

CONTRATOS DE CONSUMO: APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL E DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA.

CONSUMER CONTRACTS: THE RESERVE THE POSSIBLE APPLICATION IN BRAZIL AND THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION.

Francisco Luciano Lima Rodrigues^{*}
Maria Laura Lopes Nunes Santos^{**}

Recebimento em agosto de 2015.
Aprovação em setembro de 2015.

Resumo: O objetivo do presente estudo é promover uma análise sobre a aplicação do direito à saúde quando, tal direito, esteja em conflito com cláusulas contratuais contidas nos Planos de Saúde. Utilizou-se uma decisão judicial proferida em ação judicial com tramitação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na qual é abordada a questão da reserva do possível e sua relação com o plano de saúde. Promoveu-se, no primeiro momento, uma análise da teoria da reserva do possível e sua estrutura normativa, para, em seguida, fazer-se uma abordagem do direito a saúde na Carta dos Direitos Fundamentais na União Européia e posteriormente o estudo das cláusulas abusivas na União Européia.

Palavras-chave: Direitos a saúde. Cláusula Abusiva. Reserva do Possível. União Européia

Abstract: The purpose of this study, which will take place from a monocratic ruling of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro in Scholarly Judge determined that the application of the right to health, when in conflict with contractual clauses health plan, is addressing the issue of reservation and its possible relationship to health plans. Therefore, it is an analysis of the theory of reserve for its normative structure. Secondly, will be made to approach the right to health in the Charter of Fundamental Rights in the European Union, and subsequently the study of abusive clauses in the European Union.

Keywords: Rights to health. Abusive clause. Possible Reserve. European Union.

INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2013, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, numa decisão proferida na apelação cível nº 0021589-59.2011.8.19.0066 reconheceu a nulidade de cláusula limitativa em contrato de adesão, deferindo a pretensão do autor, sob o argumento do direito à saúde, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA RECUSADA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE, Ação ajuizada com o propósito de se obter a condenação da ré a custear o material (prótese/órtese), indispensável ao procedimento cirúrgico, bem como autorizar a realização de

* Doutor em Direito pela UFPE. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza-CE, Brasil. E-mail lucianolima@unifor.br

** Doutoranda em Direito Constitucional pela UNIFOR. Fortaleza-CE, Brasil. Professora da Universidade Estadual do Piauí- UESPI. E-mail: malau_lopes@yahoo.com.br

cirurgia. Sentença que confirmou a decisão que antecipou os efeitos da tutela e determinou que a ré arcasse com as despesas inerentes à cirurgia da parte autora, incluindo-se os custos com internação e com o material necessário a sua realização. Condenou, ainda, a parte ré ao pagamento de danos morais. Inteligência contida na Súmula 112 deste E. TJRJ. A cláusula do contrato firmado entre as partes, que exclui a cobertura de qualquer espécie de órteses e próteses é nula, devendo a seguradora arcar com todos os custos inerentes à cirurgia. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA.

Trata-se de um processo que a parte Autora ajuizou pedido de condenação da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil à obrigação de fazer consistente em custear a continuidade de seu tratamento, com implantação de prótese peniana, tendo em vista ter sido acometido de câncer, cujo tratamento se iniciou com radioterapia, culminando em disfunção erétil, que dependia da cirurgia corretiva, não autorizada pela Ré, administrativamente.

Argumentou a Caixa de Assistência que o contrato firmado entre as partes indicava quais eram as coberturas previstas, não estando o material solicitado pelo autor incluído em seu contrato e que se tratava apenas de questões estéticas. Alegou ainda que direito à saúde não permite fornecimento de todo e qualquer material, em razão de cláusula limitativa da reserva do possível.

No entanto, a decisão judicial determinou que o direito à vida e saúde não pode ser afastado ou mitigado em hipótese alguma, notadamente quando em confronto com valores patrimoniais de operadoras de plano de saúde, no que tange a cláusulas contratuais abusivas.

Ainda na mencionada decisão, o Tribunal decidiu que não merecia prosperar o argumento da parte promovida, uma vez que:

o direito fundamental à saúde é consectário lógico do direito à vida, que foi tutelado de maneira primordial pelo legislador constituinte, nos termos do caput do artigo 5º, devendo a expressão “direito à vida” ser interpretada como o direito a uma vida digna, com os elementos mínimos (segundo a tão pregada teoria do mínimo existencial) que assegurem a vivência em sociedade com a dignidade que é inerente a todo ser humano.

Por força da decisão judicial, foi determinado o fornecimento da prótese solicitada pelo autor, uma vez que, em face da sua moléstia, tal providência assume característica de imprescindibilidade, revelando-se essencial à preservação de sua saúde e bem estar físico, mental e emocional, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, ao final, determinou a decisão a nulidade da cláusula contratual sem que tal medida importasse em desequilíbrio econômico-financeiro na avença.

Tendo como referência a mencionada decisão judicial, passou-se a análise do direito a saúde em contraposição à aplicabilidade de cláusulas contratuais contidas nos planos de

saúde. Realizou-se, assim, um estudo do direito a saúde no que tange aos argumentos utilizados no processo em referência, a questão da reserva do possível e do mínimo existencial. Foram trazidos à discussão as questões relativas ao direito à vida na visão da legislação da União Europeia, constante na Carta dos Direitos Fundamentais Diretiva 93/13/CEE, comparando-as a regulamentação das cláusulas abusivas no Brasil através do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Importa destacar que o estudo comparativo ideal seria a análise do tratamento dado pela legislação de dois blocos econômicos, a União Europeia e o Mercosul, ou de dois países, Brasil e um Estado membro do bloco europeu. No entanto, o bloco sul-americano não possui normas próprias e, por outro lado, os países membros da União Europeia possuem seu ordenamento jurídico interno vinculado aos ditames do Direito Comunitário, consolidado através das Diretivas e da Carta dos Direitos Fundamentais na Europa.

A metodologia aplicada é a pesquisa de dados bibliográficos, sem a pretensão de esgotamento do assunto, mas com a ideia de contribuir para a discussão do assunto no âmbito da comunidade acadêmica.

1. DO DIREITO A SAÚDE

Após a Revolução Francesa, no final do século XVIII, com o surgimento do Estado Liberal, passou-se a defender o princípio da sua não intervenção na economia, como forma de garantir a burguesia utilização da economia a seu favor por meio da prática de autorregulação do mercado, afastando, desse modo, a interferência da nobreza na estrutura econômica social.

O Estado Liberal surgiu a partir da revolta da burguesia frente aos excessos do absolutismo, com a preensão de garantir os direitos de uma parcela da sociedade, no caso os burgueses, até então excluídos das esferas de decisões, apesar de serem responsáveis por uma considerável produção econômica, fazendo despertar no povo um sentimento de liberdade política e de uma busca pela igualdade, aspectos traduzidos no lema da Revolução: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com o surgimento do Estado Liberal, emergem os direitos de primeira geração com a indicação de que o Estado deve manter uma postura abstencionista face aos indivíduos, traduzido pela não interferência na esfera individual do cidadão, que passa ter direito como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança, a liberdade de consciência e a expressão (LOPES, 2001).

O comportamento abstencionista do Estado que, no primeiro momento, deu destaque aos anseios da burguesia, proporcionou em seguida, a partir das dificuldades econômicas apresentadas pelos burgueses em face da impossibilidade de quitar suas dívidas com as instituições financeiras, um novo abismo social, indicando a necessidade do Estado atuar de forma mais efetiva nas relações interpessoais, em especial, nos contratos.

O Estado de concepção liberal mostrou-se insuficiente para atender às demandas da sociedade, passando a interferir em searas antes reservadas para a esfera privada, provocando um aumento das funções estatais, da burocracia sobre a relação entre particulares, como também a relação entre sociedade e o Estado, pois se ampliou a legislação e a atuação do poder executivo por meio da administração, promovendo o Estado interferências na economia e para a realização da justiça social em prol do combate das desigualdades sociais.

A partir da necessidade de maior intervenção do Estado nas relações privadas, em especial nos contratos, iniciou-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social, sendo marcante nesta etapa a percepção de uma maior ingerência do Estado no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Na ordem constitucional brasileira, observa-se uma opção pela ideia de Estado Social, mostrando-se necessário um posicionamento do Estado, em dadas circunstâncias, para a manutenção do equilíbrio contratual e a garantia dos direitos sociais.

Realizadas estas considerações superficiais sobre a evolução do Estado, sob o aspecto do seu grau de intervenção nas relações subjetivas, inicia-se uma exposição, aplicabilidade da norma constitucional.

Neoconstitucionalismo, de acordo com Ana Paula Barcellos, se opera sobre três premissas fundamentais: (i) sob o ponto de vista metodológico, tem-se a normatividade da Constituição, ou seja, as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade, (ii) a centralidade da Constituição, deve-se ao fato que os demais ramos do direito devam interpretados a partir do que dispõe a constituição e (iii) sua superioridade sobre o restante da ordem jurídica. (BARCELLOS, 2006)

No aspecto material, Barcellos defende que a incorporação de valores e opções políticas, como se percebe no artigo 3º da Constituição Federal, definem-se quais são os objetivos fundamentais da Constituição. Também apresenta, como característica material, a expansão de conflitos, como dispõe o artigo 226, §3º da Constituição Federal, ao reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Humberto Ávila mesmo reconhecendo o neoconstitucionalismo, o critica, na medida em que defende que não há hierarquia entre as normas. Para o autor, a Constituição Federal de

1988 é regulatória e não principiológica, a partir do que sugere que deve ser mantido a igualdade entre poderes, ou seja, o Judiciário não deve ter preponderância em relação ao Legislativo, aspecto este denominado pelo autor de organizacional. Já no aspecto metodológico, propõe que empregue regras para a ponderação da aplicação das normas, quais sejam: aplicar primeiro a regra constitucional; depois a regra legal editada no exercício regular na função legislativa e inexistindo as duas anteriores, ponderar os princípios constitucionais colidentes no intuito de editar norma individual para o caso concreto.(AVILA, 2009)

No plano axiológico, Humberto Ávila defende que as regras desempenham um papel importante na medida em que estabilizam conflitos morais e reduzem as incertezas e arbitrariedade (AVILA, 2009).

A idéia de neoconstitucionalismo se traduz por interpretar a norma fundamental, tentando extrair dos conteúdos a mais perfeita interpretação, buscando o mais alto nível de satisfação e promovendo mais benefícios para o individuo detentor de direitos e garantias. (NELSON, 2012)

A nova interpretação constitucional difere-se da tradicional na medida em que, por ela, a norma oferece soluções de conflito de modo abstrato, enquanto na nova, o caso concreto é analisado, uma vez que nem sempre é possível encontrar no texto normativo respostas ao problema jurídico em questão.

Num segundo aspecto, a interpretação, no modelo tradicional, o conhecimento do juiz é suficiente para aplicar a norma pela simples subsunção do fato à lei. Na interpretação aplicada pelo neoconstitucionalismo, o Juiz passará a fazer parte do processo, promovendo as valorações necessárias com a adequação da lei ao caso concreto, utilizando sua criatividade para escolher, dentre muitas, as soluções possíveis.

Neste novo conceito de interpretação da norma constitucional, há quem defenda uma estreita relação com o ativismo judicial, entendido como uma postura proativa de interpretar a Constituição por meio de uma potencialização do sentido e do alcance das suas normas, para além do legislador ordinário, aspecto criticado por Humberto Ávilasob o ponto de vista do fundamento organizacional, uma vez que põe o Judiciário acima dos outros poderes. (BARROSO,2010)

Apesar das críticas ao ativismo judicial, pode-se justificar a sua ocorrência no fato de que, por seu intermédio, seria possível concretizar imediatamente o texto constitucional com a adoção de uma postura mais firme no que se refere aos princípios abstratos da igualdade, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

A mudança na interpretação foi a marca da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com a valorização da pessoa humana e o respeito pela vida, tendo como referência o princípio da dignidade, aspectos que fazem despertar a consciência no sentido de que a proteção não deve se restringir apenas ao indivíduo, na visão oitocentista, mas principalmente a pessoa em contraposição ao mercado.

1.1 DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde, inserido no rol dos direitos sociais, é também um direito fundamental da pessoa humana, considerado de segunda geração no rol dos direitos fundamentais, está caracterizada pelo art. 6º da Constituição Federal, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados.

A Constituição Federal indica como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, aspecto que deve se espalhar por todo o tecido constitucional, juntamente com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A dignidade da pessoa humana também se apresenta como parâmetro nas relações internacionais a serem mantidas pela República brasileira, nos termos do teor contido no art. 4º, II, da CF/88, na defesa dos direitos humanos.

O direito à saúde, como direito social, mantém uma relação próxima com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, exige ações do Estado para que sua realização seja possível, com adoções de política públicas capazes de dar eficácia e efetividade a esse direito.

Entretanto, uma das dificuldades para a promoção desse direito encontra-se no fato de não haver uma definição precisa sobre saúde, não sendo possível se afirmar se a prestação do direito à saúde é limitada às necessidades básicas e essências à vida humana ou se ela se estende a qualquer tipo de prestação que vise tão somente a satisfação pessoal.

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações por parte do Estado, diretamente vinculados à destinação, à distribuição, bem como à criação de bens materiais, revela-se numa dimensão econômica.

Os direitos de defesa, no qual se tem uma conduta omissiva, são destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção podem ser resguardados independentemente das circunstâncias econômicas.

1.1.2 Reserva do Possível

A reserva do possível é um argumento ocasionalmente utilizado nas respostas do Estado às demandas judiciais, cujo objeto é o adimplemento de prestações previstas em normas que conferem aos cidadãos um direito fundamental social, dentro das possibilidades financeiras do Estado.

No entanto, o “fator custo” não é impedimento para efetivação de direitos sociais pela via jurisdicional no Brasil (SARLET,2009), sendo a “ reserva do possível”, um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, como fator de garantia dos direitos fundamentais, quando analisado os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial, diante da indisponibilidade de recursos e a necessidade de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Ressalta, Sarlet, que na análise da reserva do possível, devem ser observados os seguintes aspectos: (i) a efetiva disponibilidade jurídica dos recursos para a efetividade dos direitos fundamentais; (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos;(iii) na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve problema da proporcionalidade da prestação, em especial, no tocante a exigibilidade e, nesta quadra, também a sua razoabilidade(SARLET, 2009).

Na visão de Ana Paula de Barcellos, a “expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas.(BARCELLOS, 2002).

Para o que se propõe no momento, é possível concluir que os direitos prestacionais sociais, entendidos aqui como direitos a prestações fáticas e materiais que devem ser criadas, fornecidas e distribuídas pelo Estado, são direitos subjetivos submetidos a uma relativização na medida em que seu atendimento condiciona-se a reserva do possível e até mesmo a atividade legislativa integradora, caso a norma definidora do direito fundamental contenha baixa densidade normativa.

Sob a referência da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, percebe-se que o direito à saúde, caracteriza-se como norma princípio, concebida pelo autor como um mandado de otimização, a ser implementado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.(ALEXY, 1997)

Tem-se a discussão de ser o direito a vida um direito subjetivo, uma vez que, em geral, quando se refere a Direitos Fundamentais como direitos subjetivos, tem-se em mente a ideia de que o titular de um direito juridicamente tutelado é aberto a possibilidade de impor

seus interesses tutelados perante o destinatário responsável por sua satisfação, o Estado ou os particulares. (SARLET, 2009).

Ana Maria Dávilla Lopes assevera que a existência de um direito subjetivo, ainda muito presente no civil Law, está perdendo respaldo teórico na medida em que a eficácia dos direitos subjetivos não está garantida pelo Estado.(LOPES, 2001)

No entendimento dos tribunais brasileiros, observa-se a saúde como direito público subjetivo, corolário do direito à vida, competindo aos Poderes Públicos o custeio do tratamento de doenças aos reconhecidamente pobres, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – Obrigação do município, como gestor do SUS, de disponibilizar tais recursos. Direito líquido e certo garantido pelo artigo 196 da Constituição Federal. Norma programática capaz de embasar a satisfação do direito à medicação. Hipótese refutada. Princípio da independência entre os poderes da união. Não violação. Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos. o município é competente para a prestação do atendimento à saúde da população(Constituição Federal, art. 30, VII). Constitui direito público do cidadão a saúde e incumbe ao poder público o fornecimento de medicamento bem como o custeio do tratamento relativamente àquele que, sendo pobre no sentido legal, necessite de cuidados médicos. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, - Uma vez configurado esse dilema - Razões de ordem éticojurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: O respeito indeclinável à vida (STF, Min. Celso Mello). (TJSC – AC-MS 2005.012177-0 – São José – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – J. 22.11.2005) JCF.196 JCF.30 JCF.30.VII JCF.5. (In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006.)

Pode-se verificar também julgados que relativizam o direito à saúde por questões orçamentárias, justificadas pelo argumento da reserva do possível:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente e sem mesmo sua oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, beneficiando um menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética. Nesse julgamento foi asseverado que: “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, sendo afastados os argumentos de violação aos artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de seu presidente Min. Celso de Mello negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina.

Pode-se observar que no julgamento relativo a ementa do acórdão acima transcrito foi determinado a devolução da quantia já levantada, sob a alegação de o direito à saúde, garantido pela Constituição, obedeceria aos limites das verbas alocadas para este fim, cabendo

ao administrador público, atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária, não em benefício de um único cidadão em detrimento de restante da população.

Neste contexto, também assume relevo o princípio da proporcionalidade como orientador da atuação dos órgãos estatais, seja quando exercem diretamente suas funções, seja quando delega a particulares, em sua dupla dimensão, no caso, como proibição do excesso ou da insuficiência, tendo como parâmetro de controle dos atos do poder público, inclusive dos promovidos pelos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.(SARLET, 2002)

No entanto, no julgamento sob análise no presente trabalho, o órgão julgador, sem acolher a teoria da reserva do possível, decidiu que o direito à saúde não pode ser afastado ou mitigado em hipótese alguma, notadamente quando em confronto com valores patrimoniais de operadoras de plano de saúde, no que tange a cláusulas contratuais abusivas, mesmo que tal decisão possa causar prejuízo para os demais usuários do plano de saúde.

1.2 Direito à saúde na União Europeia: análise da Carta dos Direitos Fundamentais

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada em 07 de dezembro de 2000 pelos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, após ser discutida e submetida à apreciação dos Estados-membros no Conselho Europeu de Nice (GUERRA, 2011).

Trata-se de um acordo interinstitucional entre o Conselho, o Parlamento Europeu e a Comissão. Com efeito, essas instituições, assim ligadas por um acordo, se comprometem então a respeitá-lo (TULKENS, 2002).

Com o objetivo de facilitar o entendimento sobre o conteúdo da Carta e sua significativa importância para a proteção dos direitos fundamentais, faz-se indispensável a visualização de parte do preâmbulo:

“Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.”

Percebe-se que o principal objetivo da Carta está expresso no preâmbulo: “Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns”. Para alcançarem tal objetivo, emprega-se as suas

funções gerais, quais sejam: servir como instrumento hábil para aumentar a legitimidade política da União e de reforçar a segurança jurídica no âmbito da União Europeia.

A Carta é constituída por um preâmbulo e dividido em 54 artigos, integrados em sete capítulos: Dignidade; Liberdade; Igualdade; Solidariedade; Cidadania; Justiça; Disposições Gerais.

Sob a epígrafe da Dignidade, enumera-se os direitos que decorrem da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana(art.1º); direito à vida e a proibição de pena de morte(art.2º):

DIGNIDADE

Artigo 1.o

Dignidade do ser humano

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

Artigo 2.o

Direito à vida

1. Todas as pessoas têm direito à vida.

2.Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado.

Já no capítulo referente a solidariedade, mais uma vez aparece a defesa ao direito à saúde:

Artigo 35.

Protecção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana”

Destaca-se que a Carta possui força vinculante na seara jurídica desde 13 de dezembro de 2007 quando os chefes de Estado e de Governo da União Europeia assinaram o Tratado de Lisboa, tornado a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com efeito vinculante.

Esta Carta serve de orientação para as instituições e Estados-membros no âmbito do Direito Comunitário, devendo seus órgãos respeitar os direitos e princípios contidos na Carta.

O protagonismo da proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia foi assumido pela Carta dos Direitos Fundamentais, secundarizando os instrumentos de proteção nacional, quando se aplica o direito da Comunitário, na medida em que o direito da União Europeia goza de primazia sobre o direito nacional e determina a aplicação do nível de proteção mais elevado. Com isto permite que os particulares invoquem judicialmente as disposições da Carta contra eventual violação dos direitos fundamentais por parte dos Estados-membros, relativamente às medidas nacionais que apliquem o direito da União.

Aplica-se também o princípio da subsidiariedade que visa garantir a autonomia do poder local em face do poder central, observado sob duas vertentes:(i) de um lado, permite

que a comunidade interfira na resolução de problemas de caráter supranacional, cuja resolução não pode ocorrer em nível de atuação individual dos Estados-membros; (ii) por outro lado, pretende manter a competência dos países nos domínios que a intervenção comunitária não permite regulamentar melhor.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia revela o alcance dos direitos fundamentais de forma visível a todos os cidadãos a ela submetidos, traz um rol de novos direitos, além dos já consagrados, reunindo-os em um único instrumento para facilitar a sua identificação, conhecimento e aplicação.

A Carta deflagra o controle do respeito aos Direitos fundamentais no exercício das competências da Comunidade, a reverência a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estrutura jurisdicional da Comunidade e as Constituições Nacionais, como afirma em sede do preâmbulo na Carta:

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O controle dos direitos fundamentais no exercício das competências da Comunidade, leva ao entendimento de que a sua enumeração na Carta não significa que União passa a ser competente para tratar das matérias abrangidas por esses direitos, mas simplesmente devem respeitá-los no exercício das suas competências.

Para os direitos além da Carta, esta terá a função de garantir a salvaguarda dos níveis de proteção já existentes, afinal, os direitos constantes na Carta, correspondem aos direitos que já figuram na Convenção Europeia, tendo o mesmo sentido e limites, gerando entre a Carta e a Convenção uma noção de correspondência e facilitando a integração no sistema jurídico da União.

Com a introdução da cláusula *status quo*, garante-se que não haverá evoluções negativas, ou seja, a Carta preservará o nível de proteção atualmente conferido nos respectivos âmbitos de aplicação, conforme determina o item 3 do artigo 52 da Carta, *in verbis*:

Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção

mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

O âmbito de aplicação da Carta está previsto nas suas disposições gerais. Nesta parte também, visa-se estabelecer vínculos entre a Carta e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

No domínio dos direitos civis e políticos, a Carta faz numerosas analogias à CEDH. De fato, evidencia-se que dos cinquenta artigos que a Carta contém, cerca da metade foi concebido por analogia à CEDH, enquanto a outra metade se divide entre direitos económicos e sociais *lato sensu* e os direitos os cidadãos da União.

Os princípios constantes na Carta são aplicáveis aos Estados-membros, sempre que aplicarem a legislação comunitária, apesar de já ser sua obrigação respeitar os direitos fundamentais.

Visualiza-se dois princípios base que devem nortear a interpretação da Carta: indivisibilidade e universalidade.

Quanto a indivisibilidade, tem-se que os direitos fundamentais, não podem ser divididos em categorias de importância. No tocante a universalidade, resta observada, serem atribuídos a todos os indivíduos.

Pela primeira vez, todos os direitos que se encontravam dispersos por diversos instrumentos legislativos, como na legislação nacional e convenções internacionais do Conselho da Europa, das Nações Unidas e da Organização Internacional do Trabalho, foram reunidos em um único documento, a Carta. Reforça a segurança jurídica no que diz respeito à protecção dos direitos fundamentais, protecção essa que até o momento era conferida pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça através do artigo 6º do Tratado da União Europeia.

A importância da Carta se deu até mesmo antes, quando ainda não tinha força vinculante. No Acórdão, 27 de junho de 2006, relativo à diretiva sobre o reagrupamento familiar (Processo C-540/03), o Tribunal de Justiça fez, pela primeira vez uma referência explícita à Carta e sublinhou sua importância.

Observa-se na decisão, ainda que em caráter administrativo, a importância dada ao direito à vida mesmo que possa incorrer em prejuízos para o erário do Estado:

FIDH denunció que Francia había violado el derecho a asistencia médica (artículo 13 de la Carta Social Europea Modificada) al eliminar La excepción que favorecía a los inmigrantes ilegales con muy bajos ingresos de pagar cargos por tratamiento médico y hospitalario. También denunció que una reforma legislativa de 2002 que restringía el acceso a servicios médicos por parte de los hijos de inmigrantes ilegales violaba los derechos de los niños a ser protegidos (artículo 17). El Comité opinó que Francia había violado los derechos de los niños, pero no los de los adultos. Aunque los derechos de la Carta abarcan solamente a los extranjeros ciudadanos de otros Estados Parte de la Carta que sean residentes legales o trabajen regularmente dentro

de ese Estado, el Comité enfatizó que la Carta se debe interpretar teniendo en cuenta su objetivo, el cual debe ser coherente con los principios de la dignidad humana individual, y que, por ello, todas las restricciones deben entenderse en forma estricta. En consecuencia, por una mayoría de 7 a 6, el Comité concluyó que toda “legislación o práctica que niegue el derecho a la asistencia médica de ciudadanos extranjeros, dentro del territorio de un Estado Parte, aunque aquellos se encuentren allí ilegalmente, es contraria a la Carta”, aunque no todos los derechos de la Carta pueden extenderse a los inmigrantes ilegales. El Comité sostuvo que se había violado el artículo 17 (derecho a protección de los niños), aunque el acceso de los niños afectados a asistencia médica fue similar al de los adultos, porque dicho artículo era más amplio que el derecho a la asistencia médica. En las palabras del Comité: “la Carta debe ser interpretada de manera tal de dar vida y significado a los derechos sociales fundamentales. Por ello, entre otras cosas, las restricciones de los derechos deben ser interpretadas con limitaciones, es decir, con el objetivo de preservar intacta la esencia del derecho y de alcanzar el objetivo general de la Carta [...] El artículo 17 de la Carta Modificada está [...] inspirado directamente en la Convención sobre los Derechos Del Niño de la ONU. Protege de manera general el derecho de los niños y jóvenes, incluyendo los menores no acompañados, a obtener tratamiento y asistencia” (párr. 29 y 36).

A denúncia de violação pela França do direito à saúde dos imigrantes, deve-se a alteração de normas que permitia o fornecimento de assistência médica aos imigrantes ilegais, posto que com a alteração se exigiu dos que tenham rendimentos muito baixo o pagamento de taxas para o tratamento médico hospitalar. Ainda foi restringido o acesso a serviços médicos por filhos de imigrantes ilegais.

Desta forma, o Comitê Europeu dos Direitos Sociais, considerou que houve uma afronta clara aos direitos dos filhos de imigrantes ilegais, visto a prioridade dos direitos das crianças, bem como feriu os princípios da dignidade humana deste grupo social.

O Comitê concluiu que “legislação ou a prática que nega o direito à assistência médica de estrangeiros, no território de um Estado Parte, mesmo aqueles que estão lá ilegalmente, é contrário ao Carta”, embora nem todos os direitos da Carta possa se estender a imigrantes ilegais. Nas palavras da Comissão, “a Carta deve ser interpretada de modo a dar vida e significado para os direitos sociais fundamentais”.

Em resposta à decisão da Comissão, o governo francês mudou suas políticas. A 4 de maio de 2005, o Conselho de Ministros tomou conhecimento do parecer jurídico do Comitê e disse que pela informação fornecida pelo Governo, incluindo uma circular de 16 de março de 2005, afirmou que “todos os cuidados dispensados às crianças residentes em França benéfico do que o plano de cuidados de saúde do estado é projetado para atender às necessidades de emergência” (CIRCULAR DHOS / DSS / DGAS).

Quanto ao direito de saúde no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, percebe-se a sua proteção:

Caso PRETTY c. REINO UNIDO, acórdão de 29 de Abril de 2002
DIREITO À VIDA (ART. 2º) – DIREITOS E LIBERDADES
INDERROGÁVEIS – OBRIGAÇÕES POSITIVAS – TRATAMENTOS
DESUMANOS E DEGRADANTES (ART. 3º) – RESPEITO PELA VIDA
PRIVADA (ART. 8º) – INGERÊNCIA – PROTECÇÃO DOS DIREITOS E
LIBERDADES DE OUTREM – NECESSIDADE NUMA SOCIEDADE
DEMOCRÁTICA

“Jane Pretty (a requerente) sofria de uma doença neuromotora (“NMD”), doença neuro-degenerativa progressiva do sistema nervoso central, inabilitante e incurável, que provoca o progressivo enfraquecimento muscular, afectando o domínio muscular do corpo; a doença é fatal na medida em que conduz à falência da actividade respiratória; contudo, e apesar de gravemente doente, as funções intelectuais da requerente e a capacidade para tomar decisões não se encontravam diminuídas.

A requerente pretendia cometer suicídio com a ajuda do marido, tendo requerido ao Director da Acção Penal (“Director of Public Prosecutions” – “DPP”) que não perseguisse criminalmente o marido se este a auxiliasse no suicídio como era sua vontade; o pedido foi recusado pelo DPP, tendo a requerente recorrido da decisão para o “Divisional Court” e posteriormente para a Câmara dos Lordes, que confirmaram a decisão e rejeitaram os recursos. VII. Não obstante a perspectiva dinâmica e flexível na interpretação da Convenção, esta tem de estar de acordo com os objectivos fundamentais da Convenção, na sua coerência enquanto sistema de protecção dos direitos humanos; o artigo 3º deve, por isso, ser interpretado de harmonia com o artigo 2º, que prevê a proibição do uso de força letal ou qualquer outra conduta que possa conduzir à morte de um ser humano, não conferindo a um indivíduo o direito de exigir do Estado uma decisão ou acto que permita ou facilite a sua morte.”

2. DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS

2.1 Na União Europeia

Uma das formas de se aproximar o conteúdo das legislações próprias de cada Estados-membros é a adoção das diretivas por parte das instituições comunitárias e a sua transposição para o direito interno. A diretiva é um ato legislativo da União Europeia que determina que os Estados-membros busquem alcançar determinado resultado, sem apontar os meios para atingi-lo, deixando-os com certa dose de flexibilidade quanto às regras a serem adotadas. As diretivas são leis maleáveis, espécie de leis-objetivo, cuja incorporação nos ordenamentos nacionais é flexível, quanto ao instrumento, mas obrigatória, quanto ao objetivo, para os países da União Europeia. A criação desse ato comunitário revela o propósito de proporcionar às instituições comunitárias uma uniformização e uma aproximação entre as legislações nacionais (MORAIS, 2009).

Hoje, as diretivas concernentes ao direito do consumidor são geralmente diretivas mínimas, respeitando a proteção concedida por cada Estado-membro. Para as Diretivas, Defesa do consumidor significa assegurar um nível de qualidade dos produtos que permita a exportação, sem problemas, bem como assegurar a concorrência no mercado.

O artigo 3º na Diretiva 93/13 apresenta a conceituação de cláusula abusiva, na qual assevera ser uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual, que possa gerar um desequilíbrio em detrimento do consumidor e não tenha a observância da boa-fé (ALLEMAR, 2002).

Ao analisar tal conceito, depara-se com a restrição europeia de que apenas os contratos de adesão podem gerar cláusulas abusivas, excluído, desta forma, os contratos celebrados entre consumidor e fornecedor em que há a anuência das cláusulas pelas partes contratantes. É importante ressaltar, que o simples fato do contrato ser anuído por ambas as partes, não retira a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Ao observar o artigo 2º da Diretiva em estudo, atenta-se para a delimitação do que seja consumidor, quando assegura ser qualquer pessoa singular que atue com fins não profissionais. Pessoa singular, para as legislações europeias, tem o mesmo significado de pessoa natural para a legislação brasileira.

Ademais, ainda na análise do artigo 2º, vê-se que o legislador europeu determinou o elemento teleológico do conceito consumidor, qual seja a atuação com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional. Mais uma vez a legislação restringiu a abrangência de aplicação da Diretiva 93/13, já que é válida apenas para os consumidores que adquiram produtos ou serviços para uso pessoal.

Quando da conceituação de fornecedor, a Diretiva 93/13 considera como sendo pessoa física (singular) ou jurídica (coletiva), pública ou privada que, nos contratos abrangidos, atua no âmbito de sua atividade profissional.

De acordo com o artigo 3º, 2, da Diretiva 93/13, deve-se considerar que a cláusula que não tenha sido objeto de negociação, seja sempre redigida previamente pelo fornecedor e que o consumidor não tenha influenciado em seu conteúdo. Reforça o artigo que apenas aos contratos de adesão podem ser aplicadas a vedação das cláusulas abusivas:

o fato de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto do contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.

Percebe-se que a Diretiva exige o contrato de adesão para a consideração acerca das cláusulas abusivas.

O artigo 4º determina que o caráter abusivo de uma cláusula, poderá ser avaliado em função da natureza dos bens e serviços que sejam objeto do contrato. Assevera ainda, em seu artigo 5º que os contratos devam ser redigidos de forma clara e compreensível, e que, em caso de dúvida, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor (ALLEMAR 2002).

A Diretiva propõe que as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos termos, se puder subsistir sem cláusulas abusivas.

De acordo o art.6º, 1, da Diretiva 93/13 que dispõe acerca da vinculação das cláusulas abusivas aos contratos:

Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.

Quanto aos critérios que permitem apreciar se um contrato pode efetivamente subsistir sem as cláusulas abusivas, delibera o Tribunal que importa notar que tanto a redação do artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13, como as exigências relativas à segurança jurídica das atividades econômicas militam a favor de uma abordagem objetiva na interpretação dessa disposição.

Por conseguinte, afirma que o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13 não pode ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz pode se basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso para o consumidor em face da possibilidade de anulação do referido contrato no seu todo.

Assim sendo, importa, contudo, salientar que a Diretiva 93/13 procedeu apenas a uma harmonização parcial e mínima das legislações nacionais relativas às cláusulas abusivas, reconhecendo ao mesmo tempo aos Estados-Membros a possibilidade de assegurar ao consumidor um nível de proteção mais elevado do que aquele que a diretiva prevê. Assim, o artigo 8º da referida diretiva prevê expressamente a possibilidade de os Estados-Membros “*adotar[em] ou manter[em], no domínio regido pela [...] diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor*” (v. acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Colet., p. I-4785, nºs 28 e 29).

Por conseguinte, a Diretiva 93/13 não se opõe a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, uma regulamentação nacional que permita declarar nulo no seu todo um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor que contém uma ou várias cláusulas abusivas quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor. Ressalta-se que a Diretiva em seu anexo apresenta o rol exemplificativo das cláusulas abusivas, da alínea “a” à “q”.

2.2 No Brasil

O Código de Defesa do Consumidor não define nem fornece conceito de cláusula abusiva, tendo sido reservada à doutrina tal incumbência, que entende estar baseado no conceito de abuso de direito fornecido pelo art. 187 do Código Civil. O dispositivo legal apenas apresenta, em seu art. 51, um rol de cláusulas contratuais consideradas abusivas e consequentemente nulas (DENSA, 2008).

A cláusula abusiva é um tipo aberto, cujo preenchimento tem de ser feito pelo juiz quando da apreciação do caso concreto, já que o rol apresentado no CDC é meramente exemplificativo.

Na interpretação literal do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor observa-se que o legislador ao dispor: “*São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais ao fornecimento de produtos e serviços...*” que a expressão “entre outras” sinaliza para uma idéia de inclusão. Isso permite afirmar o caráter exemplificativo do elenco legal de cláusulas abusivas(SOARES 2007).

Ao analisar as disposições do Código de Defesa do Consumidor acerca das cláusulas abusivas no âmbito das relações de consumo, percebe-se que não há qualquer distinção entre contratos de adesão ou contratos individualizados. A proteção legal alcança toda e qualquer relação de consumo na qual se verifiquem imposições unilaterais por parte do fornecedor. Demanda-se no caso de contratos individualizados, a valoração no caso concreto, a partir de adoção dos critérios de análise global dos contratos, de seu contexto, circunstância, objeto e natureza (DIAS, 2008). Diante de uma cláusula abusiva, a lei brasileira fulmina a nulidade absoluta das tais disposições, ainda que tenha havido negociações entre as partes. Ressalta-se sua nulidade não decorre apenas de contratos de adesão, mas de contratos individualizados (CARPENHA, 2008).

Ademais, a vedação de cláusulas abusivas atinge a qualquer relação de consumo, em que se tenha consumidor de um lado, podendo ser pessoa física ou jurídica e fornecedor do outro.

É interessante a análise do artigo 46 do Código para o presente artigo, pois dispõe que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo. Determina, ainda,

em seu art. 47 que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE.

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. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. REsp 319707/SP DJ 28/04/2003 p. 198 RECURSO ESPECIAL 2001/0047428-4 Ministra NANCY ANDRIGHI.

Analizados os sistemas de proteção do consumidor na relação de consumo pela legislação brasileira e pela legislação europeia, destaca-se algumas similitudes e divergências.

Quanto às divergências, a legislação brasileira é aplicada aos consumidores pessoas físicas e jurídicas, aos contratos de adesão e aos contratos individualizados, bem como, há previsão de nulidade de pleno de direito, quando da ocorrência de cláusulas abusivas. Diferentemente do que ocorre na norma europeia, que delimita seu âmbito de aplicação aos consumidores pessoas físicas, aos contratos somente de adesão e a previsão de nulidade das cláusulas, quando analisado o caso concreto. Ainda no tocante as divergências, salienta-se a obrigatoriedade da fonte tamanho doze para os contratos celebrados entre as partes, mas tal imposição não é observada na Diretiva 93/13.

No aspecto de similitudes, ambas as normas preveem a interpretação favorável ao consumidor, bem como a defesa de seus direitos, por meio de ações individuais ou coletivas, estas últimas a serem proposta por entidades de interesse na defesa do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho consistiu em analisar, inicialmente o direito a saúde como um direito social prestacional, no qual representou a ruptura do paradigma do Estado Liberal burguês para o Estado democrático social, onde o Estado abandonou seu estado de inércia para, mediante prestações positivas, fornecer aos indivíduos condições materiais de existência, o que se deu através do fornecimento e entrega de prestações como a saúde pública, alimentação, moradia, educação, entre outros.

No entanto, essas prestações positivas, sendo do Estado ou dos particulares, muitas vezes não eram efetivadas em razão das condições econômicas do Estado, fazendo surgir a teoria do possível com seus contornos.

Percebeu-se que a teoria do possível tem muita relevância na medida em que a limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é uma constante, sendo difícil defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde, de forma indiscriminada, para toda e qualquer pessoa, em face das limitações econômicas.

Posteriormente, analisou-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, apontando seu surgimento, sua importância e sua aplicação, com decisões judiciais e administrativas acerca do direito à saúde na Europa.

A Carta revela os direitos fundamentais pertencente a todos os cidadãos da União, já que traz um rol de novos direitos, mas representa também os direitos já consagrados, entre eles a saúde, reunindo-os em um único instrumento para facilitar a sua identificação, conhecimento e aplicação.

Por fim, ainda no estudo da decisão judicial em apreço, procedeu-se à análise do argumento utilizado pelo julgador, no caso, o da nulidade das cláusulas contratuais, quando consideradas abusivas.

Apontou-se ainda o dispositivo constante no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, bem como na jurisprudência, referente aos contratos de plano de saúde, relativo a sua interpretação, no sentido que deve ser realizada em favor do consumidor.

Viu-se também a Diretiva 93/13 da União Europeia relativa a proteção do consumidor em cláusula abusiva e sua comparação com a legislação interna nacional. Observou-se que, diante de cláusulas abusivas em contratos consumeristas, o ordenamento jurídico brasileiro é mais protetivo ao consumidor em relação ao tratamento dispensado pela legislação europeia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEMAR, Aguinaldo. *Legislação de Consumo no âmbito da Onu e da União Européia*. Curitiba: Juruá, 2002.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt Am Main: Suhrkamp 1994 (há tradução para o espanhol: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. G. Valdés, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997).

AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência e do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos de Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p.187-202.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flavio,(orgs) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.31-60

_____, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da. CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade & Direitos fundamentais. Estudo em homenagem ao Prof. Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 241-254.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A União Européia e os Estudos de Integração Regional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p 103.

DENSA, Roberta, *Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC de 2002, in *Revista de Direito Privado* 32/189.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Editora: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Antonio Corrêa. *Comunidades Européias e seu Ordenamento Jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

LEDUR, José Felipe. *O contributo dos Direitos Fundamentais da participação para a efetividade dos Direitos Sociais*. Curitiba, 2000. Tese de Doutorado em Direito do Estado-Setor de Ciência Jurídicas – Universidade Federal do Paraná.

LOPES, Ana Maria D’Avila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____, Ana Maria D’Avila. *Democracia hoje para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. UFP: editora, 2001.

MAIA, Maurilio Casas. O Princípio Constitucional da Igualdade na relação médico-paciente e a diferença de classe no SUS. Entre a reserva do possível e a efetividade máxima do direito à saúde. *RIDC*, 2013, ano 21, v. 84. P.273-279.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação norma Constitucional. *RDIC*, 2012 p. 105-144

NETO, João Costa. Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. Editora: Saraiva, 2014.

OLSEN; Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 175-183.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração regional*. Editora: Max Limonad, 2002.p.173.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Editora: Saraiva, 2013. P.176-178.

SARLET, Igor Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

TULKENS, Françoise. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o ponto de vista de uma juíza da Corte Europeia de direitos humanos. PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*.

VADE MECUM RT. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ALMEIDA, Claudio Borges. **O Primado do Direito Comunitário: estudos europeus e política internacional**. Disponível em <http://paralelosocial.blogspot.com/2008/01/direito-comunitrio.html>. Acesso em 20 jun. 2009.

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 24 abr. 2014 as 8:22.

The Firts digital library on the history of europe. Judgment of the Court of Justice, Internationale Handelsgesellschaft, Case 11/70 (17 December 1970). Disponível em: http://www.ena.lu/judgment_court_justice_internationale_handelsgesellschaft_case_11-70_december_1970-030002949.html. Acesso em abril. 2014.

BRICKS, Hélène. *Lesclauses abusive*. Paris: Faculté de droit et des sciences économiques, 1977. Em www.erudit.org/revue/cd/1986/.../042767ar.pdf. acesso 09 abr. 2012 as 9:01

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencia e Direito a Saúde: algumas aproximações.

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. 2002.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Obriga%C3%A7%C3%A3o+do+Munic%C3%ADpio%2C+como+gestor+do+SUS%2C+de+disponibilizar+tais+recursos>.

Giovani Bigolin. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>

JURISPRUDÊNCIAS

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

EUROPA. Agência de Direitos Fundamentais. Disponível em http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2007/CELNIKU%20c_GRECIA.pdf

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=clausula+abusiva+contratos+ades%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045290D5F86CA12D7A39DFAAF1E4CA7743C50204514733>

http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2007/CELNIKU%20c_GRECIA.pdf