo 2 desta pesquisa. Nessa conjuntura, as medidas intervencionistas a favor dos direitos fundamentais dependiam mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que do resultado de um imaginário ativista propriamente dito.<sup>342</sup>

Além dos exemplos citados no subcapítulo anterior, é manifesta a postura ativista do Judiciário brasileiro e como este pode subverter o seu papel para um processo de institucionalização do *decisionismo*, ficando bastante evidente quando a Suprema Corte admitiu Reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Acre para fazer valer a aplicação com efeitos *extra autos* de decisão exarada no controle difuso sobre a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime da pena dos condenados pela prática de crimes hediondos. Apesar da Constituição ser categórica em seu artigo 52, inciso X, o qual estabelece que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, o Supremo Tribunal Federal, usurpando a competência legislativa, estabeleceu que esse dispositivo deveria ser lido como sendo cabível ao Senado apenas *dar publicidade à lei declarada, no todo ou em parte, inconstitucional pelo STF*, muito embora o texto constitucional traga uma necessária vinculação constitucional, uma espécie de pré-compromisso institucional.<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>343</sup> Recl. Nº 4.335-AC, Plenário, STF, rel. Min. Gilmar Mendes, maioria de votos, J. 20.03.2014. DJe 21.10.2014.

Desse exemplo, pode-se aferir o caminho que trilha a postura ativista do Supremo Tribunal Federal sem qualquer limite no processo interpretativo, tampouco se inibindo com limites semânticos do texto constitucional, refletindo para um protagonismo judicial desenfreado em todas as esferas da magistratura de *terras brasilis*.

Essas três teorias importadas – jurisprudência dos valores, ponderação e ativismo judicial – passaram a dominar a doutrina e jurisprudência brasileiras calcadas de forte teor pragmático, através de construções de junções de paradigmas contraditórios, com destaque para decisões judiciais em que são aplicadas a proporcionalidade e a razoabilidade, transformados em enunciados performativos.

Como pontua Lenio Luiz Streck, “a judicialização é inevitável – e a história do Brasil aponta para essa realidade -, foi pela falta de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais que esta, a judicialização, foi transformada na vulgata do ativismo.”<sup>344</sup> Com isso, como aponta o Professor da Universidade do Vale do Rio Sinos,

(...) a democracia corre perigo se a aplicação do direito pelos Tribunais (mormente os Constitucionais) é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial. O afastamento do ativismo, do decisionismo e da discricionariedade judicial passa a condição de possibilidade de sobrevivência do paradigma do Estado Constitucional e Democrático (...).<sup>345</sup>

E mais, como acentuado por Ingeborg Maus, outorgar essa competência ao Judiciário como o guardião da moral da sociedade sem qualquer mecanismo de controle significa o prenúncio de um novo regime totalitarista, só que agora de toga:

(...) quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social: controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.<sup>346</sup>

---

<sup>344</sup> STRECK, Lenio *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4<sup>aa</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

<sup>345</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>346</sup> MAUS, Ingebor. O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife*, n 11, 200, p. 125 e SS.

Nessa mesma esteira Lenio Luiz Streck adverte ainda que: “Sem o efetivo controle das decisões, o risco de o Poder Judiciário solapar o sentido da Constituição (de forma omissiva ou comissiva) efetivamente é considerável.” E alerta que essa anomalia institucional representa “risco semelhante ao do Poder Executivo em não efetivar os direitos constitucionais.”<sup>347</sup>

## **6. 4 A CONVERGÊNCIA ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS E A SEGURANÇA JURÍDICA**

Conforme já deduzido nesta dissertação, a judicialização das políticas sociais decorre do próprio sistema adotado pela Constituição da República de 1988. A atuação do Estado moderno exige a participação de um Legislativo que não se limite a estabelecer cláusulas gerais, pelo contrário, há a necessidade de uma intervenção específica do tipo regulamentar, a fim de exercer seu mister com maior eficiência e especialidade em face da hipercomplexidade da sociedade contemporânea. Se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto de acordo com a própria visão de mundo, subtraindo-se ao respeito ao Parlamento e ao Executivo, não existiria motivo para o primeiro, de fazer as leis, para o segundo, de emanar regulamentos ou outras disposições com força de lei. O juiz é, sim, autônomo em relação ao Poder Executivo, mas é submetido, ainda que tão-somente, à lei.<sup>348</sup>

Nesse sentido, ao discorrer sobre a imprescindibilidade de uma atuação moderna do Poder Legislativo, o qual não deve se limitar a editar normas de caráter aberto, pelo contrário, cada vez mais se exige a edição de intervenções precisas de cunho regulamentar, a fim de que sua atuação seja condizente com a hipercomplexidade da sociedade plural contemporânea, Pietro Perlingieri leciona que:

---

<sup>347</sup> STRECK, Lenio *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4<sup>aa</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

<sup>348</sup> PIETRO, Perlingieri. *Perfis do Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco, 3<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 42.

Os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, no início só formalmente distintos – dado que eram representados por sujeitos escolhidos pela pessoa na qual se identifica o Estado absoluto (o rei, o príncipe e assim por diante) -, foram, posteriormente, distintos também substancialmente.

(...)

O Estado moderno exige que o Poder Legislativo seja exercido com uma técnica que não se exprima somente por cláusulas gerais (...), mas, também, com intervenções precisas, de tipo regulamentar. Se assim não fosse, o Poder Judiciário poderia decidir arbitrariamente o caso concreto, de acordo com opções subjetivas. O princípio de legalidade, isto é, o princípio do respeito às decisões tomadas pelo povo (...), não encontraria atuação; a sorte do País estaria exclusivamente nas mãos do juiz, que, além de tudo, não é eleito, mas é vencedor de um concurso público por exames.<sup>349</sup>

Ainda assim, essa atuação moderna que se exige do Legislativo não o exime de agir no sentido de realizar os direitos fundamentais. Em artigo científico que trata do Constitucionalismo Global, Paulo Ferreira da Cunha faz a ponderação entre o reconhecimento dos direitos da pessoa humana, mas não abdica da separação de poderes, como pilares do constitucionalismo moderno:

O constitucionalismo de hoje orgulha-se dos direitos da pessoa e dos direitos concretos do constitucionalismo mais antigo, tradicional.

Não se abdica nem da separação dos poderes, nem dos direitos do homem, nem da codificação constitucional, tríade mítica do constitucionalismo moderno.<sup>350</sup>

Ao direito constitucional não se deve pedir nem pouco nem muito. Ele é já em si mesmo uma grande pedagogia geral para o direito, para todo o direito. E pode ser também um vector de educação e exemplo para a sociedade no seu todo. Combatendo as desigualdades, assegurando os direitos e os direitos humanos, tornando a atividade política credível, mais transparente, e submetendo-a ao direito.

Não pelo activismo desenfreado de um Estado de juízes, que não parece desejável, mas pela aplicação quotidiana dos valores e dos princípios da constituição pelos agentes jurídicos em todos os níveis e, antes de mais, pelos cidadãos activos e dedicados, imbuídos de virtudes constitucionais. Não esqueçamos nunca que o princípio das nossas repúblicas, segundo o sábio Montesquieu, não pode ser senão a virtude.<sup>351</sup>

Dessa feita, a atuação judicial deve ser pautada pelo respeito às decisões políticas adotadas pelas instâncias competentes desde que estas, à evidência, não violarem os direitos fundamentais. Assim, o Judiciário, em regra, deve ser deferente ao Executivo e ao Legislativo nas escolhas políticas tomadas, atuando apenas para corrigir eventual inconstitucionalidade da norma e ou nos casos de omissão legislativa, a fim de conferir maior previsibilidade a todo o sistema e garantir a

<sup>349</sup> PIETRO, Perlingieri. *Perfis do Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco, 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 41-42.

<sup>350</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo Global. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. ESDC. v. 15 – jan./jun. 2010, São Paulo, p. 251.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 255.

confiança da sociedade no sistema estabelecido, evitando-se, com isso, decisões casuísticas e em descompasso com a sistemática adotada pelo constituinte. Nesse sentido, são as lições de Theophilo Cavalcanti Filho, para quem a segurança é elemento fundamental para o convívio social e o Direito como instrumento de realização dessa garantia. A segurança trazida pelo Direito por meio de normas é preceito basilar, uma vez que assegura certa previsibilidade ao indivíduo quando escolhe praticar ou deixar de praticar uma conduta, além de se ter o conhecimento da reação do Direito em face da conduta ou omissão de outrem, ainda mais nas atuais sociedades pluralistas. Portanto, segundo esse autor, as normas jurídicas estabelecem a ordem e a segurança imprescindíveis à convivência:

A ordem jurídica positiva, em todas as suas manifestações e em todas as suas gradações, gira em torno de uma necessidade de ordem, e segurança e de certeza. E tanto a ordem como a certeza e segurança têm em última análise como ponto básico o direito estatal, ao qual cabe, como atributo essencial, o de se fazer valer de forma inexorável. Há uma razão fundamental para que assim seja. O Estado encarna as aspirações mais essenciais e gerais dominantes numa coletividade. Coloca-se a serviço daqueles valores que sobrepõem a todos os demais, inclusive aqueles que informam os ordenamentos jurídicos singulares. Assim, é compreensível nesses valores socialmente supremos, se sobreponha aos demais, de modo a poder preservar a coletividade total, em si mesma, e permitir a consecução dos fins a cujo serviço se coloca. A ordem geral, aquela que haure a sua motivação nos interesses básicos da pessoa, tem assim no Estado, como detentor do poder soberano, o seu supremo garantidor. O Direito estatal é portanto a fixação típica de princípios inarredáveis, que devem servir de normas de conduta, capazes de estabelecer um ambiente de ordem e segurança, imprescindíveis à convivência. Por aí se vê, que a razão fundamental, que justifica o direito, é a exigência de certeza e segurança nas relações que se estabelecem na sociedade.<sup>352</sup>

Esse mesmo doutrinador pondera que a ordem jurídica não se mostra alheia à ideia de justiça, pelo contrário, é nela que tem a sua justificação, como especifica:

Não se deduza daí, o que seria lamentável equívoco, que à ordem jurídica seja indiferente a ideia de justiça. Nesta, tem ela a sua superior justificação, e não se pode prescindir do valor do justo para a exata compreensão da ordem jurídica positiva. Mas é fora de dúvida que na formulação das normas jurídicas, a não ser em momentos excepcionais, o motivo determinante imediato não é a justiça, não é a preocupação de concretizar ideias superiores de justiça que leva o legislador a esboçá-las. Sem dúvida, essa preocupação, de qualquer modo, se acha presente em toda modalidade ou manifestação da experiência jurídica, pois na ideia de direito, em si mesma, se acha contida uma referência ao valor do justo.<sup>353</sup>

---

<sup>352</sup> CAVALCANTI FILHO. Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 51-52.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 52.

A segurança jurídica é mais que apenas um dos princípios do Estado de Direito, está ligada com a própria função do Direito. Para Niklas Luhmann, o direito tem uma função estabilizadora de expectativas que se torna mais importante na medida em que a sociedade se torna mais complexa. Ademais, porque, como afirma Celso Ribeiro Bastos “a aplicação da lei não pode levar a uma decisão que faça sombra à norma legal, que continuará intacta em outras hipóteses”.<sup>354</sup>

Não é por menos que Eros Grau é contundente ao admitir que: “O chamado direito moderno é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: segurança.”<sup>355</sup>

A despeito da necessidade de uma atuação legislativa moderna “regulamentar” para viabilizar os anseios da sociedade contemporânea plural e da exigência de se agir de acordo com certa previsibilidade sistêmica como apontando no início deste subcapítulo, como destaca Carlos Ari Sunfeld, a postura judicial ativista é propiciada em razão de vivermos num ambiente jurídico em que qualquer princípio vago possa fundamentar as decisões judiciais. No entanto, para esse professor, é defeso ao intérprete elogiar e invocar princípios, sem observar cada instituição, comparar as normas e opções fornecidas pelo ordenamento, avaliar as consequências, além de ponderar as vantagens e desvantagens de cada medida adotada, sob pena de estarmos legitimando arbitrariedades ao invés do Direito.<sup>356</sup>

A grande parte dos princípios consagrados pela Constituição da República de 1988, considerada sua força normativa, nos leva a crer que obrigam, permitem ou proibem algo, o problema é definir, o que, em face de seu conteúdo aberto. Acerca da escassez de conteúdo dos princípios, Carlos Ari Sunfeld traz a seguinte problemática, tratando do direito à saúde:

---

<sup>354</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 109.

<sup>355</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed., São Paulo. Malheiros: 2013, p. 11.

<sup>356</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

Debates sobre princípios são travados quase sem texto (como neste exemplo: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”).

Daí o problema: se a norma não está no texto, será mesmo uma norma (o Estado estará, mesmo juridicamente obrigado a fazer algo em termos de saúde, ou aquela frase é mera “declaração de princípio”)? Se for, onde está a norma (onde podemos encontrar a solução para o problema de saber que prestações de saúde o Estado está obrigado a fornecer a cada pessoa)? Quem decifra (o legislador, o administrador público, o juiz, o povo)?

Esse mesmo doutrinador expressa que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”.<sup>357</sup> E ao final acrescenta que de fato as “motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz.”<sup>358</sup> Inclusive Franz Neumann reitera que “um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas com princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um disfarce que oculta medidas individuais”<sup>359</sup>

Essas fórmulas vazias, em muitos casos, são utilizadas para esconder o desrespeito à lei, como se verificou no julgamento do recurso especial nº 684.442 pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se discutia os efeitos do corte de energia elétrica de um indivíduo por conta do inadimplemento da tarifa pública ficando, ao final assentado que:

(...) o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida.

**5.** Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.<sup>360</sup>

<sup>357</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225.

<sup>358</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>359</sup> NEUMANN, Franz. *Bhemoth – The structure and practice of national socialism*. London: Victor Gollancz Ltd., 1942, p. 441-442.

<sup>360</sup> REsp. nº 684.442, 1ª Turma, STJ, rel. Min. José Delgado, j. 03.02.2005, DJU 05.09.2005, maioria de votos.

Essa decisão mostra a forma como decisões com sensibilidade social, com o objetivo de facilitar o acesso da população aos serviços públicos, pode deixar de lado as regras da lei, ocasionando a imprevisibilidade do sistema. É defeso ao juiz vislumbrar uma ideia melhor, orientado pelos “bons princípios” e pela opinião pública para modificar a decisão política das esferas competentes.

A insegurança e incerteza ocasionadas pela utilização dessas cláusulas vagas através de um juízo de ponderação também fica evidente quando permitem, com a invocação de determinado preceito, obter resultados antagônicos, como destacado por Eros Grau no julgando do *Habeas Corpus* nº 82.424-RS (conhecido “caso do livro antissemita”).<sup>361</sup>

Nesse *writ*, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes se valeram do uso do juízo de ponderação para analisar a “colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu” e, cada ministro chegou a resultados opostos. Para Marco Aurélio ao assentar que a restrição à liberdade de expressão pela condenação da publicação do livro antissemita não é uma medida adequada, necessária e razoável, portanto, não constituiu restrição possível permitida pela Constituição. Já para Gilmar Mendes, ao contrário, a restrição à publicação de obra com conotação antissemita é medida adequada e proporcional para coibir a intolerância racial e, assim, preservar a dignidade humana.<sup>362</sup>

Sobre essa celeuma, Eros Grau arremata que:

O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da *Justiça*, uma quase discricionariedade judicial – compõem-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é *mais justo*, encanta, fascina e legitima o modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre então, atenuações; evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema.<sup>363</sup>

<sup>361</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed., São Paulo. Malheiros: 2013, p. 23.

<sup>362</sup> HC nº 82.424-RS, Tribunal Pleno, STF, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, DJU 19.03.2004, maioria de votos.

<sup>363</sup> GRAU, Eros. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 138.

É inegável que ideias soltas não podem dar o substrato para motivar as decisões judiciais como, por exemplo, determinar o custeio de procedimento médico por parte de uma operadora de plano de saúde “em nome” da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde. Essas fórmulas mágicas para a solução de problemas cotidianos procrastinam a construção de critérios gerais consistentes. Há que se fazer justiça, pois não são apenas os juízes que se valem desse subterfúgio, ao passo que o legislador também se utiliza desse expediente para fugir do ônus político e eleitoral de se decidir. Veja, por exemplo, o disposto no artigo 146, inciso III, alínea “c” da Constituição da República, o qual estabelece que “Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.” Essa disposição, de fato, objetivou atender aos reclamos do setor cooperativista quando da constituinte, mas sem qualquer definição acerca da “conquista” do propalado “adequado tratamento”. Não se pode conceber que, por exemplo, outros atos, como atos empresariais merecessem tratamento inadequado. É evidente que o legislador postergou a discussão, como em outros diversos casos.

Com bom-humor, Daniel Sarmento destaca essa problemática em que, atualmente, os juízes veem impondo suas ideologias particulares protegidos pela “capa” de algum princípio, sem qualquer preocupação com o discurso indispensável na adoção de uma decisão judicial:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça-, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Essa “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a

capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.<sup>364</sup>

Por esse fato é que Eros Grau é categórico ao afirmar que tem medo de juízes e tribunais que praticam esse inusitado controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis, acarretando incertezas e inseguranças jurídicas.<sup>365</sup>

Essa preocupação não é novidade, apenas a título de exemplo, desde 1956, Luis Recansens Siches já pontuava que:

Sin un mínimo de certeza y seguridad jurídicas no podría reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía. Sin orden, el cual implica alguna certeza y seguridad, tampoco se puede promover el bien común. La certeza y seguridad, aunque inferiores en rango a otros valores, como la justicia y el bien común, constituyen también valores. Y aunque esos valores sean de rango inferior, resulta que en alguna medida ellos condicionan la posibilidad de realización de los valores más altos.

Pero las ideas de certeza y seguridad son meramente formales, por sí solas son adióforas, son indiferentes respecto de sus contenidos, respecto de lo que determinen con certidumbre y de lo que garanticen con seguridad.

Ahora bien, los hombres, los cuales tienen desde luego interés en contar con un orden social, que ofrezca el mínimo indispensable de certeza y seguridad, no son indiferentes en cuanto al contenido de lo que deba ser certificado y asegurado. Por el contrario, su máximo interés radica en que lo que se certifique y asegure sea precisamente la realización de los principios de justicia y bienestar social, sea ante todo y por encima de todo el respeto a la dignidad y a la libertad del individuo, y sea también el establecimiento de las articulaciones para la cooperación colectiva necesaria, y sea asimismo el cumplimiento de lo que la justicia social exige. Certeza y seguridad en la injusticia, en el mal, en la insolidaridad, en la servidumbre, vendrían a hacer esas calamidades más dolorosas de lo que serían si se presentasen solamente como irrupciones casuales.

No es fácil suministrar una fórmula suficientemente clara y lo bastante fecunda, para poder extraer de ella en cada caso el criterio de conciliación entre las urgencias de certeza y seguridad por una parte, y las demandas de la justicia por otra parte. Y más difícil todavía sería el intento de establecer una casuística, para resolver con la debida armonía los mil y varios conflictos que puedan presentarse en este orden.

Pero tal vez quepa ofrecer una orientación general para enfocar y tratar discretamente estos problemas. Debe pensarse siempre la certeza y seguridad no desde un punto de vista formalista indiferente, sino, por el contrario, como medios garantizantes de la justicia. Cuando los intereses que se hallen en juego estén directa e inmediatamente relacionados con los supremos valores, tales como los de dignidad y libertad de la persona individual, los de los derechos fundamentales del hombre, los de las más

<sup>364</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

<sup>365</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed., São Paulo. Malheiros: 2013, p. 24.

elementales exigencias de la justicia social, entonces, parece que sin duda en el caso concreto debe darse primacía a la justicia sobre la certeza y la seguridad formales. En cambio, cuando los intereses en juego están fundados en valores relativamente secundarios, es decir, de rango inferior a los que tienen los mencionados antes, entonces la corrección de una minúscula injusticia tal vez no amerite quebrantar el mínimo de certeza y de seguridad convenientes para el buen funcionamiento del orden social. Repito, sin embargo, que este problema, es decir, el conflicto entre justicia y seguridad en un caso concreto, debe considerarse y resolverse en cada situación singular a conciencia, esto es, ponderando minuciosamente todos los aspectos y las circunstancias del caso.<sup>366</sup>

À vista disso, o maior desafio da atualidade é a busca do equilíbrio entre a segurança jurídica e a correção das decisões. Como aventado, a segurança jurídica é princípio indispensável para o desenvolvimento das sociedades complexas, não sendo possível deixar de considerá-la no momento da interpretação-aplicação das normas jurídicas. Contudo, como afirma Habermas, o princípio da segurança exige decisões consistentes, valendo-se dos diversos métodos de interpretação do Direito.

Nas lições de Chaïm Perelman, o julgador tem a função complexa de construir e completar o sistema jurídico que, por sinal, não é um sistema fechado, mas permeável, tendo em vista as antinomias e lacunas existentes no sistema jurídico que é aberto e permeável. Para Perelman, o termo “verdade” é substituído para expressar o que é mais apropriado para denotar o raciocínio jurídico como o razoável, o equitativo, o aceitável, o admissível, etc., ou seja, o juiz não é a boca da lei. No seu raciocínio, não se busca a verdade judicial, mas o juízo do magistrado como *inter* racional para o alcance de um resultado socialmente institucionalizado. Ao juiz é defeso invocar questões metafísicas de justiça para resolver os casos concretos, mas vale-se da razão e da argumentação, a fim de convencer o “auditório”, sem deixar de considerar o fato de que o direito positivo é sempre o endereço necessário para o raciocínio jurídico.<sup>367</sup>

Para Jürgen Habermas essa correção das decisões encontra seu fundamento na teoria do discurso jurídico, ou seja, a correção perfaz a aceitação racional, apoiada em argumentos, levada à efeito por meio de discurso que, através do procedimento argumentativo da “busca cooperativa da verdade”, os participantes

---

<sup>366</sup> SICHES, Luis Recasens. *Nueva Filosofía De La Interpretacion Del Derecho*. 2ª ed. Cidade do México: Porrúa: 1973, p. 307-308.

<sup>367</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 472-484.

chegarão ao “acordo não coercitivo” sobre a aceitabilidade da solução, sempre preocupando-se com a ética discursiva que não dá lugar aos valores, mas o modo pelos quais se realizam os discursos.<sup>368</sup>

Além dessa preocupação com a ética do discurso, Robert Alexy ainda expressa a necessidade de o sistema argumentativo contemplar consistência e coerência, como se verifica:

Argumentos não são indivíduos isolados, mas formam sempre um sistema, também quando isso, em passos de argumentação particulares, não ou mal se expressa. Isso, porém, significa que a qualidade de um argumento depende, essencialmente, da qualidade da conexão sistemática no qual ele está, explícita ou implicitamente. Existem dois critérios formais da qualidade de um sistema argumentativo: a consistência e a coerência. A consistência é um critério negativo, Ele está cumprido quando o sistema não mostra nenhuma contradição. A coerência é um critério positivo. Ele exige conexões positivas tão fortes quanto possível entre os elementos do sistema.<sup>369</sup>

Colocado esse ponto de tensão de atuação da jurisdição, em especial em relação àquelas questões que envolvem direitos fundamentais, há que se buscar o equilíbrio entre um discurso judicial que seja realizado dentro de um procedimento ético que apresente consistência e coerência, exigindo-se que esse discurso caminhe em direção ao direito positivado, o qual expressa a decisão política tomada pelos poderes legitimados a inovarem na ordem jurídica e, com isso, realizando a segurança jurídica.

## **6. 5 O ATIVISMO JUDICIAL NO SEGMENTO DA SAÚDE SUPLEMENTAR**

Pelo que foi abordado, a intervenção estatal – das três funções de poder - realizada no bojo dos contratos privados de assistência à saúde objetiva atingir a

---

<sup>368</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 148.

<sup>369</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 14.

igualdade entre as partes contratantes e assim realizar o direito à saúde, a proteção ao consumidor e a justiça social.<sup>370</sup>

No entanto, em face da problemática apresentada anteriormente – decisões judiciais obrigando o custeio de procedimentos médico-hospitalares não cobertos pela lei nem pelo contrato – ao contrário de se atingir o bem comum, privilegiam o individualismo, tratando a sociedade como uma simples ficção. A problemática entre as relações individuais e sociais receberam inúmeras soluções que se encontram entre as posições limites entre o individualismo e o totalitarismo, o qual enxerga o indivíduo como meros “fantoques abstratos, inventados pelo liberalismo individualista”, nas palavras de Benito Mussolini.

Dessa forma, para se atingir o bem comum é indispensável que todos os membros da sociedade cooperem, cada qual cumprindo o seu papel dentro da comunidade em que estão inseridos, governantes e governados, indivíduos e instituições.

André Franco Montoro afirma que a justiça social deve estar presente no momento da elaboração da lei, na medida em que esse veículo introdutor de norma jurídica tem por objetivo a busca do bem comum. Acrescenta, ainda, que esta atribuição não cabe exclusivamente ao legislador, mas também ao administrador, que lhe dá execução; ao juiz, que aplica a lei ao caso concreto e; ao cidadão, que a cumpre; enfim, todos os atores da sociedade devem agir pautados pelos princípios de justiça social geral ou legal, cujo fim é o bem comum.<sup>371</sup>

A despeito de ser o principal instrumento para a promoção do bem comum, a lei não é sua única forma de expressão, pois ao seu lado verifica-se, ainda, a

---

<sup>370</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>371</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 228.

solidariedade, representada “pelas exigências do bem comum que se impõem à consciência de cada homem independentemente de determinação legal”.<sup>372</sup>

Essa constante busca pela solidariedade, cada vez mais intensa, reconhecida e proclamada pela comunidade, umas vezes é exigida por lei, convenções coletivas, regulamentos administrativos, etc., em outras hipóteses deixada a cargo dos indivíduos. A solidariedade também se manifesta por meio da participação de instituições que são constituídas para promoção do bem comum nos mais diversos setores da sociedade, inclusive ganhando espaço nas escolhas do poder público.

Desde logo, pode-se verificar que o constituinte, percebendo que o Estado não poderia cumprir de forma satisfatória o atendimento universal à saúde, franqueou à iniciativa privada, inclusive àquelas pessoas jurídicas com intuito de lucro (art. 199, CF/88), a possibilidade da prestação de serviços de saúde de forma suplementar. No entanto, por se tratar de serviço de relevância pública a atuação particular no ramo da saúde está submetida à regulamentação, fiscalização e controle do poder público.

Esses serviços suplementares de saúde devem observar as normas e princípios de direito privado, não podendo ser relegados exclusivamente à esfera pública em razão de sua essencialidade, ainda mais porque essa atividade não é exercida pelo Estado de forma direta ou através de concessão ou permissão. Portanto, da premissa de que as normas de direitos fundamentais devem ser interpretadas da forma que lhes assegurem maior efetividade possível, pode-se ampliá-la para o direito privado, no sentido de que uma norma de direito privado deve ser interpretada objetivando garantir, na maior medida possível, a sua efetividade à luz da Constituição. Inclusive, Marcelo Schenk Duque afirma que “o direito ordinário, mormente o privado, pode ser compreendido com base na Constituição e vice-versa, sem que a supremacia da Constituição signifique a supressão do direito privado.”<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>373</sup> 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. 393.

A despeito de o mercado da saúde suplementar encontrar-se regulado pela Lei nº 9.656/98 e por uma infinidade de normas infralegais editadas pela agência reguladora do setor (ANS), ainda assim presenciemos uma manifesta insegurança jurídica na relação contratual havida entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários que se socorrem no Poder Judiciário para verem seus pleitos acolhidos a fim de responsabilizar as operadoras na cobertura de determinados procedimentos médico-hospitalares ainda quando o respectivo atendimento não esteja previsto na avença, tampouco em normas regulamentares da ANS que estabelecem o rol de procedimentos obrigatórios a serem observados pelos planos de saúde<sup>374</sup>.

Nesse cenário, é de conhecimento geral que nas ações judiciais nas quais os usuários de planos de assistência à saúde pleiteiam a execução de determinado procedimento médico, hospitalar, laboratorial, etc., em regra, as pretensões dos consumidores são deferidas pelo Judiciário, ainda que nos respectivos contratos contenham cláusulas limitativas de cobertura desses procedimentos, sob o fundamento de que a recusa na execução de determinado serviço médico ofenderia a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde, a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Raras são as decisões, para não dizer inexistentes, que apreciam e julgam a relação jurídica como um todo, considerando diversos critérios para a formação do preço, como a massa de usuários do plano de saúde, os cálculos atuariais, as novas tecnologias inerentes à evolução da medicina, a ampliação constante do rol de procedimentos obrigatórios periodicamente atualizado pela ANS, as garantias financeiras que as operadoras devem manter, a idade média dos beneficiários que compõem a carteira, os procedimentos médico-hospitalares cobertos, dentro outros.

Todos esses elementos são indispensáveis para a formação dos preços cobrados pelos planos de saúde e assim manter o equilíbrio econômico-financeiro da avença garantindo a solvabilidade da carteira e, conseqüentemente, o atendimento de qualidade a todos os seus usuários.

---

<sup>374</sup> Resolução Normativa nº 262/2011, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar que atualizou o rol de procedimentos e eventos em saúde previstos na RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010 que estabelece o rol de procedimentos obrigatórios a serem observados pelos planos de saúde.

Importante reafirmar que mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988 o mercado de saúde suplementar não era regulamentado por instrumentos normativos próprios e peculiares a essa espécie de negócio jurídico que, indubitavelmente, necessita de regramento específico em razão do grau de complexidade da atividade. Assim, antes de sua normatização específica, os contratos de assistência à saúde eram regidos pela legislação civil vigente (Código Civil de 1916), quando imperava uma concepção individualista no Direito Privado.

Nesse contexto prevalecia o *pacta sunt servada*<sup>375</sup> naqueles contratos celebrados entre os beneficiários dos planos de saúde e as respectivas operadoras, uma vez que não havia legislação específica e protetiva dos consumidores (vulneráveis) para coibir abusos daqueles que detêm o poderio econômico-financeiro.

Contudo, com o advento Constituição da República de 1988, seguida da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) consagrou-se o entendimento segundo o qual as normas e princípios neles estabelecidos seriam aplicados nas relações jurídicas havidas com a celebração dos contratos de assistência à saúde, inclusive essa é a orientação da jurisprudência que assentou posição pela aplicação do CDC na contratação de planos de saúde. Nesse sentido também é a Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>376</sup> Por isso, pode-se afirmar ainda que os contratantes dos planos de saúde, na qualidade de consumidores, sempre estarão protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>375</sup> É o princípio que determina que os contratos devem ser cumpridos e o que neles está estabelecido deve ser observado. Esse princípio não foi eliminado no nosso sistema, mas como estabelecido no Enunciado CJK/STF nº 23, a função social do contrato não elimina sua força obrigatória, mas reduz o seu alcance quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Ademais, os contratos nascem para serem cumpridos, mas nem sempre o são, haja vista que os princípios sociais da boa-fé objetiva e da função social do contrato vêm para mitigá-lo pelo mínimo de certeza e segurança que se espera no ordenamento jurídico. Um exemplo dessa mitigação se verifica na Súmula nº 302 do STJ, a qual estabeleceu que nos contratos de planos de saúde é nula a cláusula que limita a internação, pois o beneficiário que é aderente e consumidor está renunciando um direito inerente ao contrato que o direito de ser internado.

<sup>376</sup> Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Somente em 1998 foi editada a Lei nº 9.656, com o objeto de regulamentar pormenorizadamente o setor de saúde suplementar, estabelecendo normas em matéria contratual, administrativa, regulatória, contábil, consumerista, dentre outras, cuja aplicação se dá em conjunto com o CDC, como delineado através da “teoria do diálogo das fontes” de Erik Jayme.

Dentro dessa proposta é imperativo se manter o equilíbrio entre o individual e o social, sempre se voltando para a manutenção da dignidade do ser humano.

Como aventado, diversos fatores devem ser considerados para a formação do preço dos planos de saúde ofertados ao mercado e, assim, viabilizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não sendo legítimo o consumidor pleitear determinado procedimento médico, quando ficou expressamente consignado no contrato e na lei que o serviço não estaria coberto.

Dessa feita, não se mostra desarrazoado que, atuando dentro dos limites da lei e das normas regulamentares, que perfazem o sistema altamente fiscalizado da saúde suplementar, haja a expressa previsão permissiva para se limitar a responsabilidade das operadoras de planos de saúde quando determinada cobertura não esteja contemplada no rol de eventos de custeio obrigatório emitido pela ANS. Isso porque, tanto o legislador, no momento da elaboração de diversos instrumentos de intervenção estatal, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98, dentre outras e; o administrador, na tarefa de regulamentar e fiscalizar a observância de todo o regramento desse segmento, inclusive pautado por largo conhecimento técnico e específico, cada qual dentro de sua competência constitucional, elegeram as aspirações mais essenciais e presentes na sociedade para a constituição de um sistema de saúde suplementar que seja viável sob o aspecto social e econômico, a fim de proporcionar a grande parcela da sociedade atendimento à saúde fora do sistema público universalizado, manifestamente sobrecarregado por diversos fatores.

Inclusive, esse foi o entendimento da Corte Suprema da Argentina ao assentar que o Estado é responsável por garantir o acesso à saúde, quando o condenou ao pagamento de despesas médicas de dois menores cujo contrato com a

entidade médica privada não cobria as despesas de determinado tratamento. Os requerentes sustentaram que não podiam arcar com as despesas do tratamento e deveriam de ter seu direito constitucional à saúde garantido. Esse argumento foi contraditado pela entidade médica privada, a qual aduziu que o procedimento pretendido não estava contemplado contrato ou na lei. Ocorre que, no caso, a Corte, realizando o direito constitucional à saúde dos menores e interpretando o conflito, determinou que o Estado suportasse os custos médicos do tratamento, sob pena de frustrar-se o direito constitucional à saúde, indissociável da dignidade da pessoa humana.<sup>377</sup>

Como é possível perceber da decisão da Suprema Corte de nossos vizinhos, foi adotada postura que preservou a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, o direito à saúde, a defesa do consumidor, a separação dos poderes e a segurança jurídica, sem pretender socializar a questão através de decisão arbitrária, inclusive, sem que pudesse ser justificada por qualquer teoria argumentativa-discursiva.

Pelo exposto, é possível afirmar que é vedado ao Judiciário modificar os axiomas eleitos pela sociedade a fim de socializar a prestação privada à saúde obrigando, por exemplo, o custeio de procedimentos não abrangidos na lei e no contrato, acarretando o desequilíbrio da avença e caminhando na contramão da segurança jurídica e do bem comum, na medida em que a anomalia sistêmica apontada acarretará ou o aumento dos preços aos demais usuários de planos de saúde, num efeito socializante, ou a bancarrota das operadoras que, como já discorrido, ocasiona nefastos prejuízos à toda sociedade, inclusive com o aumento de demanda ao SUS. Ou seja, em vista da hipercomplexidade do setor da saúde o legislador e administrador traçaram exaustivamente o regramento – detalhado nesta pesquisa - a fim de confirmar suas escolhas políticas, que, no entanto, a todo o momento, são subvertidas pela prática decisionista de muitos magistrados.

Tem-se, por exemplo, a famosa questão quando o médico do beneficiário lhe receita a colocação de determinada prótese importada não coberta contratualmente e a operadora apenas autoriza a utilização de prótese nacional (mais baratas), haja

---

<sup>377</sup> Disponível em: <[www.csjn.gov.ar/docus/documentos/novedades.jsp](http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/novedades.jsp)>. Acesso em: 01/01/2013.

vista estar comprovado e atestado pela ANVISA que não há diferença técnica que possa prejudicar o consumidor entre as próteses nacionais e as estrangeiras.<sup>378</sup> Vale apenas destacar que em relação às próteses, já foram desmantelados diversos esquemas de corrupção entre médicos e fornecedores das mesmas, portanto, a indicação do médico assistente do consumidor deve ser vista com certa ponderação.<sup>379</sup>

E diante dessa problemática, o consumidor deságua suas angústias no Judiciário, que sem conhecimentos técnicos adequados e em diversos casos atuando em momento de pressão, via de regra, concede os pleitos dos beneficiários, sem qualquer critério, ou seja, sem observar o procedimento ético de um discurso pautado por coerência e consistência, em manifesto deciscionismo como acima traçado por Daniel Sarmiento, buscando decisões simpáticas e amistosas à opinião pública, como pontua Néviton Guedes:

(...) dificuldade aparentemente atávica do ser humano de preferir tomar decisões simpáticas e amistosas, geralmente casuísticas, em detrimento de decisões antipáticas e desagradáveis, ainda que, do ponto de vista da generalidade do direito e da isonomia com outros casos, sejam mais adequadas e, por isso mesmo, mais legítimas.

(...) muitas vezes a decisão judicial legítima – em conformidade com o Direito – revelar-se-á desagradável às nossas convicções pessoais, muitas vezes causando sofrimento a alguém e quase sempre implicando custos a serem suportados por indivíduos ou pela comunidade. Em síntese, nem sempre uma decisão judicial, para ser justa, poderá ser agradável.<sup>380</sup>

Com isso, verifica-se notório enriquecimento sem causa do consumidor que estará onerando a coletividade dos usuários desse plano, além de contribuir com a redução do nível de solvência da operadora e a longo prazo, prejudicando toda a

---

<sup>378</sup> PLANO DE SAÚDE - Obrigação de fazer - Negativa de cobertura da prótese importada - Procedência do pedido - Inconformismo de ambas as partes - Acolhimento parcial apenas do recurso do autor - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Ratificação da maioria dos fundamentos da sentença - Aplicação da lei consumerista, independentemente de se tratar de sistema de autogestão - Ausência de comprovação da eficácia da prótese nacional - Escolha do material cirúrgico que, ademais, compete ao médico - Dano moral configurado - *Quantum* fixado em observância aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade - Incidência dos juros de mora a partir da citação - Inteligência do art. 405 do Código Civil – Verba honorária que não remunera adequadamente o profissional - Aplicação do disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil – Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido, provido parcialmente o recurso do autor. (Apel. 0034662-47.2011.8.26.0602, 5ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, v.u., J. 18.05.2016).

<sup>379</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-protese-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>> Acesso em: 05.03.2016.

<sup>380</sup> GUEDES, Néviton. *O juiz a bondade e a justiça*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>> Acesso em: 07-08-2015.

sociedade. Portanto, não se mostra crível a declaração de nulidade de cláusulas limitativas de coberturas contratuais de planos de saúde, desde que estejam claramente informadas ao consumidor e que essa restrição não possa desnaturar, tampouco contrariar as razões que ensejaram a sua celebração.

Confira, por exemplo o teor das Súmulas 90 e 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Súmula 90 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Havendo expressa indicação médica para a utilização do serviço de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

Súmula 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Em ambas as situações o Judiciário, a despeito de qualquer exigência legal e/ou contratual criou novas obrigações às operadoras de planos de saúde para o custeio de atendimentos conhecidos como *home care*, bem como de tratamentos experimentais dissociados da “Medicina Baseada em Evidências”, não abrangidos pelo rol obrigatório da ANS, inclusive sem qualquer comprovação de eficácia e de sua segurança.

Observado os enunciados sumulares do Tribunal de Justiça de São Paulo, as operadoras de planos de saúde estão sujeitas ao custeio de todo e qualquer tratamento, ainda que de forma experimental, ou seja, os planos de saúde passam a se tornar seguradores universais de seus usuários, sem qualquer limitação e possibilidade de previsão de preço quando da contratação, ocasionando o desvirtuamento do sistema, haja vista a insegurança jurídica que tal situação acarreta para o mercado e para a sociedade de maneira geral. Sobre esse aspecto, Herman Heller afirma que:

[...] a segurança das trocas ou certeza do direito tornaram-se possíveis em decorrência de uma notável calculabilidade e previsibilidade das relações sociais, que se tornam realizáveis somente se as relações sociais, e sobretudo as econômicas, são reguladas de modo crescente por um único ordenamento, ou seja, emanado de um único ponto equidistante. O

resultado final, ainda que não definitivo desse processo de racionalização social é um moderno Estado de Direito.<sup>381</sup>

No caso exemplificado, o Legislativo e o Executivo tomaram suas decisões políticas ao estabelecerem as obrigações e os limites das operadoras de planos de saúde, deixando para o Estado a obrigação de conceder a universalização da saúde. Ou seja, nos casos em que não haja a previsão contratual da cobertura de determinado procedimento médico-hospitalar por parte do plano de saúde, bem como o mesmo não contar no rol obrigatório da ANS, caberá ao Estado o custeio desse evento, haja vista que a Constituição da República de 1988 a ele incumbiu a tarefa de segurador universal da saúde e não à iniciativa privada, que atua dentro dos limites estabelecidos em lei. A pretensão do juiz em determinar a cobertura de algo não coberto viola o princípio da legalidade, como destaca Pietro Perlingieri ao comentar a sua aplicação no ordenamento italiano, mas perfeitamente cabível ao caso brasileiro:

Se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto segundo a própria visão do mundo, desconsiderando o Parlamento e o Executivo, não haveria motivo para o primeiro fazer as leis, para o segundo emanar regulamentos ou outras medidas que tenham força de lei. O juiz é, sim, autônomo em relação ao poder Executivo, mas é submetido à lei, ainda que apenas a ela (art. 101 Const.). O princípio da legalidade assume uma conotação própria no sistema.<sup>382</sup>

Sendo assim, é forçoso reconhecer que o dever de agir segundo a boa-fé incumbe não só às operadoras de planos de saúde – prestadoras de serviços - mas também aos consumidores, sob pena de, não sendo assim, simplesmente se inverter o polo das desigualdades desta relação. Este não é o objetivo nem da norma constitucional, tampouco da norma infraconstitucional em comento. Para se alcançar o objetivo da harmonização, impõe-se reconhecer que os consumidores têm deveres que decorrem da regra geral da boa-fé, como trabalhado no capítulo 5.<sup>383</sup>

---

<sup>381</sup> HELLER, Herman. *Teoría Del Estado*. Trad. De Luís Tobío. México, Fondo de Cultura Económica: 1977.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>383</sup> DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: TARTUCE, Flávio; e CASTILHO, Ricardo (org.). *Direito Civil – Direito Patrimonial e Direito Existencial, Estudos em Homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 255.

Em nítido movimento pendular, próprio do Direito, verifica-se que o Judiciário vem reconhecendo a legalidade dessas formas regulatórias, inclusive como maneira de garantir o equilíbrio de todo o sistema de saúde suplementar, além de prestigiar a segurança jurídica e previsibilidade que devem estar presentes nas relações jurídicas, restando evidente que diversos preceitos normativos, tais como a nulidade cláusulas abusivas, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, foram introduzidos para equilibrar as relações contratuais e não para criar uma categoria de indivíduos com *super direitos* em relação aos fornecedores e/ou prestadores de serviços, sob pena de desvirtuamento de todo o sistema.

Diante do grande volume de demandas que veem assoberbando o Judiciário nas quais se discutem direitos relacionados não só aos planos de saúde, mas à saúde de forma geral, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31, a qual estimula os Tribunais a adotarem medidas com a finalidade de subsidiar os magistrados e demais intérpretes do Direito através da formação de Junta Médica para se aferir, de forma técnica, qual a melhor solução a ser dada ao caso concreto e, com isso, assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Desse modo, conclui-se que o próprio CNJ reconhece que as demandas que versam sobre a assistência à saúde não estão recebendo o tratamento adequado pelo Judiciário.

O mesmo Conselho Nacional de Justiça editou o Enunciado nº 26 estabelecendo que: “É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.”

Esses temperamentos que estão sendo incorporados em doses homeopáticas representam o produto de uma adequação entre a realização dos direitos fundamentais e a correção das decisões judiciais para se restabelecer a devida observância à separação dos poderes. Nesse sentido, Franz Neumann conclui que: “(...) a livre concorrência precisa da generalidade da lei e do direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta

subordinação do juiz ao direito, e daí a separação dos Poderes.”<sup>384</sup>

Por todo o exposto, parece-nos que, diante da inércia não razoável do legislador, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos colacionados ao longo deste capítulo, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado. No entanto, pode-se admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, o Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade. Evidentemente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser questionada no Judiciário. Essa a nova perspectiva. Assim, não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Como pondera Lucas de Souza Lehfeld e Kerton Nascimento e Costa, a postura ativista do Poder Judiciário pode ser positiva de um lado, mas negativa de outro. Para eles, o ativismo relacionado à atuação judicial sem observância à separação dos poderes e ligado a uma ingerência e intervenção na discricionariedade da Administração Pública representa a faceta negativa. Ao passo que quando o Judiciário busca concretizar o texto constitucional, “na maior medida possível, com a máxima eficácia das normas constitucionais, com ponderação, um discurso fundamentado e respeito aos limites do administrador”, em especial atenção ao orçamento e a discricionariedade do administrador das alocações financeiras, nesse caso, a atuação é positiva. E ao final arrematam:

O concretismo judicial se mostra uma ferramenta eficaz na busca pelo ideal sensato e ponderado da igualdade e da segurança jurídica, afirmando a Constituição, não como um texto de promessas, mas como uma bússola que mostre o caminho em busca de uma sociedade mais justa e igualitária, em que o Estado seja cumpridor do seu papel e que a sociedade, nesse processo, tenha participação ativa tanto nas decisões políticas, quanto no

---

<sup>384</sup> NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Trad. De Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar Editores: 1969.

controle social dos Poderes constituídos, especialmente na formulação de políticas, como de saúde.<sup>385</sup>

Posto isso, considerando que o segmento da saúde suplementar é altamente regulado, com regras e decisões políticas expressamente manifestadas pelas instâncias competentes, qualquer postura ativista do Judiciário que vise conferir obrigações às operadoras de planos de saúde além daquelas previstas pela lei e nas normativas do órgão regulador perfaz atuação negativa do Judiciário, haja vista que a adoção de uma medida de cunho social, ainda que adotada pelo Judiciário, pode, ao longo do tempo, acarretar o efeito reverso, com impacto negativo a toda sociedade. Esse ativismo desmedido traz sérios riscos sociais, como observa Lenio Luiz Streck:

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custear tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!<sup>386</sup>

Não se trata de proteger o cidadão, muitas vezes em situações de risco, em face das operadoras de planos de saúde. O que está em jogo é a sobrevivência do próprio sistema. Os sistemas de atendimento à saúde pública objetivam ao atendimento do maior número de pessoas e da melhor forma possível para a preservação da própria sociedade. Não é despropositado que o sistema de saúde britânico, tido como o melhor do mundo, se limita a custear os procedimentos previamente aprovados, nada além.

No caso brasileiro, não é lícito compelir o plano de saúde a custear procedimento não coberto em razão de na outra ponta encontrar-se pessoa em risco, o que, ainda mais em momentos de crise, ameaça a sobrevivência do próprio

---

<sup>385</sup> COSTA, Kerton Nascimento e; LEHFELD, Lucas de Souza. A intervenção do Poder Judiciário na administração dos recursos destinados à garantia do direito coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial? In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 85, out.-dez./2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 50-51.

<sup>386</sup> STRECK, Lenio *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4<sup>aa</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 289.

sistema em face do desequilíbrio contratual ocasionado. Plano de saúde é mutualismo. Se há cobertura sem previsão no cálculo atuarial, o plano se inviabiliza, por mais triste que possa ser. A saúde não tem preço, mas custa.

## CONCLUSÃO

Esta dissertação apresentou a proposta do tema – A Justicialidade dos Direitos Fundamentais nos Contratos Privados de Assistência à Saúde – partindo da evolução e reconhecimento dos direitos humanos fundamentais no âmbito internacional e no Brasil com o intuito de aferir o regime jurídico que estão submetidos, em especial o direito à saúde e a defesa do consumidor, para só então trazer a problemática da interferência do Judiciário nas relações privadas de saúde.

A partir da proposta apresentada, a pesquisa parte da evolução histórica dos direitos do homem desde as comunidades da Antiguidade, nas quais já apresentavam sementes que fariam germinar direitos voltados à preservação do homem, em especial nas sociedades grega e romana. Na Idade Média os forais e as cartas de franquia outorgados pelos reis aos seus vassalos reconheciam direitos imemorais e de participação na vida política em certa medida. Nesse período, mereceu destaque a edição da Magna Carta de 1215, tendo em vista a previsão de um sistema de contenção do poder estatal, sendo sucedida por diversos atos e declarações de direitos.

Como reação ao sistema de poder absolutista vigente, diversos teóricos iluministas desenvolveram as ideias da soberania popular, da limitação do poder, do direito natural à liberdade e da separação de poderes, dentre outros, os quais inspiraram as Revoluções Americana e Francesa no século XVIII, precursoras do Estado Liberal, no qual se reconheceram inúmeros direitos de liberdade e de limitação de poder.

Com o desenvolvimento da classe burguesa e da economia dentro do Estado Liberal, verificou-se que as liberdades até então asseguradas não eram mais suficientes para o livre desenvolvimento do indivíduo diante da disparidade entre as partes de uma relação jurídica. Como reação a essa estrutura surge a doutrina marxista, a qual inspirou a Revolução Russa de 1917, pressionando os Estados europeus a reformularem o modelo econômico e social vigente até então. A partir

dessa contraposição de ideias, passa ser desenvolvido o *Welfare State*, através de uma concepção de um Estado intervencionista e prestador de serviços sociais.

A II Guerra Mundial destruiu todo o sistema de proteção dos direitos humanos até então construídos, inclusive porque as medidas adotadas para o cometimento de inúmeras barbaridades foram tomadas com fundamento na lei que, por mais odiosas que fossem, seriam normas válidas, considerando ainda que a mentalidade jurídica dominante à época impunha ao intérprete a aplicação da lei sem qualquer juízo de valor acerca da mesma ser justa ou injusta, como determina a teoria positivista ideológica.

O julgamento de Nuremberg representou a vitória da dignidade da pessoa humana enquanto valor suprapositivo, impulsionando uma nova corrente filosófica pós-positivista. O pós-positivismo busca a ligação entre o Direito e a Moral através da interpretação de princípios jurídicos abertos que passaram a receber caráter normativo, sem que isso represente a volta de valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas através de uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à moral, que não se esgota na lógica formal.

Assim, pode-se afirmar que os direitos humanos como hoje compreendidos surgem como reação ao holocausto e às demais barbáries perpetradas durante a II Guerra Mundial e a dignidade da pessoa humana caracterizada como valor jurídico fundamental e axioma norteador de toda produção legislativa e interpretativa das Constituições democráticas do pós-guerra.

Dentro desse novo cenário mundial, as diversas constituições dos Estados Democráticos de Direito produzidas a partir de então passaram a incorporar um repleto rol de direitos fundamentais intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Como espécie do gênero direito fundamental, os direitos sociais surgem com certas especificidades em relação ao regime jurídico dos direitos individuais, na medida em que esses mandamentos estão ligados à concretização da igualdade

material através da prestação de serviços estatais e da intervenção do Estado no ordem econômica e social.

No ordenamento brasileiro, a saúde, direito fundamental social, foi alçada ao status de direito subjetivo público apenas com a Constituição da República de 1988 e, deve ser concebida em sentido amplo, como estabelecido em diversas declarações de direitos subscritas por toda comunidade internacional, não se limitando apenas ao aspecto curativo, mas sob toda perspectiva preventiva e coletiva, além de buscar o bem-estar psíquico e social, não se restringido ao aspecto físico.

O constituinte de 1988 estabeleceu que o direito ao acesso às ações e serviços de saúde são norteados pelos princípios do acesso universal, igualitário e gratuito. Dessa feita, através desses “mandamentos de otimização”, todos os indivíduos têm o direito ao atendimento público de saúde sem qualquer distinção, a eles assegurado o tratamento isonômico, permitindo-se, apenas, distinções de tratamentos e acesso que considerem o estado clínico e as condições específicas de cada pessoa. Apesar da divergência doutrinária acerca do princípio da gratuidade na prestação de serviços de saúde, como regra implícita contida no princípio da universalidade, este vem contemplado no art. 43 da Lei nº 8.080/90.

O Sistema Único de Saúde (SUS), traçado na Constituição da República de 1988, é orientado pelos princípios da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade, os quais estabelecem, respectivamente, a participação de todos os entes federativos no trato da saúde pública, com a obrigatoriedade de se prestar atendimento integral aos cidadãos, além de gerir o campo das políticas públicas no que diz respeito ao saneamento básico, alimentação, atendimento médico-hospitalar, farmacêutico, etc. Ainda, o sistema prevê a participação da comunidade na gestão do SUS através dos Conselhos de Saúde (Lei nº 8.142/90).

O artigo 199 da Constituição da República de 1988 permitiu à iniciativa privada a sua participação no sistema de saúde brasileiro, tanto em sua forma complementar, atuando junto ao sistema público de saúde através da celebração de contrato público ou convênio com a Administração ou, no campo suplementar,

através da oferta de planos de saúde pelas empresas operadoras aos consumidores em geral.

Por se tratar de serviço de relevância pública e segmento estratégico de política social do Estado, a Lei nº 9.961/2000, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a qualidade da assistência suplementar à saúde a toda sociedade. No entanto, antes mesmo da criação do órgão regulador – ANS – o mercado da saúde suplementar, que há décadas era autorregulado pelas “leis de mercado”, passou a ser disciplinado pela Lei nº 9.656/98, combinada com as normas de proteção estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

Esses instrumentos legislativos representam nítida intervenção estatal no domínio econômico com a finalidade de acomodar a livre iniciativa com os valores de proteção do indivíduo, tais como, a saúde, a defesa do consumidor, a valorização do trabalho, dentre outros. Nesse ponto, o legislador, intervindo nas relações privadas promulgou o Código de Defesa do Consumidor e, especificamente, em relação à saúde suplementar editou a Lei nº 9.656/98, além de criar a Agência Nacional de Saúde Suplementar. A intervenção do Estado brasileiro nesse segmento econômico se deu em virtude de sua relevância não só para economia nacional, mas ainda para todo o sistema de saúde, pois proporciona o desafogamento dos equipamentos públicos desse setor e, de forma mediata, contribui, sobremaneira, com a realização do direito fundamental à saúde.

Sob uma perspectiva do direito consumerista, na medida em que todo arcabouço jurídico de proteção ao consumidor também se aplica nas relações privadas de assistência à saúde, busca-se, através dessa regulamentação, estabelecer critérios de contratação com a finalidade de sustentação de todo o sistema em conformidade com a proteção ao consumidor, usuário do plano de saúde. Dentro dessa competência regulamentar previu-se a possibilidade de se excluir da contratação determinados procedimentos médico-hospitalares, tais como tratamentos experimentais.

A Lei nº 9.656/98 e toda a normatização editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar estabeleceram um regramento exaustivo, com exigências assistenciais às operadoras de planos de saúde, além de uma gama considerável de garantias aos seus usuários, permitindo aos consumidores a escolha da operadora, da espécie do plano, sua abrangência territorial, coberturas além daquelas exigidas por lei, dentre outros produtos que podem ser ofertados. No entanto, como é notório, a variação do preço do plano de saúde está intimamente atrelada às opções de contratação realizadas pelo consumidor, todas elas consideradas na composição do cálculo atuarial realizado para se estabelecer o valor que deverá ser suportado pelos usuários, e, com isso, determinar o equilíbrio contratual. Note-se que todo esse regramento converge com a realização da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato, a qual é assegurada através de norma de ordem pública, concretizada por meio do atendimento médico-hospitalar dos usuários dos planos de saúde apenas nas hipóteses de eventos contemplados pelo contrato ou constante no rol mínimo de cobertura assistencial. Dessa forma, naquelas hipóteses em que o procedimento não esteja coberto pelo plano de saúde a obrigação do custeio passa a ser do Estado, segurador universal conforme cânone constitucional e com isso garantido o direito à saúde do indivíduo.

Essa relação de consumo, também deve se pautar pela boa-fé objetiva em todos os momentos da contratação, sendo defeso a adoção de comportamento contraditório das partes, pois desses contratos se espera a cobertura de procedimentos médicos, hospitalares, laboratoriais, etc. pela operadora e o pagamento correspondente pelo beneficiário, observando-se os limites dos serviços contratados, sem que estes representem cláusulas abusivas.

Exigir das operadoras de planos de saúde o custeio de serviços não contemplados pela lei ou pelo contrato acarreta o desequilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico com repercussão direta a todos os demais usuários do plano de saúde que ficarão sujeitos ao aumento de suas mensalidades para se restabelecer a estabilidade contratual ou até mesmo ocasionar a inviabilidade financeira da operadora (função social externa dos contratos), numa verdadeira socialização dos eventuais prejuízos, subvertendo todo o sistema elaborado pelos legisladores constituinte e ordinário.

O contrato de assistência à saúde é aleatório, cujo o risco é da própria essência do negócio, mas esse risco só deve ser mensurado em relação aos eventos cobertos. Assim, exigir o custeio de tratamento fora dos procedimentos de cobertura obrigatória estabelecidos pela ANS (RN ANS nº 395/2015) e não previstos no contrato acarreta, como já aduzido, a médio e longo prazo, a inviabilização da atividade econômica, com efeitos nefastos para toda a sociedade em diversas esferas (saúde, trabalhista, tributária, etc.), conforme já se presenciou a derrocada de diversas operadoras, com manifestos prejuízos aos prestadores de serviços e muito mais aos consumidores e à sociedade em geral.

Assim, o acolhimento de prestações fora das previsões legais e contratuais ocasiona insegurança jurídica de efeitos nefastos para a sociedade de forma geral, já que o Direito não pode viver com a insegurança.

A postura ativa do Poder Judiciário também tem origem na ampliação das atribuições estatais que surgiram ao longo do tempo, principalmente em razão do fenômeno jurídico que atribuiu imensa gama de obrigações sociais (*welfare state*) ao Estado, trazendo consigo diversas implicações aos juízes. Dessa forma, como a saúde foi reconhecida no bojo da Constituição da República de 1988 como direito subjetivo público e também foi franqueada a participação da iniciativa privada nesse ramo, cuja atuação é estritamente fiscalizada e regulamentada pelo Estado, na falta de efetivação desses preceitos por seus agentes a questão pode ser judicializada pelos indivíduos-consumidores que tiveram seus direitos preteridos.

O fenômeno da judicialização de questões políticas e sociais decorre do modelo adotado pela Constituição da República de 1988, a qual reconhece a relevância dos princípios e o papel do juiz na aplicação dos valores constitucionais sem descuidar dos fundamentos democráticos e republicanos, objetivando a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais.

No entanto, o ativismo judicial não se confunde com a judicialização. Enquanto a judicialização é um fato, o ativismo é uma atitude. É um modo expansivo de interpretar a Constituição, até mesmo para analisar situações que não foram contempladas expressamente pelo constituinte, tampouco pelo legislador ordinário.

Esse fenômeno recebe diversas objeções doutrinárias, principalmente no que se refere aos riscos para a legitimidade democrática, à politização indevida da justiça e aos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A despeito de críticas, o aumento da atividade jurisdicional é inevitável como consequência do aumento das atividades dos demais poderes. Contudo, o intérprete tem deveres de integridade para com o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis, os precedentes na matéria, deveres de coerência com suas decisões anteriores e com as premissas que estabeleceu em casos precedentes. O magistrado não está liberto para atuar de acordo com suas convicções particulares, pois tem deveres de integridade e de coerência. Ademais, a atividade jurisdicional deve observar as decisões políticas adotadas pelas instâncias competentes desde que estas, à evidência, não violem os direitos fundamentais. O intérprete deve buscar o equilíbrio entre um discurso judicial que deve ser realizado dentro de um procedimento ético que apresente consistência e coerência, considerando a segurança jurídica que deve ser observada em toda aplicação do Direito.

Por conseguinte, em regra, o Judiciário deve se curvar ao Executivo e ao Legislativo nas escolhas políticas tomadas, atuando apenas para corrigir eventual inconstitucionalidade da norma e ou nos casos de omissão legislativa, a fim de conferir maior previsibilidade e segurança a toda sociedade, evitando-se, com isso, decisões casuísticas e em descompasso com a sistemática adotada pelo constituinte.

Não é desejável o Judiciário funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, como se verifica no setor da saúde suplementar, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais.

Pelo exposto e considerando o segmento da saúde como altamente regulado e com regras e decisões políticas expressamente manifestadas pelas instâncias competentes, é vedado ao Judiciário modificar os valores eleitos pela sociedade a fim de socializar a prestação privada à saúde obrigando, por exemplo, o custeio de

procedimentos não abrangidos na lei ou no contrato. Essa postura, ocasiona o desequilíbrio das avenças, o desrespeito à segurança jurídica, a violação da separação dos poderes e o prejuízo na busca do bem comum, na medida em que essa anomalia sistêmica acarretará ou o aumento dos preços aos demais usuários de planos de saúde, num efeito socializante, ou até mesmo a liquidação das operadoras, com prejuízos à toda sociedade, inclusive com o aumento de demanda junto ao SUS.

Em vista da hipercomplexidade do setor da saúde o legislador e administrador traçaram exaustivamente o regramento desse segmento – detalhado nesta pesquisa - a fim de confirmar suas escolhas políticas, que, no entanto, a todo o momento, são subvertidas pelo decisionismo de muitos magistrados.

Portanto, qualquer postura ativista do Judiciário que pretenda conferir obrigações às operadoras de planos de saúde além daquelas previstas no contrato, na lei e nas normativas do órgão regulador representa atuação negativa do Judiciário, haja vista que a adoção de uma medida de cunho social, ainda que adotada pelo Judiciário, pode, ao longo do tempo, acarretar o efeito reverso, com impacto negativo a toda sociedade.

## BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da Tradução de Nívia Mônica da Silva. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva, revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. rev., atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Verbatim, 2016.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 17, 1º trim. 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed., ver. e atual., São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – “Laesio enormis”. In: *DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. Vol. 2.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista dos Tribunais*, nº 797. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 18 – abril/maio/junho de 2009.

\_\_\_\_\_. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, v. III, 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*; comp. Por Nello Morra, trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRITO, Edvaldo. *As Constituições Brasileiras*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa, n. 21, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad.: de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARRILHO, Cristiano. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva. 2002.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Kerton Nascimento e; LEHFELD, Lucas de Souza. A intervenção do Poder Judiciário na administração dos recursos destinados à garantia do direito coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial? In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 85, out.-dez./2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. 8 v.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo Global. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. ESDC. v. 15 – jan./jun. 2010, São Paulo.

DA COSTA JÚNIOR, Antonio Gil; COSTA, Carlos Eduardo de Mira. Breve Relato Histórico das Políticas Públicas de Saúde no Brasil. Disponível em: <[http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=170#\\_ftnref1](http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=170#_ftnref1)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010.

DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento jurídico e da Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: TARTUCE, Flávio; e CASTILHO, Ricardo (org.). *Direito Civil – Direito Patrimonial e Direito Existencial, Estudos em Homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelle. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Malheiros, 2004.

FREIRE, Henrique. *A Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed., São Paulo. Malheiros: 2013.

GUEDES, Néviton. *O juiz a bondade e a justiça*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>> Acesso em: 07-08-2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: C. Bastos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.

HELLER, Herman. *Teoría Del Estado*. Trad. de Luís Tobío. México, Fondo de Cultura Económica: 1977.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. 1ª ed., textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003.

KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 52, p. 64-78, abr./jul. 1990.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2014.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Leonardo (organização). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Diversos tradutores. Montevideo: Konrad-Adnauer-Stiftung, 2005. (Coletânea original: Jürgen Schwabe).

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MAUS, Ingebor. O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife*, n 11, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiros. In CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos* / Luiz Augusto Ferreira Carneiro, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. 4.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, Tomo IV, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. In: Cordeiro, António Menezes; Leitão, Luís Menezes; Gomes, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em homenagem ao prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad.: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MURPHY, Robert P. *O básico sobre o Obamacare*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1744>>. Acesso em: 10 maio 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEUMANN, Franz. *Bhemoth. The structure and practice of national socialism*. London: Victor Gollancz Ltd., 1942.

NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Trad. de Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar Editores: 1969.

NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras: 1824*. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1998: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: ed. Verbatim, 2009.

OLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul-dez. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. *História das políticas de saúde no Brasil: Uma pequena revisão*. Minas Gerais, [s.d]. Disponível em:

<[www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf](http://www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf)> Acesso em: 21 de outubro de 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Erival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva. São Paulo, 2010.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual da Monografia Jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUSSO, Juliana de Sousa Gouvêa; RUSSO, Marlo. O Plano Privado de Assistência à Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1ª ed., 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias Maria Alice Máximo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris.

\_\_\_\_\_. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde*. 3ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

SCWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*. São Paulo: Verbatim. 2012.

SICHES, Luis Recasens. *Nueva Filosofía De La Interpretacion Del Derecho*. 2ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1973.

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

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Luiz Toro da. *Os Deveres do Estado e os Limites ao Poder de Regular na Saúde Suplementar sob a Ordem Econômica*. Teses de Doutorado. Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, FADISP, São Paulo, 2015.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica em crise*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., rev., mod. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. *Função social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005.

TREMPS, Pablo Pérez. *Derecho constitucional*, 2ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch Libros.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Sistema Único de Saúde (SUS) – Características e sua inserção no contexto federativo*. 279 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. In: *International Journal on Human Rights*, 6:49, 2007.

### **Sítes Consultados**

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)

[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)

[www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

[www.medicina.ufmg.br](http://www.medicina.ufmg.br)

[www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)

[www.globo.com](http://www.globo.com)

[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)

[www.mises.org.br](http://www.mises.org.br)

[www.historiaehistoria.com.br](http://www.historiaehistoria.com.br)