Número 7 – agosto/setembro/outubro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

DO IMPACTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE À LUZ DA LEI Nº 9.656, DE 1998

Prof. Leonardo Vizeu Figueiredo

Procurador Federal. Autor de livros. Bacharel em Direito, graduado pela Universidade Federal Fluminense, Professor-palestrante de Direito Constitucional junto à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Professor auxiliar de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense. Professor das cadeiras de Direito Econômico, de Direito Administrativo e Direito Processual Constitucional da Universidade Santa Úrsula, sendo professor substituto em Direito Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei nº 9.656, de 1998, a denominada Lei de Planos de Saúde, foi inaugurado, no direito pátrio, um novo sub-ramo jurídico do Direito Econômico referente à suplementação privada dos serviços de saúde.

Este novel direito caracteriza-se pela complexidade de suas normas, uma vez que é permeado de forma eclética em valores tanto de direito privado, quanto de direito público.

Isto porque, o sistema brasileiro de saúde é atualmente composto por uma intrincada rede de prestação de serviços médicos, a saber: rede pública e a rede privada.

A rede pública é composta por órgãos e entes estatais destinados à

prestação direta, integral e universal à população (saúde pública), bem como por instituições particulares que podem vir a complementá-la, quando se fizer necessário, mediante credenciamento, as quais irão prestar o atendimento médico como *longa manus* do Poder Público (saúde pública complementar). Por fim, aos indivíduos que queiram uma rede diferenciada de atendimento, como um *plus* em relação à rede pública de saúde, é garantida a contratação diretamente com entidades particulares voltadas à suplementação dos serviços de saúde, cuja prestação se dará sob regime de direito privado, obedecidos aos ditames e regras normatizados em lei e disciplinados pelo ente regulador, a saber, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (saúde privada suplementar).

O presente estudo cuida da análise das relações sociais oriundas da homoafetividade nas relações jurídicas contratuais oriundas dos planos e seguros privados de assistência à saúde, nos termos disciplinados e normatizados pela Lei de Planos de Saúde (nº 9.656, de 1998) e da Lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

2. DO DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A evolução da saúde quanto ciência é inerente à própria evolução da história do homem, uma vez que o estudo da incolumidade do ser humano sempre foi vital à sobrevivência deste na Terra.

Profissionais da área de saúde, outrossim, tiveram participação marcante na história do homem. Merece destaque o médico e apóstolo evangelista Lucas, responsável por narrar a vida de Jesus Cristo, segundo os relatos de Maria de Nazaré. Leonardo Da Vinci, dentre tantas ciências, dedicou-se ao estudo do ser humano e de sua anatomia. No Brasil, um dos nossos mais polêmicos e, ao mesmo tempo, festejados chefes do Executivo foi um médico de formação, Juscelino Kubistschek.

Observe-se que, a saúde goza de *status* de direito fundamental, sendo consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, a teor do art. 6º e do art. 196, como direito social de 2ª dimensão[1].

---

[1] Cumpre esclarecer que por direito fundamental entende-se o conjunto de normas que disciplinam, conformam, limitam e orientam a atuação dos Poderes Constituídos do Estado em face do indivíduo e da sociedade. Doutrinariamente, são classificados de acordo com o bem jurídico que tutelam em:

a) Direito Fundamentais de 1ª geração ou dimensão: protegem o regime de liberdades individuais em face da atuação do Poder Público, impondo a este condutas de abstenção em face da pessoa;

b) Direitos Fundamentais de 2ª geração ou dimensão: efetivam medidas de integração social, justiça distributiva e participação igualitária de rendas, impondo ao Estado a pratica de diversas ações para tanto;

c) Direitos Fundamentais de 3ª geração ou dimensão: cuidam da tutela dos interesses transindividuais da sociedade, a fim de promover a co-existência pacífica e fraterna dos indivíduos como um todo;

Via de regra, ao se falar em direito de saúde, abre-se um duplo aspecto: um referente à normatização e fiscalização dos ofícios dos diversos profissionais médicos e auxiliares; e outro relacionado ao disciplinamento da prestação e do acesso aos serviços de saúde.

A atividade de polícia administrativa do direito de saúde, em sua vertente profissional, compete aos diversos conselhos de classe (de Medicina, de Fisioterapia, de Enfermagem, de Psicologia, dentre outros), que zelam pelo cumprimento das legislações respectivas de cada área.

No que tange à prestação dos serviços de saúde, há que se ter em mente que a atual configuração da ordem social constitucional permite que no Estado brasileiro co-existam, de forma independente, uma rede pública e uma rede privada.

A rede pública é disciplinada pela Lei nº 8.080, de 1990, podendo ser complementada por entidades particulares, mediante credenciamento junto à Administração Pública, sendo regida, exclusivamente, pelos princípios e regras do direito público. Seu acesso é universalmente garantido não só aos cidadãos brasileiros, bem como a todo e qualquer estrangeiro, ainda que em trânsito pelo país (arts. 196 e 198 da CRFB).

A rede particular de prestação de serviços de saúde atua de forma a suplementar à rede pública, sendo disponibilizada por entidades privadas de forma adicional e facultativa aos serviços disponibilizados pelo Estado (art. 199, *caput*, da CRFB). Por tais razões, trata-se de atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão-somente, à parcela da população com renda para contratar tais serviços.

Todavia, em que pese a exploração dos serviços de assistência suplementar à saúde ser atividade privada típica de mercado, cuida-se de setor de relevante interesse para a coletividade, não ficando à margem do jugo, tampouco da fiscalização estatal, ante expresso mandamento constitucional (art. 197 da CRFB). Ainda que o setor de suplementação privada dos serviços de saúde tenha suas origens históricas, no Brasil, no início do Século XX, em 1930, o mesmo somente passou a contar com um regramento jurídico próprio, a partir de 1998, com a edição da Lei nº 9.656, a Lei de Planos de Saúde.

Por tais razões, o direito de saúde suplementar é segmento jurídico que se fundamenta tanto em normas do direito público, quanto do direito privado, visando disciplinar as relações multilaterais entre o Estado, os agentes econômicos, os prestadores de serviços médicos e os consumidores, de um setor específico de nossa economia, a saber, o mercado de assistência privada à saúde.

---

d) Direitos Fundamentais de 4ª geração ou dimensão: tutelam os interesses transnacionais oriundos do processo de integração política e econômica das Nações soberanas.

Outrossim, para uma leitura mais aprofundada sobre o tema, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgan. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

Assim, uma vez que o direito de saúde suplementar disciplina um nicho específico de nossa economia, se trata, a nosso ver, de uma subdivisão do direito econômico, que é *"o ramo do Direito Público que disciplina a condução da vida econômica da Nação, tendo como finalidade o estudo, o disciplinamento e a harmonização das relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, detentores dos fatores de produção, nos limites estabelecidos para a intervenção do Estado na ordem econômica"*[2].

Podemos conceituar, destarte, o direito de saúde suplementar como sendo **o sub-ramo do direito econômico que disciplina tanto em caráter técnico, quanto em caráter financeiro, a atividade prestação de assistência privada à saúde, bem como as relações jurídicas entre todos os segmentos sociais envolvidos no respectivo setor, a saber, Poder Público, operadores de mercado, prestadores de serviços médicos e consumidores**.

2.1 OBJETO DO DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Partindo-se da conceituação acima delineada, podemos identificar que o direito de saúde suplementar é o sistema de normas ou a disciplina jurídica que tem objetivo tríplice, a saber:

a) estabelecer regramento específico para se garantir a qualidade técnica dos serviços privados de assistência à saúde, zelando pelos interesses dos consumidores;

b) normatizar critérios financeiros para manutenção da higidez econômica do mercado, bem como para preservação dos agentes privados; e

c) promover a defesa dos interesses coletivos dos consumidores, zelando pela igualdade de acesso destes à assistência privada à saúde, mediante padronização de contratos, monitoramento e controle de preços, dentre outros.

Destarte, podemos identificar que o direito de saúde suplementar objetiva o estudo do disciplinamento jurídico da organização e do planejamento do mercado de assistência privada à saúde, a ser efetuada por parte do Poder Público, norteando os agentes econômicos, regulando a disponibilização dos serviços médicos prestados e, ainda, garantindo a defesa do consumidor.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Antes de analisarmos as características específicas do direito de saúde suplementar, cumpre fazermos uma breve verificação sobre as principais especificidades do direito econômico, quanto ramo jurídico.

---

[2] Figueiredo, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 4.

Isto porque, sendo o direito de saúde suplementar sub-ramo do direito econômico, possui, por óbvio, as mesmas características gerais deste, com as peculiaridades que passamos a delinear.

Vale frisar que, o direito econômico caracteriza-se, precipuamente, pela influência do Estado nas relações sócio-econômicas, atuando com prevalência sobre a autonomia de vontade das partes, para regular a atividade econômica. Podemos, portanto, destacar as seguintes especificidades do Direito Econômico[3]:

a) recenticidade: É um ramo do direito novo, recente, que teve sua gênese com o intervencionismo econômico (teoria moderna econômica – macroeconomia), com o fito de discipliná-lo e regrá-lo. Portanto, sendo um ramo científico do Direito ainda em formação, fica sujeito às constantes influências e mudanças que ocorrem no dinâmico mercado econômico;

b) singularidade: é um ramo jurídico próprio para o fato econômico característico de cada país, não havendo, comumente, um conjunto de regras para norteá-lo, como ocorre com outros ramos do Direito, tais como o Civil e o Penal;

c) mutabilidade: suas normas são sujeitas a constantes mudanças de ordem política e econômica, havendo tendência de curta vigência no que se refere a seus diplomas legais. Daí decorre uma produção normativa abundante e constante, sendo mister não se sujeitar seu disciplinamento apenas ao crivo do Poder Legislativo, outorgando-se grande parcela de competência normativa ao Executivo, ante a especificidade do tema e a celeridade de soluções que seus conflitos exigem;

d) maleabilidade: Dada a necessidade de farta produção normativa, os estatutos de Direito Econômico não devem ficar presos e atados unicamente às espécies normativas próprias do Legislativo para terem vigência e eficácia. Muitas de suas normas, em que pese retirarem fundamento de validade da lei, devem ser produzidas por mecanismos mais céleres, próprios do Executivo, a fim de disciplinar os fatos econômicos e a dinâmica de mercado;

e) ecletismo: em que pese o Direito Econômico ser ramo do Direito Público, mescla valores e princípios do direito privado. Isto porque, dentro de um posicionamento estatal regulador ante a ordem econômica, o Poder Público assume postura mais direcionadora, normatizadora e fiscalizadora da ordem e dos agentes econômicos, procurando abster-se de empreender dentro da atividade econômica. Destarte, deve orientar sua normatização não somente dentro dos princípios de Direito Público, mas também dentro do Direito Privado, para nortear-se de maneira a viabilizar a atividade econômica do agente privado;

f) concretismo: o Direito Econômico disciplina os fenômenos sócio-

---

[3] MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*, 3ª edição. Portugal: Editora Coimbra. 2000. p. 59 a 63.

Figueiredo, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

econômicos concretos, visceralmente vinculado aos fatos históricos relevantes ao Estado e aos indivíduos.

Observe-se que, todas as características acima listadas se fazem presentes no direito de saúde suplementar. Além destas, este novel sub-ramo do direito econômico tem as seguintes peculiaridades:

2.2.1 INTERDISCIPLINARIDADE

O direito de saúde suplementar objetiva disciplinar atividade econômica correlacionada a prestação dos serviços de saúde, efetuada de forma supletiva pelos particulares.

Logo, a fim de alcançar a máxima efetividade social de suas normas, deve pautar-se em conceitos técnicos e científicos dos diversos ramos tanto das ciências biomédicas, quanto das ciências econômicas, para poder promover a prevenção às doenças (medicina preventiva) e o completo restabelecimento dos enfermos (medicina corretiva), bem como para manter a higidez do mercado e de seus operadores, sem perder o foco da defesa do consumidor.

Observe-se que sem estar norteado em estudos técnicos, o contrato de plano e seguro de saúde corre o sério risco de não alcançar seus objetivos, a saber, garantir a efetiva assistência médico-hospitalar ao respectivo beneficiário, quando da ocorrência de enfermidades, custeando o ônus financeiro do tratamento que se fizer necessário.

Assim, como um direito não é um sistema fechado em si mesmo, mas uma ciência dedicada ao estudo das relações jurídicas oriundas da vida em sociedade, mister se faz permear-se e socorrer-se a diversos outros ramos científicos, a fim de harmonizar e pacificar a vida da coletividade.

Neste sentido, merece destaque a lição de Carlos Maximiliano[4], ensinando que:

> *"(...)* ***não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica****. (...) As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social." Grifamos.*

Uma visão da teoria da autopoiese, introduzida nas ciências sociais por Niklas Luhmann, ajuda a compreender a interdisciplinaridade. Esta teoria nasceu nas ciências biológicas, a partir da teoria mecanicista do vivente, na qual o estudo dos seres vivos é feito a partir da sua organização interna, seguindo-se para o estudo de seu relacionamento com o meio em que vive.

---

[4] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 1997. p. 157-159.

Segundo Luhmann, o meio social em que vivemos é um grande sistema, no qual diversos subsistemas, referentes aos centros de interesse do homem, convivem entre si, a saber, o subsistema do direito, da economia, da medicina, da engenharia, da contabilidade, da sociologia, da história, dentre outros.

A sociedade nasce exatamente desta interconexão entre os diversos subsistemas, cada qual responsável por canalizar um aspecto técnico-científico da sociedade e de suas necessidades.

Assim, cada subsistema autopoiético, em que pese ser um sistema fechado, que constrói seus elementos e suas normas com base na análise realizada em seu campo específico de estudo do comportamento, dos interesses e das vontades humanas, necessita de uma abertura cognitiva para os outros subsistemas, a fim de disciplinar, de forma efetiva, as complexas relações sociais, oriundas do meio em que estamos inseridos, no qual constantemente interagimos com o nosso próximo.

Exemplificando: uma relação contratual somente será devidamente disciplinada pelo direito, se estiver, concomitantemente, permeada de elementos econômicos e jurídicos. Isto porque, ao mesmo tempo, constitui uma relação econômica, por meio do pagamento da prestação pactuada, bem como uma relação jurídica, que obriga as partes contratantes aos deveres celebrados. Por sua vez, a atividade de tributação do Estado somente se tornará efetiva e justa se observar princípios tanto ciências jurídicas, a fim de estabelecer os elementos objetivos e subjetivos da exação em tela; quanto de ciências financeiras, com a finalidade de normatizar os critérios de cálculo do tributo, em face de seus elementos de direito.

Isto é o que ocorre com o direito de saúde suplementar, sendo fruto direto da teoria autopoiética. Observe-se que, o funcionamento deste setor da sociedade envolve abertura de cognição entre três subsistemas distintos, porém interconexos.

Destarte, para disciplinar a efetiva assistência privada à saúde, o direito de saúde suplementar deve ser permeado e norteado, de forma interdisciplinar, nos seguintes elementos:

a) elementos de ciência biomédica: para garantir a cobertura e a qualidade na assistência à saúde a ser disponibilizada ao consumidor;

b) elementos de ciência econômica: para manter a higidez do mercado e dos agentes que nele operam;

c) elementos de ciência jurídica: para harmonizar as relações entre os diversos segmentos sociais envolvidos no ciclo econômico do setor, a saber, Estado, operadores de mercado, prestadores médicos e consumidores, a fim de que nenhum dos interesses envolvidos seja privilegiado em detrimento dos outros.

2.2.2 DIRIGISMO ESTATAL

As relações jurídicas disciplinadas pelo direito de saúde suplementar envolvem um aspecto multilateral, uma vez que cuida tanto da relação do Estado com os operadores de mercado, quanto da relação destes com os respectivos prestadores de serviços médicos e consumidores.

A relação jurídica entre a Administração Pública e os agentes econômicos decorre diretamente do *ius imperii* que o Estado exerce sobre todos os seus tutelados, não havendo qualquer entidade, derivada dos Poderes Constituídos da República, que não esteja sob o jugo desta. Assim, tal relação tem na lei sua fonte de obrigações primárias, devendo todos os agentes que desejem operar no mercado de suplementação privada dos serviços de saúde, submeterem-se às disposições legais e normativas do Poder Público.

No que tange à relação jurídica entre o operador de mercado e o consumidor, esta é fruto direto da celebração de um contrato de plano ou seguro privado de assistência à saúde. Todavia, a autonomia privada de vontades é limitada às previsões contidas na lei, devendo observar as cláusulas mínimas de prestação de serviços de saúde estabelecidas. Somente após a garantia do mínimo legal é que as partes contratantes podem negociar um *plus* nos serviços a serem disponibilizados.

Destarte, as relações oriundas deste mercado sofrem influência forte e direta da lei. No que se refere aos operadores de mercado, estes se encontram sob a estrita observância do controle (direção) e/ou do planejamento (indução) do Poder Público para o setor. Em relação aos contratos de plano e seguro de saúde, há necessidade de prévia e estrita observância dos preceitos legais para haver espaço de manifestação volitiva dos contratantes, o que caracteriza, igualmente, o dirigismo estatal.

2.2.3 IGUALDADE DE ACESSO

Por se tratar de um setor de características privadas e reger-se através de relação jurídica contratual, ainda que tenha sua função social estipulada em lei, por meio de imposição de normas cogentes, o mercado de suplementação dos serviços de saúde não garante acesso universal, como ocorre na saúde pública.

Observe-se que, o acesso universal aos serviços de saúde é garantido, tão-somente, da rede pública de saúde, bem como na rede privada credenciada junto ao Poder Público para atendimento pelo Estado.

Todavia, no mercado de assistência privada à saúde isto não ocorre. Somente terá direito à prestação privada da assistência à saúde aqueles que estiverem em condições financeiras de arcar com a contraprestação pecuniária relativa às obrigações contratuais. Por sua vez, o operador de mercado, em casos de comprovada e contínua inadimplência, poderá dar solução de continuidade à relação contratual, rescindindo-a nos termos da lei, com prévia chancela do Poder Público.

Contudo, isto não o autoriza a selecionar contratantes que possuem melhor perfil e menor potencial de risco em relação à ocorrência de enfermidades. Isto porque, todos que se encontrem em condições financeiras de contratar com a empresa privada de assistência à saúde, devem ter garantido o acesso ao contrato, independente de sua condição física-psíquica pessoal.

Por óbvio, faixa etária avançada, doenças e lesões preexistentes, dentre outros fatores, são elementos pessoais que majoram o custo destes beneficiários, em relação aos demais contratantes do plano. Assim, justifica-se que tenham tratamento diferenciado por parte da empresa, a fim de que possam recompor o cálculo atuarial referente ao custo, não causando desequilíbrio financeiro injustificado a toda sua carteira de clientes.

Por tais razões, o direito de saúde suplementar garante igualdade de acesso aos serviços privados de assistência à saúde, somente aos que se encontram no mesmo patamar, isto é, aos que estão em condições de arcar com o ônus financeiro contratualmente estabelecido. Aqueles que não puderem contratar deverão valer-se da assistência médica pública.

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O Direito é um conjunto de normas de conduta, entendendo-se estas como os valores axiológicos juridicamente protegidos que fundamentam o ordenamento legal.

Por sua vez, as normas se dividem em duas espécies, os princípios e as regras.

Os princípios são a viga mestra do direito, sendo comandos gerais dotados de alto grau de abstração, com amplo campo de incidência e abrangência, que orientam a produção do ordenamento jurídico. Em razão de seu maior campo de amplitude, os princípios admitem maior flexibilização às situações sociais, quando da aplicação da literalidade do texto da norma aos casos concretos.

Outrossim, as regras são comandos aplicáveis em um campo de incidência específico, com elementos próximos ao direito comum, capazes de investir um titular em direitos subjetivos. Resta claro que, o comando normativo da regra aplica-se no campo de ação individual de cada pessoa, sendo mais restrito na realização de seus objetivos, não admitindo tamanha amplitude e flexibilização por parte do operador do direito.

Assim, podemos verificar que a distinção entre princípios e regras, se encontra em seu grau de abstração. Observe-se que, tanto princípios, quanto regras, se concretizam a medida que vão sendo positivados no texto legal, ganhando, assim, compreensão cada vez maior.

Neste sentido, vale citar o magistério de Humberto Ávila:

"Essa ponderações têm por finalidade demonstrar que a diferença entre

> *princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todos e os princípios só na medida máxima. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação:* ***os princípios não determinam diretamente (por isso prima-facie) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessários à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma****"[5]. – grifamos.*

No campo do incipiente direito de saúde suplementar, em que pese ser sub-ramo do direito econômico, podemos destacar três princípios específicos, a saber, defesa do mercado, a defesa do consumidor e a efetiva tutela da saúde.

Cabe ressaltar, por oportuno, que tais princípios são fundados, norteados e permeados, concomitantemente, tanto em valores de Direito Público, quanto em valores de Direito Privado, dado o ecletismo que caracteriza este ramo jurídico.

Todavia, antes de analisarmos os princípios específicos do direito de saúde suplementar, cumpre analisar os princípios gerais do direito econômico:

a) **Princípio da economicidade**: significa que o Estado deve focar suas políticas públicas de planejamento para a ordem econômica em atividades economicamente viáveis, tanto a curto, quanto a longo prazo, garantido, assim, o desenvolvimento econômico sustentável e racional do País;

b) **Princípio da eficiência**: determina que o Estado, ao estabelecer suas políticas públicas, deve pautar sua conduta com o fim de viabilizar e maximizar a produção de resultados da atividade econômica, conjugando os interesses privados dos agentes econômicos com os interesses da sociedade, permitindo a obtenção de efeitos que melhor atendam ao interesse público, garantido, assim, o êxito de sua ordem econômica;

c) **Princípio da generalidade**: confere as normas de Direito Econômico alto grau de generalidade e abstração, ampliando seu campo de incidência ao máximo possível, a fim de possibilitar sua aplicação em relação a grande multiplicidade de organismos econômicos, a diversidade de regimes jurídicos de intervenção estatal, bem como as constantes e dinâmicas mudanças que ocorrem no mercado.

Feita esta breve análise, passemos ao estudo dos princípios específicos do direito de saúde suplementar.

---

[5] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 34 e 35.

2.3.1 PRINCÍPIO DA DEFESA DO MERCADO

As normas de direito de saúde suplementar devem primar pela manutenção da higidez econômico-financeira do mercado, bem como pela preservação dos agentes econômicos que nele operam.

Isto porque, a prestação desta modalidade de assistência à saúde é financiada, no caso brasileiro, única e exclusivamente, com recursos privados, fato que lhe dá incontestáveis traços de atividade econômica em sentido estrito, limitando, outrossim, a participação neste nicho, tão-somente, aos consumidores com renda para participar do respectivo ciclo econômico.

Logo, para se garantir a assistência privada aos consumidores, mister se faz disciplinar um conjunto normativo que viabilize a atividade, maximizando a obtenção de resultados financeiros, de maneira a tornar o mercado atrativo a um maior número de competidores, garantido-se, assim, a concorrência saudável no mesmo.

Por óbvio, se as normas de direito de saúde suplementar diminuírem de forma não razoável a margem de lucro dos operadores do mercado, tornando a atividade pouco atrativa, as empresas tendem a fechar, seja por quebra, seja por livre iniciativa para investirem em setores econômicos mais rentáveis, fato que irá gerar gritantes prejuízos ao consumidor, que, forçosamente, terá de socorrer-se na rede pública de saúde.

2.3.2 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A defesa do consumidor se traduz na garantia de acesso igualitário ao plano e, uma vez contratado, na garantia da disponibilização de atendimento médico eficiente e eficaz, para se restabelecer sua incolumidade física e psíquica, às expensas do agente econômico.

Logo, as normas jurídicas de saúde suplementar devem primar pela qualidade técnica dos serviços ofertados, garantindo que as operadoras disponibilizem serviços de saúde, aptos a alcançarem seus fins legais e contratuais, a preços viáveis e acessíveis à população em geral, fato que justifica seu monitoramento e controle por parte do Poder Público.

Observe-se que, não há que se falar em preços irrisórios, incapazes de cobrir o custo marginal do negócio com uma margem de lucro razoável, uma vez que o acesso ao plano de assistência à saúde deve ser garantido, tão-somente, à parcela da população com renda para tanto. Isto porque, em um mercado econômico, a imposição de políticas demagogas que não refletem a realidade financeira do setor tem conseqüências funestas para todos que nele operam, gerando grande déficit para o mesmo, fato que coloca em risco sua própria existência.

Outrossim, ao necessitado e notadamente hipossuficiente, bem como a todos os cidadãos, é constitucionalmente garantido acesso universal na rede

pública de saúde.

Ressalte-se que, não há como se justificar a imposição de atendimento dos hipossuficientes pelo mercado privado, uma vez que este é financiado exclusivamente com recursos particulares, não havendo, por expressa vedação constitucional, a possibilidade de se estabelecer uma política de subsídios e incentivos para compartilhar os custos com o Estado, popularizando a acesso ao plano aos segmentos sociais marginalizados.

Isto porque, qualquer política de atendimento do necessitado ou da população de baixa renda no setor de assistência privada à saúde deve ser, necessariamente, precedida de uma política de financiamento público por parte do Estado, a fim de subsidiar o mercado para tanto, não havendo como se impor ou compartilhar com o agente econômico o dever social de universalização de acesso à saúde, que é inerente, tão-somente, ao Poder Público (*"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado ..."*).

Todavia, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, a teor do disposto no art. 199, §2º, torna defeso *"a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos"*, na área de saúde.

2.3.2 PRINCÍPIO DA EFETIVA TUTELA DA SAÚDE

As normas de direito de saúde suplementar devem sempre primar pela qualidade técnica da prestação dos serviços privados de assistência à saúde, no sentido de garantir ao consumidor que os atendimentos médicos disponibilizados pelos agentes econômicos realmente constituam um conjunto de ações efetivamente capazes de garantir tanto o restabelecimento do estado de normalidade físico-psíquica do ser humano, quanto a prevenção às doenças, patologias e enfermidades.

Observe-se que a disponibilização de serviços de planos privados de assistência à saúde sem o mínimo padrão de qualidade técnica, ainda que por preço mais atrativo ao consumidor se traduz em medida fraudulenta ao mesmo.

Isto porque, na ocorrência de patologia mais grave, que necessite de cuidados médicos mais complexos e, conseqüentemente, mais caros, o plano não estará apto a atender com presteza as necessidades do paciente, seja em aspectos técnicos de saúde, seja em caráter financeiro, no que se refere ao custo do tratamento, tendo este que buscar vias alternativas de atendimento, mormente socorrer-se na rede pública de saúde. Tal fato, por si, já desnatura a obrigação pactuada entre o consumidor e o plano de assistência privada à saúde, tornando-o inócuo, constituindo infração à lei e as cláusulas contratuais.

Assim, as normas de direito de saúde suplementar devem nortear a assistência privada à saúde, de modo a impor e garantir que os serviços prestados sejam efetivamente capazes de sanar a tempo e prevenir as enfermidades que os consumidores eventualmente venham a sofrer.

2.3.2 DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES E PRINCÍPIOS DO DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Ante todo o exposto, os interesses envolvidos no mercado de saúde suplementar devem ser constantemente objeto de ponderação, tendo em vista que, não raro, podem apresentar-se colidentes, mormente quando da apreciação das necessidades dos segmentos sociais envolvidos no ciclo econômico do mercado.

Observe-se que, na análise do caso concreto, o operador do direito tem no texto da norma o instrumento necessário de pacificação social. Todavia, como a norma é orientada em princípios e regras que refletem interesses por vezes antagônicos, estes, não raro, se apresentam em rota de colisão, pedindo técnicas apuradas de hermenêutica, a fim de que se efetive a melhor solução para a lide e se realize a justiça.

Inicialmente, há que se ter em mente que não há hierarquia jurídica entre princípios normativos, uma vez que não há como se estabelecer prevalência entre os mesmos, pois se encontram no mesmo patamar de importância perante o direito. Por óbvio, os princípios positivados na Constituição da República, por uma questão de supremacia do texto legal maior, encontram-se hierarquicamente superiores aos princípios positivados nas normas oriundas da legislação ordinária. Contudo, entre os princípios norteadores de um mesmo ato legislativo, não há que se falar em primazia de um sobre o outro.

Todavia, quando do exercício de hermenêutica ao caso concreto, não há como se negar primazia axiológica entre os mesmos em face da hipótese em litígio, estabelecendo-se uma precedência condicionada que melhor reflita, casuisticamente, o valor a ser preservado e tutelado pela norma.

Em que pese os princípios que orientam a produção normativa do direito de saúde suplementar cuidarem de interesses antagônicos e, não raro, diametralmente opostos, estes refletem os anseios e expectativas de segmentos sociais que compõe um ambiente de trocas comerciais, a saber, o mercado de assistência privada à saúde, no qual é impossível conceber a sobrevivência de um de seus elementos subjetivos sem o outro.

Isto porque, para salutar manutenção e sobrevivência do mercado de suplementação privada da saúde, mister se faz que os agentes econômicos possam vender seus produtos de assistência à saúde, bem como que os consumidores tenham acesso aos mesmos, mediante oferta de preços razoáveis e que aqueles prestem a estes atendimentos médicos céleres e eficazes.

Ainda que o referido mercado seja auto-sustentável, este se encontra intrinsecamente ligado à conjugação dos interesses privados dos agentes econômicos com os interesses coletivos dos consumidores, sem o qual tende a ruir e ir a falência.

Porém, nem sempre haverá como se garantir o atendimento concomitante

de todos os interesses em jogo, fazendo-se mister, diante da realidade temporária na qual o mercado se apresente, dar casuisticamente primazia a um em face dos outros.

Assim, não há como se avaliar qual interesse que deve prevalecer e qual princípio deve ter precedência sobre os demais, senão por meio do exame do caso concreto, no qual irá se condicionar sua primazia a um ponderado exercício de hermenêutica racional e axiológica, onde irão ser sopesados todos os fatores técnicos, sociais e econômicos momentaneamente envolvidos.

Não há que se falar, portanto, em prevalência de um dos princípios regedores do direito de saúde suplementar em detrimento dos demais, havendo, tão-somente, a precedência de aplicação condicionada de um destes aos demais, mediante análise da hipótese *sub examine*.

Exemplificando: a maior fonte de receitas do operador de mercado é o pagamento da contraprestação pecuniária de seus consumidores, ao passo que estes, para se protegerem de possíveis eventualidades patológicas, que podem colocar em risco suas vidas, louvam-se dos serviços contratados com os referidos agentes econômicos, a fim de obter atendimento médico diferenciado dos ofertados pelo Poder Público. Todavia, se o mercado estiver passando por forte crise econômica, necessitando de ser capitalizado e fortalecido, mister se faz ponderar os interesses em jogo, privilegiando-se a aplicação da norma pelo princípio da defesa do mercado, a fim de se autorizar, por exemplo, reajuste na contraprestação pecuniária. Por sua vez, havendo dúvida sobre a amplitude de cobertura de determinado procedimento médico, estando o beneficiário sob risco de vida, dever-se-á condicionar a aplicação da norma pelos princípios de defesa do consumidor e da efetiva tutela à saúde.

Ante todo o exposto, resta claro que o operador do direito de saúde suplementar, a fim de dar máxima efetividade social às suas normas, deverá ponderar seus princípios regedores, aplicando-os mediante exercício de hermenêutica racional e casuística na qual irá efetuar uma precedência condicionada dos mesmos à realidade fática, econômica e social em tela.

Tal fato, por óbvio, traduzir-se-á ora no atendimento dos anseios dos consumidores, que sempre buscam a maior amplitude de coberturas médicas, mediante a menor contraprestação pecuniária possível, ora na realização dos interesses dos agentes econômicos, que, como toda sociedade empresarial, são constituídos em torno da persecução do lucro e da maximização de seus resultados financeiros.

Há que se ter em mente, por fim, que na subsunção da norma ao caso concreto, a finalidade maior do operador do direito deve ser, antes de tudo, a realização da justiça. Observe-se que, **o fim maior do direito não é, tão-somente, a mera persecução do lícito, mas sim a efetivação do justo**. Neste sentido, vale citar a disposição contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil:

> *"Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."*

Em que pese esta não ser a linha de pensamento tradicional, dentro da concepção racional e científica do positivismo jurídico, escola que representou o movimento dominante desde meados do Século XIX até ao princípio do Século XX, tendo em Hans Kelsen um de seus maiores expoentes, as críticas ao positivismo já se faziam presentes desde o fim do Século XIX, notadamente quando da universalização de valores que devem permear o direito, uma vez que este não se esgota na mera literalidade do texto, sendo um conjunto amplo e complexo de valores morais, sociais, éticos, científicos, dentre outros, aos quais a norma confere proteção por parte do direito.

Assim, na realização do direito, o operador não deve ser um mero decisionista, no sentido de limitar seu juízo à mera aplicação da literalidade da norma, mas deve ser um constante perseguidor da justiça, devendo, quando se fizer necessário, interpretá-la, indo muito além da mera expressão da letra, buscando o espírito da norma. Em outras palavras, deve o operador do direito sempre buscar os preceitos e valores sociais juridicamente protegidos pela norma, ainda que os mesmos não sejam expressos no texto escrito. Isto é, deve atender, antes de tudo, *"aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"*.

Isto porque, à norma não basta ser existente, válida e eficaz, mister se faz que a mesma tenha aceitação e observância no meio em que exerce seu campo de incidência, alcançando a efetividade social. Para tanto, deverá realizar a justiça, atendendo aos anseios e expectativas dos segmentos sociais envolvidos, ponderando, caso a caso, os interesses em jogo.

3. DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

A Lei de Planos de Saúde denomina os contratos de planos privados de assistência à saúde de produtos, conceituando-os como a *"... 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"*.

Todavia, uma vez que com o advento da Lei nº 10.185, de 2001, as seguradoras de saúde passaram ao campo de incidência da Lei de Planos de Saúde e, conseqüentemente, ao jugo do poder regulador da Agência Nacional de Saúde Suplementar, cumpre estudarmos, em separado, os conceitos e características tanto do contrato de plano privado de assistência à saúde, quanto do contrato de seguro saúde.

3.1 DO CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Podemos conceituar o contrato de plano privado de assistência à saúde como o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão-somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas.

A exegese tanto do texto legal acima transcrito, quanto do conceito doutrinário retro, nos remete que a função social do contrato de plano de assistência à saúde, conforme já visto, está em garantir ao usuário, o qual contribui periodicamente para a formação e manutenção de fundo pecuniário, 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 pecuniário para tanto.

Extrai-se, destarte, que **os elementos fundamentais para o conceito de contrato de plano privado de assistência saúde são a garantia de assistência à saúde e a garantia de cobertura financeira dos riscos desta assistência**.

Da leitura do conceito acima, consoante a boa doutrina civilista, depreende-se que o referido produto, no que tange às obrigações nele encerradas, tem como principais características, as seguintes:

a) bilateralidade: necessariamente a obrigação contratada assume feições bilaterais, no contratos individuais e familiares, assumindo feições multilaterais no planos coletivos. É de se ressaltar que na hipótese de contratação coletiva, permanece o vínculo bilateral entre a entidade que opera o plano privado de assistência à saúde e o contratante. Todavia, este contrata os serviços de suplementação à saúde a fim disponibilizá-los para a categoria que congrega, assumindo feições multilaterais no que tange ao uso do plano por parte dos respectivos beneficiários;

b) trato sucessivo e prazo indeterminado: trata-se de contrato cujos efeitos se protraem no tempo, sem que haja rescisão ou solução de continuidade no vínculo contratual pelo decurso deste, dependendo, para tanto, de manifestação volitiva das partes contratantes. É de se ressaltar que com o advento da Lei de Planos de Saúde, a rescisão unilateral do plano somente é facultada ao beneficiário. Em relação à operadora de plano privado de assistência à saúde, esta somente poderá rescindir o contrato mediante prévia e expressa autorização da ANS, nas hipóteses taxativamente elencadas na lei, a saber, por motivo de fraude por parte do beneficiário ou por inadimplemento deste superior a 60 dias, observado o devido processo legal;

c) onerosidade: é contrato que, necessariamente, envolve pagamento pecuniário, sucessivo e mensal, de uma parte contratante à outra, ainda que de

maneira indireta, sob a modalidade de benefício salarial. Observe-se que o inadimplemento não autoriza a suspensão ou interrupção de atendimento, tampouco a rescisão unilateral, que, somente, poderá ocorrer mediante autorização expressa da ANS, precedida do devido processo administrativo;

d) comutatividade: encerra obrigações mútuas para as partes contratantes. Para o beneficiário, há obrigação de arcar com a prestação pecuniária, sucessiva e mensal; para a empresa, há obrigação de disponibilizar atendimento em rede de serviços médicos específica, bem como arcar com os custos nas hipóteses de eventual enfermidade, contratualmente coberta;

e) adesão: trata-se de contrato onde, via de regra, não há espaço para negociação por parte do contratante, uma vez que a própria lei cuida de estabelecer um rol mínimo de serviços obrigatoriamente cobertos. Somente haverá possibilidade de opção ao contratante, dentro das próprias opções de oferta previamente apresentadas pela operadora.

f) aleatoriedade: trata-se de obrigação de risco para a empresa, isto é, de probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro. Observe-se que, nos períodos em que o beneficiário não se valer dos serviços postos à sua disposição, a margem de lucro será alta. Todavia, nos períodos de sinistralidade, esta poderá ser bastante reduzida, chegando ao ponto de a empresa registrar prejuízo.

3.2 DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE

Trata-se de do pacto celebrado entre a seguradora de saúde e o respectivo segurado, no qual este se obriga ao pagamento do valor pecuniário de contratação estipulado na apólice, bem como do valor de franquia, quando estiver previsto, ao passo que aquele se obriga a pagamento do prêmio, quando da ocorrência de enfermidades contratualmente cobertas.

Em que pese as semelhanças com o contrato de plano privado de assistência à saúde, o seguro saúde possui algumas peculiaridades próprias, a saber:

a) prazo determinado: via de regra o seguro saúde oferece cobertura contratual dentro do prazo contratualmente estipulado na apólice, extinguido-se pelo decurso do tempo;

b) onerosidade: o segurado paga, tão-somente, o valor estipulado de contratação na apólice, bem como o valor de franquia, se este estiver previsto. Por sua vez, a seguradora somente ficará obrigada ao pagamento do prêmio se o segurado previamente arcar com suas obrigações financeiras. Observe-se que o pagamento da seguradora pode ser efetuado tanto sob forma de reembolso ao segurado, quanto diretamente ao prestador de serviço médico;

c) comutatividade: a responsabilidade da seguradora é limitada ao valor do prêmio, independentemente do custo final do tratamento que se fizer

necessário. Por sua vez, o segurado tem livre escolha de profissionais médicos, não ficando adstrito ao rol disponibilizado em rede especificada.

Feitas essas considerações, o contrato de seguro saúde possui as mesmas características já vistas para o plano de saúde.

3.3 DA IGUALDADE DE ACESSO À ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

A Lei de Planos de Saúde garante a todos que estejam em condições de arcar com o ônus financeiro da assistência privada à saúde, garantia de acesso ao respectivo plano ou seguro de saúde. Observe-se que o art. 14 da Lei nº 9.656, de 1998, é claro ao estabelecer que:

> *"Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde."*

Resta claro que, a *ratio* que orientou o legislador infraconstitucional foi coibir uma prática odiosa de mercado denominada de seleção adversa. Assim, a lei torna defesa a escolha de beneficiários com menor perfil de risco e, conseqüentemente, menor potencial de utilização do plano.

Orienta-se, portanto, em um conceito maior de justiça social, uma vez que garante acesso ao mercado a todo e qualquer consumidor, independente de sua condição física, mental ou etária, bastando, para tanto, que o mesmo possua condições financeiras de participar do respectivo ciclo econômico. Observe-se que a lei é taxativa ao tornar defeso a negativa de acesso, tão-somente, em razão da faixa etária, bem como do estado físico ou mental dos consumidores.

Questão interessante é saber se pode a operadora selecionar beneficiários com base no perfil econômico dos mesmos.

Em outras palavras, é lícito à operadora negar acesso ao plano a beneficiários que não possuam renda mínima, individual ou familiar, capaz de arcar com o ônus da contraprestação pecuniária do respectivo produto?

Considerando-se que assistência privada à saúde é atividade econômica em sentido estrito, cuja relação jurídica obrigacional entre a operadora e o beneficiário nasce com a celebração de um contrato de plano ou seguro privado de saúde, o qual se caracteriza pela onerosidade para ambas as partes contratantes, bem como que o setor de suplementação à saúde brasileiro é financiado exclusivamente com capital privado, a resposta configura-se positiva.

Some-se a isso que, não há óbice legal para que a operadora exija dos futuros beneficiários comprovantes de idoneidade financeira e de presunção de solvabilidade, a fim de pactuar o contrato de assistência privada à saúde, podendo, portanto, restringir o acesso àqueles que não possuírem condições de arcar com o ônus financeiro da saúde suplementar.

Assim, não há que se falar em garantia legal de acesso universal à saúde suplementar privada, como ocorre na saúde pública. O acesso igualitário estabelecido na Lei de Planos de Saúde pressupõe, tão-somente, garantia de contratação aos que estejam no mesmo patamar financeiro, capazes de participar do ciclo econômico.

Por fim, cumpre frisar que, aos notadamente necessitados é garantido o acesso universal à rede pública de saúde, não havendo que se falar em desamparo a estes pelo mercado, tampouco em delegar ao particular obrigação social imposta pelo texto constitucional, tão-somente, ao Estado.

Perfazendo-se um exercício de interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil, a exegese dos arts. 196 e 199 nos remete que *"a saúde é direito de todos"*, porém sua prestação compulsória é, exclusivamente, *"dever do Estado"*. No que se refere ao particular, a *"assistência à saúde é livre à iniciativa privada"*, isto é, sua exploração por agentes econômicos é meramente facultativa, decorrendo de seu livre arbítrio, sendo expressamente *"vedada à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos"*.

Logo, não há como se imputar aos operadores de mercado um dever constitucional que é inerente, tão-somente, ao Poder Público. Isto porque, a função social da operadora de planos privados de assistência à saúde é garantir o atendimento médico contratualmente coberto aos beneficiários adimplentes, sendo tolerado, em lei, tão-somente, prazo de até sessenta dias nos casos de inadimplência, findo o qual a operadora encontra-se autorizada a requerer a rescisão contratual perante a ANS.

Qualquer imposição de políticas assistencialistas por parte do Estado ao mercado, deve ser precedida de uma prévia reformulação no que tange ao financiamento e ao compartilhamento dos riscos econômicos do setor privado de suplementação de serviços de saúde, a fim de subsidiar os operadores para tanto, fato que, atualmente, pede reforma, inclusive, do texto constitucional.

3.4 DA DEPENDÊNCIA E SEUS LIMITES DE ACESSO NOS PLANOS FAMILIARES

Uma das modalidades de classificação legal dos planos de privados de saúde é a familiar, no qual o titular do respectivo contrato pode estender seus benefícios assistências aos dependentes que compõem sua respectiva entidade parental.

Inicialmente, a primeira dificuldade que se encontra sobre o tema é a ausência de definição de entidade familiar na Lei de Planos de Saúde e sua regulamentação, para fins de se delinear quais são os limites de acesso de inclusão de dependentes.

A Constituição da República não traz uma definição específica sobre o que vem a ser entidade familiar. Todavia, da exegese sistemática do art. 226 e seus

parágrafos, infere-se que a entidade familiar é a sociedade de assistência alimentar mútua, independente de estar conjugalmente vinculada, formada pelos genitores e seus respectivos dependentes. Isto porque, o legislador constituinte equipara a entidade familiar à união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º, CF), à sociedade formada por qualquer dos pais e seus dependentes (art. 226, §4º, CF), igualando homens e mulheres em direitos e deveres perante a sociedade conjugal (art. 226, §5º, CF).

Por sua vez, no plano infraconstitucional o Código Civil, a teor da exegese sistemática das prescrições contidas nos arts. 1.723 e seguintes, reconhece *"como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*. Outrossim, as disposições constantes nos arts. 1.514, 1.517 e 1.565, todos do Código Civil, definem a sociedade conjugal como a união entre homem e mulher, vinculados pelo matrimônio legal, seja o civil, seja o religioso.

Assim, a teor do ordenamento jurídico pátrio, dentro de uma visão positiva e dogmática, podemos entender que a entidade familiar é a sociedade formada por homem e mulher, subdividindo-se em:

a) sociedade conjugal: situação de direito consubstanciada na união matrimonial celebrada, nos termos da lei, para fins de constituição de sociedade de assistência alimentar mútua;

b) união estável: situação fática baseada na convivência, no qual subsiste o dever de assistência alimentar recíproca.

No que se refere à suplementação privada da assistência à saúde, a Lei nº 9.656, de 1998, não define, em seu corpo, o que vem a ser considerado entidade familiar para fins de dependência em relação ao plano de saúde. Por sua vez, a normatização infralegal existente sobre o tema é incompleta e de abrangência limitada, tão-somente, aos planos coletivos operados pelas entidades de autogestão, a teor do disposto no art. 1º, parágrafo único da Resolução CONSU nº 05, de 1998, definindo que *"O grupo familiar a que se refere o caput deste artigo está limitado ao terceiro grau de parentesco consangüíneo e afim"*.

Em relação à caracterização de sociedade parental para fins de celebração de plano familiar, lembrando-se que este se trata de um produto de características peculiares, de oferta facultativa pela Operadora[6], uma vez que suas coberturas são estendidas a todos os membros da entidade familiar, seja sociedade conjugal, seja união estável, esta se encontra a cargo da auto-regulação do mercado, bem como da livre negociação entre as partes, uma vez que a lei é silente, não havendo, até o presente momento, normatização específica do ente regulador de mercado.

A celeuma do tema reside não no momento de celebração do plano

[6] Nos termos do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998, somente o plano referência é de oferta obrigatória, sendo os demais, inclusive os segmentados, de oferta facultativa.

familiar, uma vez que se pode, facultativamente, contratar produto ofertado pela Operadora que estenda cobertura ao cônjuge, ao companheiro, bem como aos respectivos dependentes, mas na possibilidade de inclusão, *a posteriori*, destes em outras modalidades de planos.

A Lei de Planos de Saúde estabelece tratamento diferenciado e, muitas vezes paradoxal, não guardando a devida relação de proporcionalidade e razoabilidade, no que se refere à inclusão de cada membro da entidade familiar, o que pede análise em separado.

3.4.1 DOS FILHOS NATURAIS

No que se refere aos filhos naturais, é garantida sua inclusão obrigatória, conforme preceitua o art. 12, III, b, da Lei nº 9.656, de 1998, na qualidade de dependente, sem cumprimento das carências legais, desde que seu ingresso se dê em um período máximo de 30 dias, contados da data do nascimento.

Independente de estar ou não incluso no plano, é assegurado cobertura assistencial ao neonato, observados os termos da lei e as cláusulas contratuais do respectivo plano, tão-somente, durante os trinta primeiros dias, contados após o parto.

Encerrado o período estipulado, a lei não dá ao titular do plano direito de inclusão de sua prole natural, devendo tal ato ser objeto de negociação entre este e sua respectiva Operadora, não havendo, sequer, impeço legal para que a empresa negue o acesso e a inclusão dos dependentes.

Em relação ao titular de plano antigo, celebrado anteriormente à vigência da Lei de Planos de Saúde, é garantida a inclusão de seus filhos, a teor do art. 35, §5º, da Lei nº 9.656, de 1998.

Por fim, vale lembrar que a inclusão de filhos dependentes seja nos permissivos legais, seja por livre negociação entre as partes, necessariamente implica em revisão e, por óbvio, majoração da contraprestação pecuniária paga pelo beneficiário.

3.4.2 DOS FILHOS ADOTIVOS

Em relação aos filhos adotivos, abre-se uma dupla questão, devendo, *ab initio*, verificar o momento no qual a adoção se perfez, bem como a condição etária do adotante, para se determinar o regime legal aplicável.

Caso a adoção ocorra em relação a neonato, este é equiparado ao filho natural recém nascido, lhe sendo aplicável o regime de obrigatório de inclusão susomencionado.

Se for hipótese de inscrição de filho adotivo, menor de doze anos, é

assegurada a inclusão obrigatória, sem o pedágio de carência, a teor do disposto no art. 12, VII, da Lei de Planos de Saúde. Acima desta faixa etária, não assiste ao titular o direito de inclusão do filho adotivo em seu plano de assistência à saúde, podendo, entretanto, ser efetivada mediante livre negociação entre este e a Operadora. Excepciona-se, apenas o titular de plano antigo, uma vez que lhe assiste o direito à inclusão de seus filhos, a teor do já mencionado art. 35, §5º, da Lei nº 9.656, de 1998.

3.4.3 DOS CÔNJUGES E COMPANHEIROS

No que tange à possibilidade de inclusão obrigatória de cônjuges, a Lei de Planos de Saúde disciplina apenas uma hipótese.

Nos termos da legislação de saúde suplementar, somente é possibilitada a inclusão de novo cônjuge nos planos antigos (contratados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656, de 1998) ao titular que não optar pela sua adaptação, não assistindo direito à inclusão do cônjuge membro da entidade familiar, na data de celebração do referido contrato (art. 35, §5º).

Por sua vez, a Lei de Planos de Saúde é silente em relação aos companheiros. Todavia, há que se ter em mente que o núcleo material de proteção da Lei de Planos de Saúde não se resume a sociedade conjugal, tão-somente, tendo abrangência em relação a toda e qualquer entidade familiar, reconhecida em lei. Assim, há que se perfazer uma exegese extensiva dos preceitos legais, para se estender sua aplicação, por analogia, à entidade familiar constituída em união estável, garantindo-se a devida integração do direito.

3.4.4 DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Tema extremamente controvertido tanto em doutrina, quanto em jurisprudência reside no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Conforme exposto no presente tópico, o direito brasileiro apenas reconhece, nos estritos limites da lei, a sociedade, de fato ou de direito, formada pela união entre homem e mulher como entidade familiar, para fins de extensão da normatização jurídica prevista na legislação pátria.

Todavia, a jurisprudência sinaliza para o reconhecimento da união homoafetiva para fins de constituição de entidade familiar, tendo, inclusive, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já se manifestado a cerca do reconhecimento da juridicidade desta como entidade familiar, a teor das transcrições que se seguem:

> *"Homoafetividade - União entre pessoas do mesmo sexo - Qualificação como entidade familiar (Transcrições) ADI 3300 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA*

RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF? DECISÃO: A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo - que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas - buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, "a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (grifei). As entidades autoras da presente ação direta apóiam a sua pretensão de inconstitucionalidade na alegação de que a norma ora questionada (Lei nº 9.278/96, art. 1º), em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluiu, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas. Impõe-se examinar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, no caso, a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa abstrata. É que ocorre, na espécie, circunstância juridicamente relevante que não pode deixar de ser considerada, desde logo, pelo Relator da causa. Refiro-me ao fato de que a norma legal em questão, tal como positivada, resultou derrogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito no ora impugnado art. 1º da Lei nº 9.278/96. Uma simples análise comparativa dos dispositivos ora mencionados, considerada a identidade de seu conteúdo material, evidencia que o art. 1.723 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) efetivamente derrogou o art. 1º da Lei nº 9.278/96: Código Civil (2002) "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família." Lei nº 9.278/96 "Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família." Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ("Direito Civil Brasileiro – Direito de Família", vol. VI/536, item n. 3, 2005, Saraiva): "Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694)." (grifei) A ocorrência da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.278/96 – também reconhecida por diversos autores (HELDER MARTINEZ DAL COL, "A União Estável perante o

Novo Código Civil", "in" RT 818/11-35, 33, item n. 8; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Comentários ao Novo Código Civil", vol. XX/3-5, 2004, Forense) – torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O reconhecimento da inadmissibilidade do processo de fiscalização normativa abstrata, nos casos em que o ajuizamento da ação direta tenha sido precedido – como sucede na espécie – da própria revogação do ato estatal que se pretende impugnar, tem o beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 105/477, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 111/546, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – ADI 784/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES): "Constitucional. Representação de inconstitucionalidade. Não tem objeto, se, antes do ajuizamento da argüição, revogada a norma inquinada de inconstitucional." (RTJ 107/928, Rel. Min. DECIO MIRANDA - grifei) "(...) também não pode ser a presente ação conhecida (...), tendo em vista que a jurisprudência desta Corte já firmou o princípio (...) de que não é admissível a apreciação, em juízo abstrato, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de norma jurídica revogada antes da instauração do processo de controle (...)." (RTJ 145/136, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei) Cabe indagar, neste ponto, embora esse pleito não tenha sido deduzido pelas entidades autoras, se se mostraria possível, na espécie, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o objetivo de questionar a validade jurídica do próprio § 3º do art. 226 da Constituição da República. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição: "- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido." (RTJ 163/872-873, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei) Vale assinalar, ainda, a propósito do tema, que esse entendimento – impossibilidade jurídica de controle abstrato de constitucionalidade de normas constitucionais originárias – reflete-se, por igual, no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 178, item n. 2, 4ª ed., 2004, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.333/2.334, item n. 1.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OLAVO ALVES FERREIRA, "Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos", p. 42, item n. 1.3.2.1, 2003, Editora Método; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional – Teoria da Constituição", p. 192, item n. 3.1, 2003, Lumen Juris; PAULO BONAVIDES, "Inconstitucionalidade de Preceito

Constitucional", "in" "Revista Trimestral de Direito Público", vol. 7/58-81, Malheiros; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/287-288 e 290-291, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora). Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família –Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: "A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram

grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).” (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) “(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa

interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil – , da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator". Decisão pendente de publicação, extraída do Informativo nº 414 da Corte Suprema.

A análise da questão pede um juízo de valores, uma ponderação axiológica, que transcende ao mero cotejo de legalidade da união homoafetiva à luz do direito positivo pátrio. Isto porque, na verificação de juridicidade das situações fáticas que lhes são submetidas, deve o operador do direito efetivar os ditames de justiça social, observando-se que, conforme já visto no decorrer da presente obra, a finalidade maior da norma jurídica é a persecução do justo, não se limitando, tão-somente, ao lícito.

O conceito de entidade familiar pode ser analisado sobre diversos prismas de ciência social. Dentro de um contexto antropológico[7], podemos vislumbrar a entidade familiar sobre dois aspectos.

Em um juízo de antropologia biológica, a entidade familiar é a união que tem por finalidade maior a reprodução e a perpetuação da espécie. Sobre essa ótica, não há como se estender à união afetiva a qualidade de entidade familiar, uma vez que o sistema de reprodução natural do ser humano depende, necessariamente, do concurso de pessoas de sexo oposto. Isto porque, ainda que a fecundação se dê por meios artificiais, o material biológico a ser empregado para tanto depende de fornecimento, necessariamente, de um homem e de uma mulher.

---

[7] Antropologia é a designação comum a diferentes ciências ou disciplinas cujas finalidades são descrever o ser humano e analisá-lo com base nas características biológicas (antropologia biológica) e socioculturais (antropologia cultural) dos diversos grupos em que se distribui, dando ênfase às diferenças e variações entre esses grupos.

Antropologia biológica ou física é a ciência que tem por objeto a variação biológica do ser humano, tanto em seu desenvolvimento evolutivo quanto em sua expressão histórica e contemporânea. Antropologia social ou cultural é ramo da antropologia que trata das características socioculturais da humanidade (costumes, crenças, comportamento, organização social) e que se relaciona, portanto, com várias outras ciências, tais como etnologia, arqueologia, lingüística, sociologia, economia, história, geografia humana.

Por sua vez, sob uma visão de antropologia social, a entidade familiar se trata da união de pessoas para fins de auxílio e sobrevivência recíproca. Nessa linha, não há como se negar que a união homoafetiva é um fato social característico da época contemporânea, sendo patentes seus efeitos e reflexos sócio-econômicos no mundo atual, seja para fins de sustento mútuo de seus membros, seja para fins de seguridade social, seja para fins de adoção civil, ou qualquer outra finalidade que tenha repercussão no mundo jurídico. Sob todos estes aspectos que a união homoafetiva se estende e reflete efeitos, pedindo resposta efetiva da sociedade, não há como lhe negar a qualidade de entidade familiar, ainda que se trate de situação de fato, não devidamente tutelada no ordenamento jurídico pátrio.

Feitas essas considerações, resta saber se há como se qualificar a entidade familiar composta por pessoas do mesmo sexo como sociedade conjugal, como união estável, ou como uma terceira espécie, ainda, inédita no direito brasileiro.

No que se refere à sociedade conjugal, isto é, na união de direito reconhecida por lei para fins de constituição de família, bem como na união estável, sociedade de fato reconhecida pela legislação civil, em que pese os deveres conjugais de lealdade, de respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, salvo melhor juízo, não guardarem nenhuma relação de incompatibilidade com a união homoafetiva, uma vez que solidariedade e respeito são valores que se exigem em todas as relações sociais, há expresso impeço legal em se enquadrá-la como entidade familiar reconhecida pelo direito pátrio, uma vez que este, atualmente, a teor das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil e de suas leis civis somente reconhecem a comunhão formada por homem e mulher, seja para fins de sociedade conjugal, seja para fins de união estável.

Destarte, até que seja feita a opção político-legislativa em se reconhecer para todos os fins e efeitos de direito a união homoafetiva como entidade familiar, atualizando-se e consolidando-se e Constituição e as leis pátrias, o tema ainda deve ser objeto de grandes querelas judiciais e discussões doutrinárias.

Em relação à inclusão do companheiro homoafetivo no plano privado de assistência à saúde, entendemos que não há como se compelir a Operadora para tanto, tendo em vista a ausência de amparo legal, uma vez que, conforme já visto, sequer é reconhecido o direito de inclusão do companheiro na Lei de Planos de Saúde, sendo limitado, tão-somente, ao novo cônjuge de titular de plano antigo. Isto porque, a união homoafetiva ainda não é reconhecida no direito brasileiro como entidade familiar de direito, fato que, salvo melhor juízo, impede a integração da questão por analogia, conforme proposto para o companheiro oriundo de união estável.

4. CONCLUSÃO

As recentes mudanças no papel do Estado, levando-o a repensar seu

papel em face da Ordem Econômica, fizeram surgir diversos novos ramos jurídicos, destinados a disciplinar as diversas áreas de interesses e necessidades da coletividade.

Neste novo quadro, a prestação dos serviços de saúde se procedimentaliza de forma eclética, não sendo mais campo de atuação exclusivo do Poder Público. No modelo de assistência à saúde brasileira, a iniciativa privada assume uma posição de relevo, atuando de maneira à suplementar as necessidades da sociedade, nem sempre atendidas com presteza no atual cenário sócio-econômico do Brasil.

Assim, o Direito de Saúde Suplementar se trata de novel ramo jurídico destinado à disciplinar as relações jurídicas oriundas da atividade privada de suplementação dos serviços de saúde, que se perfazem de forma plurilateral entre o Poder Público, as empresas que operam no mercado, os prestadores de serviços médicos e os respectivos beneficiários (consumidores).

O estudo do tema homoafetividade dentro do direito brasileiro merece especial atenção por parte dos juristas, uma vez que, em que pese nossa legislação, seja a constitucional, seja a infraconstitucional, ainda não disciplinar tal situação, seus reflexos jurídicos são inegáveis, pedindo respostas por parte do Estado e da sociedade civil organizada.

Mister se faz ampliar os debates sobre o assunto, dando voz ativa a todos os segmentos sociais envolvidos, tendo-se em mente que a opção pelo reconhecimento da juridicidade da homoafetividade como entidade familiar é um juízo muito mais político, que transcende ao mero cotejo de legalidade do mesmo.

No que se refere às relações contratuais entre as empresas de planos de saúde e as sociedades de convivência homossexual, não há como se estender a estas o amparo legal dado ao cônjuge e ao companheiro por expressa ausência de previsão normativa para tanto. Tal fato, por si, já denota a necessidade de se ampliar os estudos direcionados sobre o tema.

5. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Célia. O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar. Texto para discussão nº 599. Brasília: IPEA, 1998.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 4ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 4ª ed.

CZERESINA, Dina. **A**ções de promoção à saúde e prevenção de doenças: o

papel da ANS. Texto elaborado para o Fórum de Saúde Suplementar. Julho de 2003.

CUNHA, Paulo César Melo da. A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003,

ENTHOVEN, A. Theory and Practice of Managed Competition in Health Care Finance. North Holland, Amsterdam, 1988.

ENTHOVEN, A., Internal Market Reforms of the British NHS, In: Health Affairs, vol.3,

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. São Paulo: MP Editora. No prelo.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

FORNAZARO, Maria Inês. Cidadania, Verso e Reverso. Imprensa Oficial de São Paulo: SP, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. Seguro –saúde (Lei nº 9.656/98): comentários, doutrina e jurisprudência. São Paulo: LEJUS. 2000.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Democracia e direitos humanos: ensaios de Filosofia Prática (Política e Jurídica). Londrina : Ed. Humanidades, 2003.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo e justiça social: São Paulo : IBRASA, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 1997.

MELO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, V. I; Forense, Rio de Janeiro, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico, 3ª edição. Portugal: Editora Coimbra. 2000.

MONTEBELLO, Mariana. O princípio da subsidiariedade e a Constituição da

República de 1988. in, Os princípios da Constituição de 1988, organizadores: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas do estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação Profissional e Administração Pública; Coimbra: Almedina. 1997.

RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução de Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo : Martins Fontes, 2000. Título original: Justice et démocracie.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002. Título original: A Theory of Justice.

RAWLS, John. Liberalismo político. São Paulo : Ática, 1993. Título original: Political liberalism.

REGULAÇÃO E SAÚDE - ESTRUTURA, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS DA ASSISTÊNCIA .MÉDICA SUPLEMENTAR. Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

RELATÓRIO FINAL SOBRE O SISTEMA DE DESCONTOS. elaborado em conjunto pela Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE e pela Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos – DIPRO; coordenação: Maria Cecília Rossilho de Figueiredo Barbosa.

SÉGUIN, Elida. Plano de saúde. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo da Economia. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

STRINGHNI, Adriano Candido; OTERO, Antônio Luís Guimarães de Álvares; PRADO, Lucas Navarro; LEMOS, Marcos Paulo; MANFREDINI, Maurício; CARDONE, Vanessa. COOPERATIVAS NO BRASIL: REGULAÇÃO E

AUTONOMIA DE VONTADE, *in* Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, nº 1. Belo Horizonte: Fórum. 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) Direito Administrativo Econômico. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000.

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método. 2003.

TERRIS, M. Conceptos de la promoción de la salud: dualidades de la teoria de la salud. *In*: Promocíon de la salud: una antología. Washington: OPS, publ. Cient. 557, 1996.

WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo : Martins Fontes, 2003. Título original: Spheres of justice.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago/set/out de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível