

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIA JURÍDICAS E SOCIAIS**

**JULIANA DERVICHE GUELFY DUBIELA**

**A REGULAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA DE  
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE**

**CURITIBA**

**2013**

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central

D814r  
2013  
Dubiel, Juliana Derviche Guelfi  
A regulação do estado na atividade econômica de prestação de serviços de saúde /Juliana Derviche Guelfi Dubiel ; orientador, Alvacir Alfredo Nicz.  
-- 2013.  
146f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,  
Curitiba, 2013.  
Bibliografia: p. 133-146

1. Direito à saúde. 2. Saúde suplementar. 3. Estado. 4. Serviços de saúde.  
5. Poder judiciário. I. Nicz, Alvacir Alfredo. II. Pontifícia Universidade Católica  
do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.6731

**JULIANA DERVICHE GUELFY DUBIELA**

**A REGULAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA DE  
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

**CURITIBA**

**2013**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

JULIANA DERVICHE GUELFY DUBIELA

### **A REGULAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

### **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz – Orientador

---

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bartoncini

---

Prof. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

Curitiba, 26 de março de 2013.

*Ah! se o mundo inteiro me pudesse ouvir,  
tenho muito pra contar, dizer que aprendi;  
E na vida a gente tem que entender, que um  
nasce pra sofrer, enquanto o outro ri;  
Mas quem sofre sempre tem que procurar,  
pelo menos vir achar, razão para viver;  
Ver na vida algum motivo pra sonhar, ter um  
sonho todo azul, azul da cor do mar.*

**Tim Maia**

Dedico ao meu pai Osmar, que nos deixou antes do início do Mestrado, mas em tempo de ter me ensinado valiosos preceitos de vida e de fé. Apesar da ausência dolorosamente e diariamente sentida, sua memória me mostra o caminho a seguir, sempre. Dedico a ele ainda, minha eterna admiração;

À minha mãe Clarice, que levou além a possibilidade de ajudar e propiciou mais uma vez, que eu desenhasse, como ela, o caminho da vitória;

Aos meus irmãos Orlando, Mariana e Veridiana que dividem, afinal, todo o fardo e todas as flores dessa caminhada;

Ao meu companheiro de jornada, Rafael, pelo incentivo moral, acadêmico, físico, emocional, pela oportunidade de me ensinar o valor do ser humano, da educação e por ser responsável pelo meu crescimento diário.

À minha doce e amável filha, Ana Clara, por ter me trazido a alegria maior, a força mais pura, a luz mais intensa e a esperança na vida e na fé. Por me mostrar que eu preciso ser melhor sempre e por ser razão da minha existência.

Ao meu filho João Pedro que ainda dentro de mim, participou desse momento. Por ter renovado a mais intensa das sensações e por trazer ainda mais brilho para a minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Professor Alvacir Alfredo Nicz, pelo conhecimento, apoio e segurança transmitidos e pela estima, educação e valores, sempre admirados.

À Ana Clara pela inspiração eterna, pela luz intensa que esclarece minhas ideias, pela oportunidade de tê-la ao meu lado e pela chance de crescimento que me oferece diariamente. Obrigada pela sensibilidade de perceber, mesmo com sua pouca idade, que as horas que passamos separadas foram apenas para que eu concluísse essa pesquisa.

Ao meu colega, chefe e amigo Luiz Francisco, por ter impulsionado essa ideia estranha, pela confiança cega e por ter propiciado, com enorme paciência, que eu dedicasse menos tempo ao trabalho e mais ao meu crescimento pessoal.

A Rafael Pereira Dubiela, pelo carinho e respeito que dedica à nossa família, pelo nosso amor, pelos livros emprestados nas bibliotecas, por pegar para si alguns dos meus afazeres, possibilitar um ambiente de estudo adequado e por não ter dado ouvidos à óbvia ideia de que eu não seria capaz de concluir essa etapa. Obrigada por me mostrar, com seu exemplo, que com persistência se é capaz de fazer qualquer coisa.

Ao meu irmão Orlando e minhas irmãs Mariana e Veridiana e as minhas queridas e grandes amigas e amigos por fazerem parte da construção do meu caráter e por estarem ao meu lado nos melhores e piores momentos da minha vida.

Aos meus amigos da Amil, Fabio e Alessandra, com quem eu sei que sempre poderei contar.

Aos colegas do Mestrado, por terem me propiciado o campo perfeito para uma pesquisa e, em especial, às amigas Maria Christina dos Santos, Bárbara Guasque e Melissa Pilotto, por terem estado tão perto e terem sido tão essenciais e à amiga Flavia Trevizan, por ter me auxiliado fazer a ideia virar um projeto.

A Eva, Verônica e Daiane, pela paciência exigida na árdua função de administrar as informações acadêmicas.

Agradeço a Clarice Derviche Guelfi pelo amor, torcida e apoio, essenciais nos momentos de solitária dedicação e por poder senti-los durante toda a minha vida. E ainda a Osmar Alves Guelfi, que me ensinou que é pelo caminho da simplicidade que se faz o Direito, e que é com estudo, respeito e dedicação que se alcança o que se pretende. Me ensinou também que é preciso reconhecer o valor daquilo que não tem preço, se a pretensão é ter paz. Obrigada pelos rígidos alicerces, pela herança moral incontestável e pela facilidade que transmitia os melhores valores. É por tudo isso que sempre serei grata à oportunidade de nossa convivência.

## RESUMO

O Estado é uma forma institucional de organização do poder que, através da história, foi reformulado e desenvolveu papéis diferenciados em relação a sua atuação junto a sociedade. Seja no papel de expectador da economia ou ainda, com a função de prestar o atendimento total as necessidades dos cidadãos, o Estado é uma forma de controle da sociedade. O Direito por sua vez, tangencia essas mudanças, adquirindo relevância e definitiva função em relação a sociedade, através de princípios, normativos e decisões judiciais. O Estado, passou a ser ineficaz para atender a demanda social e visto como ineficiente assumiu novo viés, passando à sociedade o papel de estimular suas iniciativas na atividade econômica privada, em especial, a prestação de saúde. A sociedade aderiu a atividade da saúde suplementar e a partir disso, os primeiros contornos da realidade atual, começaram a surgir. O Estado então, organiza-se para controlar os meios de existência desta atividade que passa a sofrer a imposição e limitação do Poder Judiciário através de decisões judiciais favoráveis aos beneficiários. Para o desenvolvimento do tema, tornou-se por referência o serviço de saúde suplementar e seu contexto jurídico, para então analisar a atual situação de judicialização da saúde. O tema vincula-se à Linha de pesquisa *Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável*, por pretender abordar o controle do Estado na atividade econômica de saúde privada, através dos preceitos constitucionais, normativos de órgão regulador específico e ainda, através de decisões judiciais e ainda, pretendeu verificar se esta atividade possui o condão de se sustentar economicamente, diante da realidade atual.

Palavras-chave: Saúde suplementar. Direito a saúde. Limites do Estado na atividade econômica. Judicialização da saúde privada.

## ABSTRACT

ABSTRACT: The State is an institutional form of organization of power that, throughout history, has been redesigned and developed different roles in relation to its performance with the society. Be it in the role of expectant of the economy or yet with the role to provide total care to the needs of citizens, the State is a form of control of the society. The Law in turn, touches these changes, acquiring significance and definitive function in relation to society. The State has become ineffective to meet social demand and seen as inefficient assumed new bias, passing to society the role of encouraging their initiatives in private economic activity, in particular, the provision of health. Society joined the supplementary health activity and from this, the first contours of reality today, began to appear. The State then organizes itself to control the means of existence of this activity that shall suffer the imposition and limitation of the Judiciary through judicial decisions favorable to the beneficiaries. For the development of the theme, it was taken by reference the supplementary health service and its context, and then analyze the current situation of judicialization of health. The theme is linked to the Research Line of *State, economic activity and sustainable development*, by seeking to address the control of the State in economic activity of private health care, through the constitutional principles, specific regulatory agency and still, through judicial decisions and more, if this activity has the magic wand to sustain itself economically, before the current reality.

Keywords: Supplementary health. The right to health. Limits of the State in economic activity. Judicialization of private health.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
<b>2 O DIREITO, A ATIVIDADE ECONÔMICA E A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO.....</b>	<b>17</b>
2.1 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL EM ESTADO SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	17
<b>2.1.1 Constitucionalismo e o Estado Contemporâneo .....</b>	<b>24</b>
2.2 O DIREITO E O ESTADO INTERVENTOR CAPITALISTA .....	27
<b>2.2.1 O direito como repressor do direito Estatal econômico.....</b>	<b>32</b>
2.3 ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA.....	33
<b>2.3.1 As dimensões dos direitos fundamentais como forma de controle da intervenção do Estado na economia.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.2 Princípios Constitucionais e a ordem econômica brasileira.....</b>	<b>40</b>
<b>2.3.3 Finalidades e limites da atuação estatal.....</b>	<b>48</b>
<b>2.3.4 As agências reguladoras .....</b>	<b>52</b>
<b>3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....</b>	<b>59</b>
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	59
3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL .....	61
3.3 DIREITO À SAÚDE: O DIREITO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA DIMENSÃO .....	68
3.4 PÚBLICO E PRIVADO NA PRESTAÇÃO DE SAÚDE.....	76
<b>3.4.1 Dos recursos públicos e privados na área de saúde.....</b>	<b>81</b>
3.5 SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL.....	83
<b>3.5.1 O histórico das normas da saúde suplementar no Brasil.....</b>	<b>85</b>
<b>3.5.2 Estrutura da saúde suplementar no Brasil .....</b>	<b>87</b>
<b>3.5.3 As principais características do serviço de saúde suplementar definidas pela Lei nº 9.656.....</b>	<b>88</b>
<b>3.5.4 Considerações sobre os usuários de plano de saúde .....</b>	<b>89</b>

3.6 RELEVÂNCIA PÚBLICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO BRASIL .....	91
<b>4 A ATIVIDADE ECONÔMICA DE PLANO DE SAÚDE .....</b>	<b>95</b>
4.1 AS ATUAIS CIRCUNSTÂNCIAS DA ATIVIDADE.....	95
4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....	98
<b>4.2.1 A judicialização da saúde complementar .....</b>	<b>103</b>
4.3 RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.....	114
4.4 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE.....	116
4.5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA SAÚDE SUPLEMENTAR .....	119
4.6 PERSPECTIVAS DE SUSTENTABILIDADE DA ATIVIDADE .....	129
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>135</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>139</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ao compor uma análise legítima entre algo de grande relevância jurídica e de impactante repercussão social, tem-se que o estudo da regulação do Estado na atividade econômica de prestação de serviços de saúde mostra-se essencial. O Estado é uma forma institucional de organização do poder que, através da história, foi reformulado e desenvolveu papéis diferenciados em relação à sua atuação na sociedade. Seja no papel de expectador da economia ou, ainda, com a função de prestar o atendimento total às necessidades dos cidadãos, o Estado segue como forma de controle da sociedade, e o Direito tangencia essas mudanças ao longo da história, adquirindo relevância e definitiva função em relação à sociedade.

Vive-se, atualmente, um dos momentos mais relevantes da remodelação do Estado, que motivado pelo pensamento neoliberal, e pelo fenômeno da globalização, colocou as liberdades individuais em risco. O acúmulo do capital, em alguns segmentos, provocou um grande desequilíbrio social, exigindo do Estado a intervenção na economia. O Estado passou a ser ineficaz para atender à demanda social e, visto como ineficiente, assumiu novo viés, passando à sociedade o papel de estimular suas iniciativas na atividade econômica.

A deficiência da prestação de saúde pública impulsiona a sociedade a rever meios de proteger-se da insegurança da possível ausência de tratamento para as mazelas do corpo. Há, ainda, o contexto da formação de conceitos constitucionais relevantes, na construção do Estado Contemporâneo, e da abertura para que a economia e o direito caminhassem lado a lado. O implemento da regulação nos moldes das agências reguladoras, que com suas normas específicas efetivam a atividade privada, prestadora de um serviço de relevância trouxe ao Estado uma nova forma de controle.

Como resultado, a sociedade aderiu à atividade da saúde suplementar e, a partir disso, os primeiros contornos da realidade atual começaram a surgir. O Estado organiza-se para controlar os meios de existência de tal atividade, que passa a não atender adequadamente às necessidades impostas pelos seus usuários, sejam elas referentes ao valor a ser pago pelo serviço, sejam elas pela existência de uma limitação contratual de cobertura médica.

Diante dessa fragilidade, surge a necessidade do beneficiário recorrer ao

Poder Judiciário para ver atendido seu pedido que, em um primeiro momento, estabelece uma falsa ideia de justiça.

A regulação do Estado, na atividade econômica de prestação de serviços de saúde, pode ser auxiliada com a compreensão da afirmação do Estado Contemporâneo, a dicotomia do público e privado, do direito à saúde constitucionalmente previsto, a forma da regulação do Estado nesse direito e a atividade de plano de saúde no contexto atual.

Considerando-se que há uma infinidade de nuances ao tema proposto, o seguinte problema de pesquisa foi formulado: é viável a continuidade da atividade de prestação de saúde suplementar no Brasil, tendo em vista o alto custo de judicialização, que ultrapassa o equilíbrio econômico da atividade privada e o entendimento atual do judiciário, de que é dever da empresa privada prestar o atendimento ilimitado de saúde à população? Como possível solução ao problema apresentado, sugere-se que a atividade de saúde suplementar ganhou bastante relevância após a Constituição de 1988, possibilitando a exploração da atividade por empresas privadas. A relevância que detinha a atividade era restrita ao aumento do número de pessoas, que optavam por pagar um plano de saúde e, conseqüentemente, não utilizar o sistema público de saúde, o SUS.

O século XXI traz uma realidade trágica de que a saúde pública, no Brasil, não mais comporta a função à qual foi destinada, conferindo que empresas de saúde privadas assumam para si a prestação de saúde da população. No entanto, as empresas privadas de plano de saúde, tais como quaisquer outras empresas de atividade econômica, têm suas bases fixadas em contratos privados e todos os seus custos, decorrentes da própria atividade, hoje estão comprometidos com deveres extracontratuais e que colocam em risco de extinção a própria atividade, risco este sentido e experimentado por algumas empresas que possuem tal atividade.

A análise crítica partirá daquilo que está imposto pela realidade brasileira, na busca de identificar se as transformações sociais deram condições efetivas de se alcançar uma sociedade mais justa, proposta da Constituição Federal de 1988.

Nesse ponto, explica-se a importância do tema, uma vez que as transformações sociais brasileiras já contabilizam um enorme aumento de acesso das pessoas a possuírem planos de saúde, como garantia a vida mais digna; o acesso a

tratamentos de saúde antes inatingíveis; o acesso desta mesma população à Justiça, quando demandam a imposição de um dever, em relação a saúde, ainda que seja por uma atividade privada, e o controle do Estado na atividade econômica pelas agências reguladoras, mais especificamente a ANS.

O ponto que justifica o tema proposto, e que se adapta à linha de pesquisa optada, é voltar a atenção ao compromisso do Estado, frente à crise econômica atravessada na década de 1980, de sanar a crise pública de prestar serviços de qualidade ao cidadão. A Constituição Federal, de 1988, elaborada para ser democrática, possibilitou a atividade privada, a interferência na prestação de serviços fundamentais, como o da saúde e como essa possibilidade, mais de 20 anos depois, atende à população. Tal crise decorreu da clara falência da prestação de serviços públicos, e da impossibilidade material do Estado em manter o Estado do Bem Estar Social.

A atualidade do tema revela-se em tempos que o Poder Judiciário está sendo largamente utilizado para dirimir conflitos de ordem econômica, voltados à saúde e às empresas que prestam serviços de saúde complementar ao Estado, e que possuem atualmente em seus quadros de clientes grande parte da população brasileira.

O Estado não mais eficiente na prestação dos serviços que se propôs, possibilitou à iniciativa privada a exploração da atividade econômica. Dessa relação, verifica-se, na atualidade, que os conflitos são inevitáveis. Acredita-se que há uma evidente confusão dos limites da atuação de cada um dos envolvidos e, para esses limites, está voltada a pesquisa e direcionada para tentar alcançar respostas e soluções viáveis para a continuidade da atividade econômica, e para a atenção do Estado em cumprir seus deveres sociais.

Ainda, busca-se fomentar a discussão para a enorme dificuldade de atuação que resistem as empresas de plano de saúde, especificamente no que diz aos custos decorrentes das ações judiciais; refletir se esse tema pode trazer respostas que se compatibilizem com a estrutura atual da atividade de plano de saúde, principalmente pelo fato de que está o Estado interferindo, por meio do Poder Judiciário, na atividade econômica, nas relações privadas; e a depender de como o Estado percebe, explora e regula essa atuação serão os resultados concretos no desenvolvimento econômico da atividade no Brasil.

Para confirmar a hipóteses previamente descritas, adotou-se como objetivo

geral elucidar a importância da atividade de saúde suplementar no País, e se a atividade possui, na ordem jurídica vigente, o condão de assegurar o que a Constituição expressa como princípio fundamental, notadamente o da dignidade da pessoa humana, que decorre o direito à saúde.

Como objetivos específicos, determinou-se: a) delimitação da atuação do Estado na atividade econômica, referindo ao Estado Social e a transformação em Estado Contemporâneo; o Direito como repressor do Estado e a determinação dos Princípios Constitucionais da ordem econômica brasileira, como forma de limitação da atuação do Estado; b) quais os limites da atuação do Estado na economia; a relevância das agências reguladoras; c) explicitação doutrinária do significado do Direito fundamental à saúde; d) especificamente, como funciona a atividade econômica de plano de saúde, a judicialização dessa atividade e o custo público e privado da atividade, e as perspectiva de continuidade.

No que se refere à metodologia empregada, faz-se uso do método dedutivo, uma vez que se partirá da Constituição Federal e leis abrangentes do tema para, desse panorama, analisar a atividade de prestação de saúde suplementar como produto final deste trabalho.

Será utilizado o método de procedimento monográfico, ou seja, serão descritas as teorias a respeito do tema, bem como analisadas as legislações respectivas, verificando-se toda a sua trajetória até o momento da pesquisa.

As técnicas de pesquisa, constantes neste trabalho, serão uma análise bibliográfica, pesquisa aos processos administrativos da Agência Nacional de Saúde e aos processos judiciais, que visam o acesso à Justiça, ainda que privada. Para a pesquisa, o enfoque que se pretende dar é da doutrina nacional, já que a questão é tema atual da realidade econômica brasileira.

Para que os objetivos propostos pudessem ser alcançados, a dissertação está estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo, propõe-se a análise das teorias de transformação do Estado Absolutista em Estado Liberal, e posteriormente, na transformação no Estado Social e os principais fatores de transformação, como o surgimento dos sistemas econômicos, a filosofia iluminista da separação dos poderes, o surgimento do constitucionalismo do Estado Contemporâneo e a relação do Estado com o Direito atual. Inicialmente, apresenta-se de forma bastante resumida, como se deu a

transformação do Estado Absolutista em Estado Liberal, procurando demonstrar a relevância da formulação do contexto do Estado atual para a compreensão da função e limites da atuação da atividade econômica de prestação de serviço de saúde. Concluída essa etapa, adentra-se na forma de atuação do Estado atual, na economia, enfatizando a existência de formas de controle exercidas pelo Direito, como as dimensões dos direitos fundamentais assegurados pela doutrina, a concepção do mínimo existencial, da reserva do possível e a definição dos princípios constitucionais de ordem econômica, que fornece a conceituação jurídica dada pelo Estado a esta interferência. Por fim, delimita-se a função das agências reguladoras e a definição da agência reguladora específica desta atividade, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

No segundo capítulo, analisa-se primeiramente o direito fundamental à saúde no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, a previsão do mínimo existencial, a dicotomia do público e do privado na prestação de saúde. A relevância está na necessidade de compreensão da dimensão social, que possui o direito à saúde e da repercussão de tal assunto, aos deveres impostos ao Estado. Em seguida, passa-se a analisar especificamente a saúde suplementar no Brasil, delimitando sua estrutura, as principais características do serviço de saúde suplementar, a previsão da Lei nº 9.656/1998, lei específica que regulamenta a atuação da saúde suplementar, algumas considerações sobre os usuários de planos de saúde e por último, na descrição do capítulo, a relevância pública dos serviços de saúde, tudo com intuito de estabelecer uma conexão com a regulação do Estado na atividade de prestação de saúde privada.

No terceiro e último capítulo, descreve-se a atualidade da atividade econômica dos planos de saúde, as suas circunstâncias, os fatos e acontecimentos que levaram a atividade chocar-se com o fenômeno da judicialização. Descreve-se especificamente a judicialização da saúde suplementar, as principais razões que levaram os usuários cidadãos a recorrerem ao Poder Judiciário, aspectos relevantes do contrato de plano de saúde e sua inserção no mundo do direito do consumidor. Analisa-se a postura do Poder Judiciário frente a esse cenário, destacando-se as principais decisões e pareceres do órgão regulador, que mostram a face do Estado nessa atividade.

Por fim, identifica-se o equilíbrio econômico-financeiro desta atividade e como ocorre o impacto das decisões judiciais analisadas. Através dessa análise, poderá ser identificada a existência de perspectiva de sustentabilidade da atividade.

## 2 O DIREITO, A ATIVIDADE ECONÔMICA E A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

### 2.1 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL EM ESTADO SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pretende-se estabelecer os parâmetros que asseguram a concretização constitucional atual no Brasil e, para tanto, será trazido ao presente estudo os contextos revolucionários relevantes.

O século XV foi marcado, na Europa, pelo protecionismo ao mercado interno e a busca por uma balança comercial favorável. Era a época das grandes explorações e conquistas de colônias nos outros continentes. Sabe-se do enorme fortalecimento econômico dos Estados pelos bens trazidos das colônias, o que lhes trouxe poder absoluto na figura do Rei. A história chamou esse período econômico de Mercantilismo<sup>1</sup> e de Absolutismo, a forma de organização política.

O Estado Absolutista foi marcado pela ilimitada forma de atuação de uma única figura expressiva, o Rei. Era o monarca que ditava as regras ao seu dispor, com a concentração dos poderes estatais em suas mãos.

O século XVIII inaugurou o conceito do liberalismo econômico e a mitigação da figura do Rei, o soberano absoluto. A revolução liberal potencializa o conceito capitalista da livre iniciativa dos indivíduos frente ao Estado, e a liberdade é exaltada ao máximo. O capitalismo se firmou nos países europeus. O Estado de Direito surgiu, então, para submeter o Rei às leis, e tais ideias foram evoluindo através de séculos.

O mesmo marco histórico - o século XVIII - também trouxe a Revolução Industrial, e a evolução gradativa de um processo de transformação. Tal transformação teve início em 1760, espalhando-se por toda a Europa Continental, e marcou o surgimento de uma nova forma de mercado e funcionamento da economia - o liberalismo econômico.

No contexto teórico econômico da época, as ideias liberais de Adam Smith,

---

<sup>1</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 253.

influenciadas pelo legado iluminista, marcavam a necessidade do mercado ser constituído e desenvolvido em regime de liberdade, se dando o funcionamento da economia por meio de leis naturais, trazendo a viabilidade do mecanismo da autorregulação do mercado, que foi denominada “mão invisível”. O próprio mercado corrigiria eventuais desequilíbrios, retirando do Estado qualquer necessidade de interferência.

Sob o ponto de vista jurídico filosófico, o ponto culminante do período, foi a Revolução Francesa, que trouxe a universalização do princípio político. Como ensina Paulo Bonavides:

Não foram unicamente quebrantadas as instituições feudais e as hierarquias que sacralizavam a tradição e o passado, senão que se construiu ou se tentou construir, sobre esferas ideais, para um aporfiar de libertação, menos a *polis* deste ou daquele povo, mas a de todo gênero humano; *polis* cujos alicerces, posto que ainda abstratos, não foram outros senão a liberdade, a igualdade e a fraternidade <sup>2</sup>.

Cita-se no mundo, como instrumento dessa intensa revolução, a Magna Carta dos ingleses, as Cartas Coloniais, o Pacto Federativo da Filadélfia, nos Estados Unidos, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dos franceses, que marca o ponto principal intencionado, qual seja, o governo livre não era mais prerrogativa de uma raça ou etnia e sim, fazia parte de cada ser humano, “o homem-cidadão sucedia o homem súdito”<sup>3</sup>.

Inaugura-se então, a Idade Moderna. As antigas monarquias do Absolutismo baseavam seu poder na ideia de soberania, antagônica à ideia que se propunha:

Se as relações de força comandam as modificações sofridas pelas sociedades ocidentais a partir da idade média, o fortalecimento do poder central do monarca e o início da centralização administrativa necessitaram de um discurso que instrumentalizasse este processo, e ao mesmo tempo o legitimasse. (...) Estamos nos referindo ao discurso da soberania, um dos pilares da construção jurídica do Estado Moderno, e, ao mesmo tempo, da construção política do universo que chamamos direito.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> CLÈVE, Clèmerson Marlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

Foi a Idade Moderna que opôs a história entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, e daí nasceu a primeira noção de Estado de Direito. O ciclo de evolução filosófica, para Paulo Bonavides, se completa com a filosofia política de Kant:

O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se, com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado. Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social.<sup>5</sup>

O Estado é uma forma institucional de organização do poder que, através da história, foi reformulado e desenvolveu papéis diferenciados em relação à sua atuação junto à sociedade <sup>6</sup>.

Esse é o momento do nascimento do constitucionalismo moderno e a célebre e relevante construção da teoria da separação dos poderes. Essas ideias foram sintetizadas principalmente por Jean Jacques Rousseau<sup>7</sup> e Montesquieu.

Precisava-se sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna. (...) A uma soberania antepõe-se a soberania parcelada ou pluralizada dos poderes que se dividem.<sup>8</sup>

A teoria da separação dos poderes, elaborada pelo Iluminismo nos séculos XVII e XVIII, possui grande relevância, uma vez que são maneiras de limitação do poder do Estado. Como já mencionado, o Estado Moderno concentrava no poder absoluto do rei e na soberania:

Soberania, um dos pilares da construção jurídica do Estado Moderno, e, ao mesmo tempo, da construção política do universo que hoje chamamos direito. (...) A soberania é a corporificação discursiva dos fundamentos legitimadores dos direitos do príncipe, e dos deveres de obediência dos súditos. Trata-se da legitimação de uma relação assimétrica de poder que estabelece uma

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 41.

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Marlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

<sup>7</sup> Rousseau (1712 – 1778) elaborou doutrinariamente o Contratualismo, conferindo-lhe uma visão igualitária que permitiu a realização do princípio democrático. Para Rousseau, a condição que viabiliza o contrato social é o compartilhamento de interesses semelhantes que legitimam o exercício do poder político, prevalecendo, portanto, a vontade geral e a ética comunitária.

<sup>8</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 66.

dominação centrada no binômio dever-obediência.<sup>9</sup>

Nota-se o caráter de dominação e de dever de obediência que, aliados ao poder econômico da burguesia, e ao arbítrio do Absolutismo, foram cenário e justificativa para a redefinição do modelo do Estado.

Os iluministas teóricos clássicos elaboraram a ideia de que a soberania deveria advir do povo e não de um Rei, limitando consideravelmente o poder do Estado. Nesse contexto, a obra de Montesquieu - *Do espírito das leis* (1748) -, capítulo VI, livro XI, sintetiza a separação dos poderes.

O objeto de sua obra<sup>10</sup> propunha a divisão das funções do Estado, distribuída em órgãos e agentes distintos, e alertava para o perigo maior que tinha de ser evitado, que era concentração desses poderes nas mãos de um agente.

Defendia a tese de que o povo deveria se autogovernar e que a representação do povo deveria ser feita por pessoas eleitas para tanto. “Havia um grande vício na maioria das repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz”. Afirmou textualmente que o povo “só deve participar do governo para escolher seus representantes o que está bem a seu alcance.”<sup>11</sup>

Clèmerson Clève<sup>12</sup> aponta que Montesquieu não pretendia a ascensão da burguesia ao poder, mas um governo moderado em relação a soberania do rei. No entanto, a teoria foi utilizada para se firmar a revolução burguesa do século XVIII.

Outros filósofos abordaram a mesma tese, como John Locke<sup>13</sup> e Immanuel Kant<sup>14</sup>, onde defendiam essa limitação do poder do Estado, dividida em poderes independentes.

Paulo Bonavides, no entanto, defende arduamente a tese de que tal teoria não deveria ser um dogma, e salienta a impossibilidade de aplicabilidade na atual concepção constitucional. Sobre a teoria da separação dos poderes, menciona:

A separação dos poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e

<sup>9</sup> CLÈVE, Clèmerson Marlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 163.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, op.cit., p. 171.

<sup>12</sup> CLÈVE, op.cit., p. 28.

<sup>13</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo. Desde que o constitucionalismo entrou a envolver no sentido do enriquecimento do seu conteúdo, para deixar de ser forma a se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de intervir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico.<sup>15</sup>

A ideia de separação dos poderes, para juristas como Paulo Bonavides e Clèmerson Clève, é um mito utilizado e difundido pela técnica de contenção de poder, e que o desenvolvimento econômico e social coloca a teoria nos moldes como idealizada, como ultrapassada.

Apesar das críticas, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da separação dos poderes, no art. 2º, e no art. 60, § 4º, III<sup>16</sup>, porém demandando, segundo crítica da doutrina, uma reinterpretação de acordo com a realidade histórica atual.

A época de investida contra as velhas instituições era propícia para a reconstrução da realidade social e a Carta de Direitos Fundamentais reconstituiu a autoridade em novas bases. A divisão dos poderes expunha o princípio básico da indivisibilidade da soberania, e serviu para proteção da liberdade e do constitucionalismo moderno.

O exercício dessas liberdades, exaltadas pela igualdade formal, bem como pela propriedade privada, culminou por fundamentar ideias e práticas sociais de exploração do homem pelo homem. O homem alcançava o ideal de liberdade em face do Estado, mas essa garantia foi reduzida somente ao aspecto formal.

A burguesia, classe dominante após a Revolução Francesa, quando toma o controle político da sociedade não se interessa em manter na prática os princípios filosóficos de sua revolta social, qual seja, a igualdade entre todos os homens, e sim sustenta uma ideologia de classe e exploração.

O liberalismo é colocado em xeque com o surgimento de ideais socialistas,

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, op.cit.,p. 65.

<sup>16</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 60. (...) §4º - Não sera objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes.

comunistas e anarquistas que incitam a luta por direitos coletivos e sociais, e animam movimentos de massa. “Diversas transformações, à medida que conectaram com outros movimentos ou reformaram seu quadro institucional para se ajustar a novas exigências sociais”<sup>17</sup>.

Trata-se dos séculos XIX e XX, do surgimento do capitalismo monopolista, Primeira Guerra Mundial e do desenvolvimento de movimentos democráticos.

Para o Direito, a fase é de um novo constitucionalismo, desta feita denominado social. Trata-se do Estado Social de Direito.

A nova demanda social, trazida com a insatisfação frente ao Estado Liberal, determinou a necessidade de reler e criar direitos coletivos e sociais, além daqueles direitos individuais já existentes.

A liberdade frente àquele Estado anterior, “agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação”<sup>18</sup>.

O Direito vivencia, com essa materialização de direitos sociais, uma ampliação de sua seara de atuação, para atender aos novos fins econômicos a ele proposto, de reduzir a distância entre as classes sociais determinadas. O Estado passa a ter a função de garantidor de serviços.

Cita-se a diferença entre o Estado social e o Estado socialista que muitas vezes é confundido, direcionando a análise para pontos equivocados.

O Estado Social é o resultado da transformação de que passou o Estado liberal, aderido estruturalmente ao capitalismo, sob diferentes sistemas de organizações públicas, mas mantendo os postulados econômicos. Como bem difere Paulo Bonavides:

A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados sociais”. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente, e o Brasil, desde a Revolução de 1930. Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o

---

<sup>17</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de Derecho Político. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 55.

<sup>18</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 480, mai., 1999.

fascismo e o nacional-socialismo.<sup>19</sup>

E o Estado socialista não possui como base econômica o capitalismo, utilizando do sistema político marxista. Já o Estado social mantém o poder econômico da burguesia de outrora, e o sistema de classes, hoje atenuados.

Quando o Estado aceita essa mitigação do poder da burguesia do antigo Estado liberal, e o controle burguês se enfraquece, surge um novo Estado mitigador de conflitos sociais, aquele que irá buscar superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. Essa é a noção do Estado Social.

No ponto de vista econômico, esse Estado social mitigador de conflitos sociais é resultado de que todas as profecias liberais não se confirmaram e a autorregulação característica não foi capaz de evitar concentrações de poder, como os grandes monopólios que limitavam as liberdades individuais.

Há de considerar também a ausência dos benefícios sociais e de igualdade dos cidadãos pretendidas. Dalmo de Abreu Dallari analisa esta situação com enorme clareza:

A concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre. Na verdade, sob o pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da sociedade.<sup>20</sup>

O surgimento da nova estrutura do Estado que objetivava atender às necessidades do período histórico foi denominada de “Estado de Bem Estar Social” que consistia numa política social na qual o Estado era o responsável para atender as demandas da população, regulando serviços, bem como fornecendo à sociedade esses mesmos serviços, como forma de garantir melhor qualidade de vida.

A partir da década de 50 do século XX, nos Estados Unidos da América e, por volta da década de 80, no Reino Unido, surgia também, outra teoria de organização

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 184.

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278.

de Estado, que se denominava de “Estado Neoliberal”, que tinha como pressuposto primordial, que o Estado não deveria fornecer as funções básicas, mas, apenas, regular estas funções, cabendo às empresas privadas a responsabilidade pela realização desses serviços essenciais, de modo a prover a sociedade, dentro da regulação estabelecida pelo Estado.

Afirma Heleno Taveira Torres na obra *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*<sup>21</sup> que consolidado o Estado de Direito, consolida-se o “Estado Constitucional”, especialmente com os avanços da doutrina da Constituição material. Como decorrência do êxito do “Estado Social”, constata-se o surgimento do “Estado Democrático” e do Estado Constitucional de Direito.

### 2.1.1 Constitucionalismo e o Estado Contemporâneo

A liberdade individual pretendida pelo Estado Social não foi alcançada com êxito. O Estado Democrático de Direito foi uma tentativa de se propiciar maior participação social e legitimação do Estado, através da submissão ao direito, buscando justiça material e não apenas a lei formal.<sup>22</sup>

Inaugura-se o conceito de Constitucionalismo, que justifica a vertente desta pesquisa, isto é, o viés constitucional associado ao tema da atividade econômica e seu controle pelo Estado.

O termo Constitucionalismo é de uso recente, de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Seu significado segundo Luís Roberto Barroso é:

Em essência, limitação de poder e supremacia da lei (Estado de direito). O nome sugere de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. São Paulo. Editora RT. 2011. p.131, 175, 176.

<sup>22</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.26.

As primeiras constituições escritas foram compostas por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais frente ao Estado. O conceito de democracia viria a aparecer no século XX, e a construção do Estado constitucional democrático, ao longo desse século, atravessou severas discussões sobre a sua legalidade.

A transformação do estado absoluto em estado de direito acontece juntamente com a transformação do súdito em cidadão, é dizer, em sujeito titular de direitos já não apenas ‘naturais’ mas ‘constitucionais’ em face do estado, que a eles vinculado. O chamado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, deixa de ser uma hipótese filosófico-política para converter-se em um conjunto de normas positivas que obrigam entre si ao estado e ao cidadão, fazendo deles sujeitos com soberania reciprocamente limitada.<sup>24</sup>

Um marco fundamental para o constitucionalismo mundial, e para que o termo assegura, é o caso pós-Primeira Guerra Mundial, na Alemanha. A Constituição de Weimar, de 1919, foi elaborada no contexto mencionado anteriormente, qual seja, da reivindicação pelos direitos sociais mitigados pelo liberalismo, e tornou-se um dos documentos mais influentes da história, apesar de nunca ter sido efetivada de fato.

A mencionada Constituição procurou conciliar tendências políticas diversas, organizar o Estado alemão entre os poderes e estabelecer direitos fundamentais “do qual constavam tanto direitos individuais, de origem liberal, quanto direitos sociais, aí incluídos a proteção do trabalhador e o direito a educação.”<sup>25</sup>

O termo do constitucionalismo se estabeleceu e embasou a construção do Estado constitucional contemporâneo, ressaltando sempre dois conceitos: o Estado de Direito e a democracia.

O Estado de Direito, através da ordem legal vigente, obriga os órgãos do poder e as pessoas, apesar da discussão em torno de sua legitimidade e justiça.

A democracia inclui a ideia de respeito aos direitos individuais, como a liberdade de expressão, de associação de locomoção, e sobre o aspecto material do termo, “dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos”.<sup>26</sup>

Quando se fala em democracia, em seu sentido material, é que justifica o

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2000, pp.856 e 860.

<sup>25</sup> BARROSO, op.cit., p.56.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 63.

Estado constitucional de direito. Significa mais que o governo da maioria, o que inclui todos os grupos, inclusive os de menor expressão política. Para que o Estado aplique essa democracia, impõem-se ao mesmo não apenas a atenção aos direitos individuais, mas a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, buscando a igualdade, a vida e a liberdade.

O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda debate as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Para Luis Roberto Barroso, o marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma.

O primeiro foi o estabelecimento da força normativa às disposições constitucionais. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. E a terceira se verificou na hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional<sup>27</sup>.

O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, retirando deste local, o Código Civil.

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.<sup>28</sup>

A partir de 1988 a Constituição passou a ter supremacia material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios e não só a supremacia formal que tinha. A Constituição transformou-se no ponto de partida através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

A constitucionalização do Direito gera efeitos relevantes sobre todos os ramos jurídico e a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas passou a ser um tema de crescente interesse e análise da doutrina.

---

<sup>27</sup> BARROSO, op.cit.,26.

<sup>28</sup> PERLINGIERO, Pietro. **Perfis do direito civil**. 1997. p. 6.

Tendo em vista o fenômeno da constitucionalização, tem-se que o contexto do constitucionalismo democrático funda-se na dignidade da pessoa humana.

Para evitar o mal uso do tema, determina-se a natureza jurídica e o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de um valor fundamental e os valores, para o Direito, assumem a forma de princípios. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

A finalidade do Estado em buscar a efetividade dos direitos fundamentais, em especial o valor da dignidade da pessoa humana, e a conciliação entre a soberania popular e direitos fundamentais é o pano de fundo que orienta o estudo do direito constitucional no Brasil.

## 2.2 O DIREITO E O ESTADO INTERVENTOR CAPITALISTA

A vida econômica, baseada no capitalismo, deveria estar livre de qualquer intervenção do Estado. Há o consentimento de que “a liberdade de comércio e de indústria consagrava o princípio da não-intervenção do Estado, no funcionamento normal do mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia<sup>29</sup>”.

Porém, a metade do século XIX trouxe a Revolução Industrial, que concentra a força do capitalismo em um novo conceito, a maximização dos lucros. Havia o que Karl Paul Polanyi descreveu<sup>30</sup> como “contramovimento”. Esse contramovimento era vital para a proteção do capitalismo, mas incompatível com a autorregulação, com o próprio sistema.

O sistema se desenvolveu aos saltos com a criação do dinheiro bancário, até ocupar todos os lugares do planeta. Tudo era puramente material.

Para o mercado, a produção é a interação do homem e da natureza, e o homem, sob o nome de mão de obra e a natureza sob o nome de terra, foram colocados

---

<sup>29</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59.

<sup>30</sup> POLANYI, Karl Paul. **A Grande Transformação**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

à venda. A ficção de que o trabalho e a terra eram produzidos para a venda conservou a solidez do mercado.

Enquanto a produção pudesse ser organizada dessa forma, deixar o destino do solo e das pessoas por conta do mercado seria o mesmo que aniquilá-los. O contramovimento se propunha a enfrentar a ação do mercado em relação aos fatores de produção – trabalho e terra. Foi essa a função do intervencionismo.

Havia legislação para proteger o homem, e leis para terra e tarifas agrárias para proteger os recursos naturais e cultura do campo do próprio sistema, mas não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos dos mercados autorreguladores, mas a própria organização da produção capitalista<sup>31</sup>.

O desenvolvimento econômico e o processo de industrialização observado ao longo do século XX, deu lugar ao aparecimento de setores que reclamavam melhores condições de vida.

O Estado moderno nasceu com o compromisso de atuar no campo econômico, de modo a garantindo limites às instituições básicas da propriedade e da liberdade contratual.

O texto Constitucional adotou o regime do Capitalismo, consagrado no Estado Democrático de Direito enumerado no Título I, artigo 1º aprimorando a melhoria das condições sociais da população.

Menciona Gerard Farjat que a ação destruidora do novo modelo capitalista e poder econômico privado, exigiu a intervenção do Estado para garantir a própria liberdade do mercado:

A concentração capitalista é o fenômeno decisivo do direito econômico. É ela que está na origem de todas as grandes mutações das sociedades industriais: a intervenção do Estado (...) é uma consequência da concentração.<sup>32</sup>

Após a Revolução Industrial e a mudança de paradigma, outra grande mudança ocorreu no pós-grandes guerras do Século XX, quando o endividamento dos Estados e a situação a que eram submetidos os trabalhadores e o surgimento da questão social colocaram o capitalismo em crise. O Estado então, contrariamente à concepção

---

<sup>31</sup> POLANYI, op.cit.

<sup>32</sup> FARJAT, 1982 *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit.

original liberal, passa a atuar para salvar a liberdade de iniciativa.<sup>33</sup>

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidade individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.<sup>34</sup>

Importantes marcos constitucionais inovaram da normatização da atuação do Estado na economia pós transformações, como a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, acima citada.

A Constituição do México, no art. 27, menciona que “a Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público (...)”, e a Constituição de Weimar, no art. 153: “a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social”, condicionou o exercício da propriedade privada ao critério do Estado, e limitou o verdadeiro combate ao regime de monopólios e à concentração econômica.<sup>35</sup>

Estabelece-se então, a tendência de intervenção Estatal na economia, com a centralização das decisões econômicas. Esta intervenção deixa de ser uma circunstância excepcional para tornar-se um elemento fundamental do Estado.

No Brasil, a situação era outra. As Constituições de 1824, e de 1891, esculpiram o princípio básico do capitalismo, o princípio da propriedade individual de bens de produção. O Estado tinha sua função primordial de garantidor da liberdade de mercado. A influência das constituições mexicana, e de Weimar, só seriam sentidas algumas décadas depois.

Os ordenamentos jurídicos do mundo abordaram o tema economia e sua forma de aplicação na sociedade. O Brasil, seguindo os ditames internacionais, cuidou de sua ideologia econômica também no âmbito constitucional.

---

<sup>33</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit., p. 186

<sup>34</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 186.

<sup>35</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit.

A primeira Constituição brasileira a abordar o tema foi a Constituição de 1934, que no primeiro artigo, descreve a Ordem Econômica e Social e contempla os princípios liberais: “Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

A Constituição de 1934 fez a expressa previsão da criação da Justiça do Trabalho em seu Artigo 122 com o objetivo de “dirimir questões entre empregados e empregadores”.

Porém, seguindo a tendência internacional das ditaduras, surgiu no Brasil a Ação Integralista Brasileira (AIB) que pregava a criação de um Estado integral, isto é, de uma ditadura nacionalista, de partido único. Seus representantes eram radicais defensores da propriedade privada, pregando a luta contra o avanço comunista.

Em clara oposição, constituiu-se uma aliança de esquerda, a Aliança Nacional Liberal (ANL), declarada ilegal com base na Lei de Segurança Nacional.

Em 1937, teve início a campanha eleitoral para a sucessão do presidente e através de um golpe militar, dá-se início ao Estado Novo, período ditatorial brasileiro.

A nova Constituição foi outorgada imediatamente após o golpe e o poder político concentrava-se completamente nas mãos do presidente da República.

A Constituição de 1937 possui caráter liberal, pelo valor reservado à livre iniciativa. O trabalho aqui é dever social do cidadão e somente este pode levar ao desenvolvimento nacional. A Constituição fez a previsão da possibilidade de intervenção do Estado na economia, para cobrir os aspectos “impossíveis” de serem tratados pelo setor privado.

Nessa Constituição, há menção aos chamados “crimes contra a economia popular” que abrangem entre outros, o oligopólio<sup>36</sup>, monopólio<sup>37</sup> que eram punidos como práticas criminosas contra a economia do Estado, mas não há, de fato, intervenção direta.

Já a Constituição de 1946 remete seus dispositivos a ideia de liberdade: “todo poder emana do povo e em nome dele será exercido”. É a disposição do Artigo 1º.

---

<sup>36</sup> mercado conduzido por poucos – formação de cartéis ou grupos de empresa que se unem para dominar mercado relevante de produtos ou serviços

<sup>37</sup> Quando apenas uma empresa ou uma pessoa vende determinado produto. Neste caso existe a plenitude do poder econômico, pois pode dominar o mercado, quanto às condições de preço e quantidade. O lucro será determinado pelas condições de mercado e não pela necessidade de produção.

Novamente há a disposição da função social da propriedade e a intervenção estatal na economia, além do fato já apresentado pela Constituição de 1934 da possibilidade de o Estado monopolizar alguma atividade ou ramo da economia, quando fosse necessário<sup>38</sup>.

A Constituição de 1967, e a alteração da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previa um amplo intervencionismo. O art. 163 faculta a intervenção do domínio econômico, e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. Concluiu Manoel Gonçalves Ferreira Filho.<sup>39</sup>

Significa ter acolhido, pelo menos em parte, a argumentação da doutrina social da Igreja e do socialismo não-marxista, no sentido de que certas atividades ou explorações não podem ser deixadas em mãos dos particulares sem graves prejuízos para o bem comum.

Tal Constituição trazia expressa que a ordem econômica deveria realizar justiça social. A conclusão de Alvacir Nicz<sup>40</sup> e de que “torna patente não só o realce ao desenvolvimento, mas principalmente ao desenvolvimento econômico que se sobreleva ao político e social”.

A Constituição Brasileira, de 1988, pretendeu uma profunda transformação na concepção intervencionista da economia, em um regime mais brando “reiterando a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada, baseada, pois, no mercado e na impossibilidade de franquear-se a atuação econômica direta do Estado em qualquer segmento, baseada exclusivamente na vontade estatal ou legal”.<sup>41</sup>

A análise doutrinária é de que a Constituição de 1988 foi expressa, ao distribuir competências para regular o ciclo econômico. O Estado passaria a atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica.

O posicionamento econômico da Constituição, segundo André Ramos

---

<sup>38</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 130.

<sup>39</sup> TAVARES, Andre Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011, p. 117.

<sup>40</sup> NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa da Constituição**. São Paulo: RT, 1981.

<sup>41</sup> TAVARES, op.cit., p. 118.

Tavares, é capitalista, pois há o reconhecimento da legitimidade da apropriação privada dos meios de produção e de seu produto, bem como a livre iniciativa privada. Pinto Ferreira retrata a situação “o princípio genérico é o da liberdade de iniciativa, superado em alguns pontos pela intervenção do Estado, conforme art. 173 (...) O Estado aparece como agente normativo e também regulador da economia...”<sup>42</sup>

Acima cita-se o pensamento de Gerard Farjat, e volta-se ao autor com maior ênfase, para trazer ao trabalho a ideia que sua obra consagrou momentos de mudanças ideológicas no mundo, e seus reflexos na economia, dedicando-se ao estudo do intervencionismo do Estado. Para o autor, “a ordem pública econômica se caracteriza por medidas de organização da economia (...) e reflete justamente a forma com que o Estado passa a intervir a partir de princípios do século XX.”<sup>43</sup>

### 2.2.1 O direito como repressor do poder Estatal econômico

O Estado é uma dimensão essencial do capitalismo, pois configura o poder organizado de uma classe e a estrutura de um sistema.<sup>44</sup> O Estado e a sociedade não são politicamente distintos e, portanto, não é público nem privado, visto ser a própria condição para a propriedade. Entre todas as condições de formação do Estado, destaca-se o Direito como repressor e legitimador do poder estatal.

O comando, pelo Estado, da atividade econômica, e não um mero regulador, é a tese defendida por André Ramos Tavares. Para o autor, “o mercado livre é considerado como a origem da desigualdade”,<sup>45</sup> e por essa razão há de existir um comando.

No Estado capitalista, o Direito está estruturado para garantir as condições essenciais para o modo de produção capitalista, e não é elemento exclusivo do Estado, mas adequa-se ao modo de produção, isso também no decorrer de toda história.<sup>46</sup> A Lei

---

<sup>42</sup> FERREIRA, Luis Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 499.

<sup>43</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit. p. 317.

<sup>44</sup> ALTHUSSER, op.cit., p. 69.

<sup>45</sup> TAVARES, op.cit., p. 41.

<sup>46</sup> O Direito Romano sofreu profundas mudanças conforme a organização da sociedade romana, sendo marcante a forma como se apresentava no período da Realeza, da República e do Império. No período da Realeza, os romanos tinham uma forma de organização aparentemente liberal, na qual os reis eram eleitos. Durante o período romano clássico da República, o Direito prima pela clareza e simplicidade. Os institutos jurídicos são construídos como formas isoladas evitando as abstrações. O deslocamento da fonte do direito para a lei, acompanha a transição do poder da República, exercido como

tornou-se ao longo da história, a forma de exercício de poder.

A função judicial não é estática e se altera conforme as necessidades do contexto histórico em que pertencem e interage com os outros poderes.

De acordo com o que se entende por Estado Democrático de Direito, o Estado deve ser um conjunto de órgãos e entidades públicas a serviço de políticas econômicas adotadas para a implementação dos direitos fundamentais, de acordo com o que prevê a Constituição Federal, de 1988.

A doutrina elenca que a atuação do Estado no domínio econômico pode se dar de diversas formas<sup>47</sup>, sempre com a finalidade de implementar a política econômica juridicamente adotada.

Com a Constituição de 1988, a atuação direta do Estado passa a ser exceção, dispondo o *caput*, do art. 173, da Constituição que "(...) a exploração direta de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

A atuação indireta do Estado na economia pode se dar pela normatização, ou pela regulação da economia<sup>48</sup>. A normatização apresenta-se como a produção de normas de transformação da economia, com o objetivo de instrumentalizar a realização das políticas econômicas adotadas pela Constituição. Já a regulação pode se dar por meio de fiscalização, incentivo e planejamento, do Estado no domínio econômico. São conceitos a serem explorados em estudo mais detalhado.

A Constituição de 1988 se implementa do regime hoje experimentado, de que o Estado se afasta da atividade econômica empresarial e se firma como normatizador e regulador da atividade econômica.

Nos vinte anos que sucederam a promulgação da Constituição de 1988, é oportuno fazer algumas reflexões no âmbito do Direito econômico. Enquanto uns caracterizaram-na pelo seu caráter liberal, limitando o Estado a

---

resultante das tensões entre a aristocracia e o povo, para o Império, onde a aristocracia é substituída pelo imperador.

Posteriormente, com a proliferação da fé cristã nos reinos visigodos, o trono passou a ser legitimado pela fé divina e a vontade do monarca expressa através das leis. O legitimador do poder passou a ser a fé e a lei permaneceu como emanção do poder. O Direito assumia um caráter inegavelmente dogmático, em forma de lei, instituindo-se assim, em face da proliferação legal, o que é possível chamar de legalismo dogmático. Fonte: SURGIK, Aloísio. **Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático**. Curitiba: Livro é cultura, 2003, p. 11, 52, 77.

<sup>47</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit, p. 207.

<sup>48</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit., p. 207.

ações quase que exclusivamente políticas, outros salientaram seu cunho mais programático.

"Que a nossa constituição de 1988 é uma constituição dirigente, isto é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela conferem o caráter de *plano global normativo*, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica"<sup>49</sup>.

Durante os vinte anos que se passaram até a crise de 2008, muitas foram as tentativas de inovação, para se desprender das tradições constitucionais anteriores. À parte do tratamento dado à moeda, a Constituição Federal de 1988 procurou dar uma feição mais moderna à economia, tanto por meio do tema financeiro, quanto econômico. Figuram na nossa carta abordagens sobre a moeda, as emissões e o sistema financeiro, primeiro no capítulo das Finanças Públicas, no título da Tributação e do Orçamento, e sobre sua organização, funcionamento e atribuições, no capítulo do próprio Sistema Financeiro Nacional, no título dedicado à Ordem Econômica, capítulo sobre a organização e o funcionamento dos mercados.

Além disso a jurisprudência do STF moldou as decisões das cortes no que tange a ordem econômica.

A grave crise de 2008, nos Estados Unidos esbarrou em todo o planeta, e abalou a confiança na construção do novo capitalismo social, o chamado neoliberalismo. Iniciou-se, então, o fenômeno de mudança social e econômica, que segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca “pode ser brusco ou leve, e que exige dos atores humanos uma reflexão, uma análise, uma decisão de uma ação. Pode-se assim dizer que a crise é em si mesma um fenômeno altamente produtivo, altamente criativo”<sup>50</sup>

O sistema capitalista e a globalização foram questionados levando cientistas a tecerem estudos humanistas sobre o tema, e uma das conclusões alcançadas é de que a economia de mercado deveria ser:

mais sólida, mais humana, mais carente de eliminar desigualdades sociais. Não será necessário mudar o Capítulo VII da Constituição Federal de 1988. Será importante, isto sim, reforçar e dar maior transparência à sua aplicação. Deve-se procurar solidificar o conceito e a prática de uma economia de mercado, em que todos tenham participação efetiva. Deve-se por outro lado,

---

<sup>49</sup> GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. p. 199

<sup>50</sup> Ibid., p. 300.

tornar mais pujante e transparente a atuação reguladora do Estado.<sup>51</sup>

Frente a essas significativas transformações, está a de que o Estado afastou-se da execução da atividade econômica e, como reflexo inevitável, criou-se e proliferou-se a produção de normas regulatórias. Mais uma vez o Direito protege os interesses do capital e não expõe o mercado a essas mudanças evidentes.

### 2.3 ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

O Supremo Tribunal Federal - quando tratou da intervenção do Estado na ordem econômica - manifestou-se no sentido de que sejam realizados os fundamentos elencados no art. 1º e os fins do art. 3º, da Constituição Federal de 1988, sendo necessário que o Estado atue sobre o domínio econômico, sendo essa intervenção não só adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista.<sup>52</sup>

Independentemente da compreensão dos pensamentos político-filosóficos de diferentes ordens que o estudo da Teoria Geral do Estado propicia, fato é que o Estado sempre atuou na sociedade e na economia, com intensidade, de acordo com o contexto histórico. É possível conceituar o estado enquanto poder político,

ou seja, estrutura organizacional e política que emerge da progressiva complexificação da sociedade e que garante a existência dos contratos e da propriedade, portanto, do próprio capitalismo.<sup>53</sup>

O capitalismo teve êxito no que se propôs, mas não pode ser considerado um meio de assegurar a democracia e guardar princípios.

O capitalismo é muito bem sucedido na geração de riqueza, mas não podemos contar com ele para assegurar liberdade, democracia e respeito à lei. Os negócios são motivados pelo lucro; não foram criados para resguardar princípios universais. A maior parte dos homens de negócios é composta por cidadãos honrados; isso não muda, porém, o fato de que as empresas visam ao ganho privado, não ao benefício público.

<sup>51</sup> Ibid., p. 312.

<sup>52</sup> ADI 1950/SP, rel. Min. Eros Grau, 03/11/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 02/02/2013.

<sup>53</sup> PECCI, Alketa; CAVALCANTI Bianor Scelza. A outra face da Regulação. O cidadão usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 03, p. 09-31, p. 10.

Se damos valor a princípios universais como liberdade, a democracia e o respeito à lei, não podemos deixá-los aos cuidados das forças do mercado; é preciso estabelecer outras instituições que os protejam.<sup>54</sup>

Para Calixto Salomão Filho, esse processo deve ter a propulsão do Estado no processo de desenvolvimento apto a resolver ou minimizar os problemas estruturais dessas economias e, ao mesmo tempo, difundir o conhecimento econômico, razão pela qual busca a aproximação entre as esferas pública e privada, orientada pelos princípios da ordem econômica.<sup>55</sup>

Para o autor, o Direito Administrativo não está apto para essa transformação proposta, qual seja, de transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento. “A concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas”.<sup>56</sup>

Outros autores mencionam a necessidade da regulação estatal, salientando que é preciso desenvolver processos que falem a linguagem do mercado e que promovam também a responsabilidade social.

A intervenção na economia, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>57</sup> é a forma pela qual o Estado interfere nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas para a realização dos valores principiológicos adotados pela ordem econômica na Constituição.

### **2.3.1 As dimensões dos direitos fundamentais como forma de controle da intervenção do Estado na economia**

Verifica-se, até esse momento da pesquisa, que o Estado liberal tratou de assegurar e positivar os direitos fundamentais, que após a transformação do Estado liberal em Estado social, passou a possuir uma vertente coletiva e social. Verifica-se, com a perspectiva histórica, que o cuidado frente aos direitos fundamentais tratava

---

<sup>54</sup> SOROS, George. **A crise do capitalismo global**. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 11.

<sup>55</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.689.

sempre de assegurar a limitação do poder do Estado.

A doutrina de evolução dos direitos fundamentais sugere três fases determinadas. A primeira fase compreende: a pré-modernidade estatal, antiguidade e feudalismo, e pela tradição jusnaturalista e suas teses de liberdade e individualidade do homem, bem como que são iguais em dignidade. Na Idade Média tem-se que “os postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício”.<sup>58</sup>

Celso Ribeiro Bastos, discorrendo sobre o marco da Declaração Universal dos Direitos do Homem, exemplifica os direitos de primeira dimensão:

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade.<sup>59</sup>

A segunda dimensão dos direitos fundamentais tem origem e referência na participação direta do Estado na ascensão social do cidadão. Exemplos disso são a Constituição Mexicana, de 1917, e, em especial, a da República de Weimar, na Alemanha, em 1919. Essas constituições incorporaram os direitos sociais, trabalhistas, culturais e econômicos na oferta dos direitos fundamentais.

Da mesma forma que o liberalismo firmou as limitações do Estado, quando se fala em liberdade individual do cidadão, tão quanto reconheceu direitos civis e políticos, a democracia social fez surgir esses novos direitos fundamentais, que representam a expectativa em justiça social, e de uma vida mais digna do ser humano em sociedade.

Entretanto, os direitos fundamentais de segunda geração possuem poucas normas e textos legais, ficando dependentes diretamente da ação do Estado para poder ter sua aplicabilidade e funcionalidade de modo eficiente. Segundo Celso Ribeiro

---

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.

<sup>59</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175.

Bastos <sup>60</sup>, se os direitos fundamentais de segunda geração não possuem essa ajuda, praticamente são inviáveis e não funcionais.

A existência dos direitos fundamentais de terceira e quarta geração, que inspirados aos ideais da liberdade e igualdade, referem-se aos direitos da fraternidade e de solidariedade. Esses direitos são classificados como direitos coletivos ou difusos. É tido como exemplo nos dias atuais, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90, na qual se reconhece a vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor, além de verificar e apontar instrumentos de defesa e proteção à parte hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor.<sup>61</sup>

Pode-se pautar o direito ao meio ambiente sadio, o direito do consumidor, o direito ao desenvolvimento econômico sustentável, o patrimônio comum da humanidade, o direito à paz, dentre outros desta linha, como fundamentais de terceira dimensão.

Doutrinadores e cientistas atribuem à chegada de outras dimensões dos direitos fundamentais. Norberto Bobbio <sup>62</sup> já salienta a ideia do direito à democracia, ao pluralismo e a informação, como direitos fundamentais de quarta dimensão.

Os direitos passaram por três dimensões: da fase dos direitos civis e políticos, da fase dos direitos sociais, econômicos, trabalhistas e culturais e, por fim, chegando aos direitos coletivos e difusos.

Essa ampliação de direitos trazida com as novas constituições impõe ao Estado maior efetividade. No centro desses direitos fundamentais acima expostos, encontra-se o da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), e fim da ordem econômica (art. 170 *caput*), princípios que resguardam os indivíduos para a pós-modernidade.<sup>63</sup>

Qualquer atuação do Estado na ordem econômica, deve ser pautada e direcionada pelo cumprimento da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>60</sup> BASTOS, op.cit. p. 176.

<sup>61</sup> Art. 4, I, CDC.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

<sup>63</sup> DINIZ, Claudio Ismirne. **Atividade Econômica, saneamento básico e regulação**. [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: PUC/PR, 2007, p.42.

### 2.3.1.1 Mínimo existencial e reserva do possível

A Constituição assegura que é dever do Estado observar o mínimo existencial e evitar distorções sociais. O modelo proposto pela Constituição de 1988, estabeleceu um patamar do mínimo existencial, no qual o Estado deve implementar políticas públicas que traduzem a justiça material, “pois representam dignidade na medida que pretendem conferir a todos saúde, educação, moradia, saneamento básico, transporte coletivo, alimentação, renda básica, acesso à justiça, dentre outros”.<sup>64</sup>

Essa previsão consta no art. 7º, IV da Constituição Federal<sup>65</sup>, e tal mínimo seria violado quando na omissão de concretização dos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, na qual não existiria espaço para discricionariedade do gestor público, no exercício de suas funções.

O conceito do mínimo existencial nasceu no Direito alemão, da segunda metade do século XX. Visa, exclusivamente, a interpretação favorável à manutenção dos direitos fundamentais. Seria “núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (...) blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”.<sup>66</sup>

Outra previsão doutrinária, que se refere aos direitos fundamentais, é a reserva do possível, que na obra de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo é analisada como a prestação positiva da atividade estatal, que tenha uma dimensão econômica relevante e, portanto, possuiu a limitação fática da existência de recursos para a sua efetivação, além da possibilidade jurídica do Estado dispor desses recursos. Essas limitações fáticas seriam a denominada reserva do possível.<sup>67</sup>

Essas inserções e mudanças do Estado contemporâneo, e seus reflexos na atuação do Estado, implicam na redefinição do direito administrativo.

---

<sup>64</sup> LIMA, Vivian Cristina. **Administração Pública Contemporânea**. O usuário do serviço público e a dignidade da pessoa humana. [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: UFPR, 2004, p.26.

<sup>65</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 29.

A realidade brasileira de atuação do Estado previu formas de controle que visam proteger direitos fundamentais. “A celebre dicotomia público/privado, que ocorreu no período do Estado Liberal, deve ser redimensionada nos dias atuais. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado.”<sup>68</sup>

A Constituição de 1988 dispôs sobre princípios da atuação do Estado na ordem econômica, e que compete a ele a regulação e o incentivo do setor privado. Afasta-se, a concepção liberal clássica de Estado, adstrito à manutenção de direito de propriedade privada, da livre iniciativa e do livre jogo das forças de mercado<sup>69</sup>.

Marçal Justen Filho elabora que é dever do Estado a realização efetiva do cumprimento dos princípios fundamentais. Diz que “as perspectivas de redução da intervenção do Estado no domínio econômico, consagradas no final do século XX, devem ser enfocadas segundo a dimensão dos princípios jurídicos fundamentais”.<sup>70</sup>

### 2.3.2 Princípios Constitucionais e a ordem econômica brasileira

Não obstante aos princípios constitucionais com implicações econômicas, como o princípio do Estado de direito, do Estado Federal entre outros que certamente referenciam o desenvolvimento econômico brasileiro, este trabalho se atém naqueles expressamente indicados pela Constituição, em seu capítulo I do Título VII.

O capítulo central da ordem econômica brasileira é o *caput* do art. 170, da Constituição Federal, diz: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Tal normativo traçou a estrutura geral do ordenamento econômico na Constituição e tem como a valorização do trabalho e a livre iniciativa.

A finalidade da atuação das políticas econômicas seria assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social. Para que a finalidade seja alcançada e o fundamento tenha validade, estabeleceram-se os princípios norteadores da

---

<sup>68</sup> LIMBERGER, Têmis. Transparências Administrativas e Novas Tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 39, p. 55-71, set/out de 2006.

<sup>69</sup> DINIZ, Claudio Ismirne. **Atividade Econômica, saneamento básico e regulação**. [Dissertação de Mestrado], 2007. p. 41.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 49.

ação do Estado.<sup>71</sup>

A finalidade de atuação do Estado, qual seja, assegurar a todos a existência digna, deve estar em consonância com o inciso III do art. 1, da Constituição, que consagra o Estado Democrático de Direito.

Estando ela, a finalidade, em consonância e obedecendo a primazia do Estado Democrático de Direito, traça-se os parâmetros dos princípios a seguir elencados. Inicia-se com o princípio da soberania nacional, que consta no inciso primeiro, do art. 170, e também no inciso primeiro, do art. 1º da Constituição Federal.

O conceito de soberania pode ser entendido como sendo a prerrogativa que possui o Estado de se auto gerir, isto é, de definir seu próprio destino. Isso significa o poder de, sobre o seu território, o Estado determinar comportamentos, impor sanções, condicionar atitudes, enfim, exercer a sua jurisdição sem a interferência de qualquer outro ente da comunidade internacional.<sup>72</sup> As políticas econômicas que o estado adota devem firmar a posição soberana perante os demais estados, e a soberania política não sobreviveria, sem a complementação da soberania econômica.<sup>73</sup>

O poder supremo do Estado sobre seu território, notadamente após o advento das organizações internacionais, vem sofrendo certo desgaste. Na verdade, restrições à atividade estatal sobre seus domínios têm se tornado cada vez mais comuns, em decorrência da responsabilidade internacional do estado.

Frisa-se aqui a Resolução 2625 (XXV), da ONU, de 1970, que assegura aos estados a soberania, que no documento está traçada como o direito dos estados de não sofrerem qualquer intervenção de outro estado, com a finalidade de lhe impor direcionamentos econômicos<sup>74</sup>. A soberania, atualmente, foi consagrada como parte integrante aos princípios da ordem jurídica internacional.

Oscar Dias Correa<sup>75</sup> leciona que, durante a Constituinte, o que se pretendia com a inclusão do dispositivo era ressaltar a fé nacionalista contra o que alguns

---

<sup>71</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit., p. 93.

<sup>72</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>73</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op.cit., p. 93.

<sup>74</sup> Resolução nº 2625: “Nenhum Estado, nem grupo de Estados, tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, sob qualquer pretexto, nos negócios internos ou externos de um outro Estado. Consequentemente, não só a intervenção armada, mas também qualquer outra forma de ingerência, ou qualquer ameaça, voltadas contra a personalidade de um Estado, ou contra seus elementos políticos, econômicos e culturais, são contrárias ao Direito Internacional.

<sup>75</sup> CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 210.

consideravam intromissão na economia nacional, com “a atuação de entidades financeiras internacionais (como o FMI), que subordinam seu apoio e ajuda às economias nacionais ao cumprimento de certas metas e objetivos que lhe pareçam necessários”.

Como visto, a preocupação com a soberania vem esbarrando no fato de que a economia moderna está cada vez mais integrada ao plano mundial, impedindo o desenvolvimento da economia nacional. Sabe-se da enorme dificuldade do Estado em garantir a soberania absoluta no contexto do mundo globalizado. Como menciona Andre Ramos Tavares<sup>76</sup>:

A globalização trouxe questões que afetam diretamente a noção clássica de soberania nacional, especialmente no campo econômico, impondo a necessidade de uma nova concepção de soberania, pela qual seja possível a preservação da capacidade de autodeterminação do Estado, com a presença da livre concorrência no mercado nacional e o respeito simultâneo às normas e práticas supranacionais relacionadas à atividade econômica.

O segundo e o terceiro incisos do art. 170, da Constituição Federal, impõem o princípio da ordem econômica da propriedade privada individual e a função social da propriedade.

Ressalta-se que os conceitos também são explorados nos art. 5, incisos XXII e XXIII, XXIV, XXX, 176, 177, 178, 182, 191 e 222.

Por tratar a Constituição de uma orientação capitalista, a propriedade privada recebeu proteção ampla, mas a inclusão da função social, como complemento, dá-se a ideia pretendida, qual seja, mitigação da propriedade puramente privada. “Reconhecendo a função social da propriedade, sem renegar, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral.”<sup>77</sup>

Como tratávamos dos princípios de ordem econômica, esculpidos na Constituição, os conceitos da propriedade privada e a função social da propriedade não deixam de ser princípios econômicos.

A propriedade não é mais puramente individualista, pois exerce força sobre ela, o outro princípio da função social que pretende assegurar a todos existência digna

---

<sup>76</sup> TAVARES, op.cit., p. 140.

<sup>77</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 310.

conforme os ditames da justiça social. A propriedade serve então ao individualismo e às necessidades sociais, combinando direitos individuais e direitos econômicos e sociais.

Há também que se considerar as limitações do direito de propriedade, que decorrem da própria Constituição, limitando o conceito antigo de direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Seriam as restrições, servidões e desapropriação.

A livre concorrência é também resguardada pela Constituição Federal como princípio, conforme já mencionado, um fundamento do Liberalismo, e assegura a liberdade do próprio mercado, que pode concorrer livremente utilizando-se de recursos para a obtenção de maiores resultados econômicos. Sobre a livre concorrência, André Ramos Tavares assim se posiciona: “a livre concorrência é considerada como a existência de diversos produtores ou prestadores de serviço”. A livre concorrência “consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais. Livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado”.<sup>78</sup>

Para Sérgio Varella Bruna<sup>79</sup>, livre iniciativa e livre concorrência são dois princípios indissociáveis, já que:

são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o *valor social da livre iniciativa*, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica mas da Constituição como um todo.<sup>80</sup>

A consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 174), seja atuando com vistas à preservação da própria livre concorrência, como agente repressor dos abusos do poder econômico.

---

<sup>78</sup> TAVARES, op.cit. , p. 254.

<sup>79</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001, p. 136.

<sup>80</sup> Idem.

A livre iniciativa, símbolo máximo do liberalismo, deixa de ser ampla e irrestrita, para ser elemento balizado por outros princípios constitucionais. A liberdade de iniciativa, na concepção liberal segundo Celso Ribeiro Bastos:<sup>81</sup>

é uma expressão ou manifestação no campo econômico da doutrina favorável à liberdade. O liberalismo vem a ser um conjunto de ideais, ou concepções, com uma visão mais ampla, abrangendo o homem e os fundamentos da sociedade, tendo por objetivo o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado. A liberdade de iniciativa consagra-se tão-somente à liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar pelas ou restrições do Estado, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana.

O que interessa ao presente estudo é a análise de que, para os contratos, por exemplo, o seu princípio maior, o de liberdade contratual, fica mitigado frente à necessidade de adaptação da justiça social.

A realidade econômica tratou de assegurar ao consumo a necessária proteção da Constituição, tendo em vista ser o consumidor o agente fomentador da prática comercial. O que se previu com a inclusão dessa proteção como princípio constitucional, deu início a uma mudança paradigmática de relançar não só a boa-fé, mas ainda os princípios da confiança, transparência e, especialmente, da equidade.<sup>82</sup>

O direito do consumidor, como o direito econômico, tem origem no direito constitucional e funcionam em um contrabalanço de forças: Rizzato Nunes assim destaca:

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regrados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também designando que o empreendedor tem para oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem de oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. Essa ilação decorre do sentido da livre concorrência.<sup>83</sup>

E também, André Ramos Tavares, esclarece que:

---

<sup>81</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 115.

<sup>82</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formação da perspectiva civil-constitucional)**. Curitiba: Juruá, 2001, p.81.

<sup>83</sup> NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

Torna-se nítido, pois, que o denominado princípio da liberdade congrega, nas relações de consumo, duas forças que atuam em sentido opostos. Para um lado, atua a força empresarial, calcada em respectiva liberdade de iniciativa, produção e concorrência. Para outro lado, contudo, atua a liberdade do consumidor, em informar-se, realizar opções e, eventualmente, adquirir ou não certos produtos e novidades colocados no mercado de consumo e 'impostos' pela comunicação em massa. [...] ambas devendo conviver harmonicamente, sem que uma possa sobrepor-se à outra. [...] Numa primeira concepção, a livre concorrência tem como centro de suas atenções o consumidor, considerado como parte vulnerável da relação de consumo a merecer a proteção jurídica, promovida, em parte, pela tutela da livre concorrência.<sup>84</sup>

Como anteriormente observado, a proteção ao consumidor funcionaria como uma forma de balancear a livre iniciativa, impedindo algum descompasso na obtenção de lucro.

A defesa do meio ambiente, segundo Celso Ribeiro Bastos, foi aqui incluída como princípio pela maior conscientização da humanidade para os dilemas da área, sendo essencial a motivação para o uso forma mais racional.

A defesa do meio ambiente, é sem dúvida, um dos problemas mais cruciais da época moderna. Os níveis de desenvolvimento econômico, acompanhados da adoção de práticas que desprezam a preservação do meio ambiente, têm levado a uma gradativa deteriorização deste, a ponto de colocar em perigo a própria sobrevivência do homem.<sup>85</sup>

As discussões atuais sobre o tema adquirem importância sem precedentes, e o que se pode ressaltar é que questões econômicas poderiam influenciar a forma como um estado reage aos princípios ligados ao meio ambiente. Diversas são as teorias que ligam o uso irresponsável do meio ambiente ao desenvolvimento econômico de um Estado.

A redução das desigualdades regionais e sociais também adentrou o rol de princípios econômicos. Tal princípio marca o esforço que o País deve fazer para diminuir as diferenças existentes entre os Estados Federados.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra, todavia, da necessidade de parcimônia na utilização do princípio, para evitar distorções:

---

<sup>84</sup> TAVARES, op.cit., p. 255.

<sup>85</sup> BASTOS, 2004, pp. 156-59.

É preciso sublinhar, porém, que o desenvolvimento não é um fim em si, mas um simples meio para o bem-estar geral. Dessa forma, tem ele de ser razoavelmente dosado para que não sejam impostos a alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujo resultado somente beneficiará as gerações futuras, ou que só servirão para a ostentação de potência do Estado.<sup>86</sup>

A busca do pleno emprego engloba os princípios e estabelece a relação óbvia com o rol de necessidades sociais aplicadas aos princípios econômicos. A Constituição garante a necessidade de se propiciar ao ser humano condições de trabalhar e auferir frutos que possibilitem sua existência digna.

Os últimos dois princípios constantes no art. 170, da Constituição, favorecem as empresas brasileiras de capital nacional, de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, visando, portanto, a igualdade estabelecida na própria Constituição. Lafayete Josué Petter diz:

A economia (sic) deixada a agir tão-somente segundo as livres forças do mercado tende a situações monopolísticas e oligopolísticas: empresas de grande vulto controlam parcela significativa do mercado, impondo aos concorrentes a dura realidade através do poder econômico que representam. São naturais, então, as dificuldades de criação e desenvolvimento a que pequenas e micro ficam expostas. Neste sentido, a adoção de um tratamento favorecido pode fomentar a sobrevivência dos pequenos, provocando maior presença de agentes econômicos na economia, o que invariavelmente se traduz em benefícios a consumidores e ao próprio mercado em face do estímulo da concorrência.<sup>87</sup>

A Constituição estabeleceu os valores que devem pautar a atuação estatal e determina que o Estado deve intervir sempre que a esfera privada violar algum dos mandamentos acima especificados.

O Estado como gestor distante e abstrato, na função de manter hígido o cumprimento de tais princípios, deixou de cumprir suas funções a contento. Alguns autores, como Calixto Salomão Filho, salientam a necessidade de atribuir ao Estado a redistribuição das riquezas. Essa função é o fundamento para a universalização dos serviços públicos, não os lucrativos, mas aqueles que seriam destinados aos que não tem condições de pagar por eles.<sup>88</sup>

Luis Roberto Barroso divide os princípios da ordem econômica em princípios de funcionamento e princípios-fins. Os princípios de funcionamentos são

<sup>86</sup> FERREIRA FILHO, op.cit., p. 352.

<sup>87</sup> PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do Art.170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

<sup>88</sup> SALOMÃO FILHO, op.cit., p.42.

endereçados a atividade do setor privado e os princípios-fins determinam a política econômica estatal. Cabe ao Estado fiscalizar o atendimento pela iniciativa privada dos princípios de funcionamento da ordem econômica.

Para essa função, o Estado deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, sancionando políticas que sejam contra as concorrências, entre outros. Os princípios podem autorizar edição de normas, mas não tem força jurídica para validar atos que venham suprimir a livre iniciativa.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, sintetizou o papel do Estado na preservação dos princípios da ordem econômica:

Em consequência, deve-se dizer, portanto, que o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização, estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade. O primeiro deles é a soberania nacional. Nada fora do pacto constituinte. Nenhuma vontade pode se impor de fora do pacto constitucional, nem mesmo em nome de alguma racionalidade da eficiência, externa e tirânica. O segundo é a propriedade privada, condição inerente à livre iniciativa. O terceiro é a função social da propriedade, que tem a ver com a valorização do trabalho humano e confere o conteúdo positivo da liberdade de iniciativa. O quarto é a livre concorrência: a livre iniciativa é para todos, sem exclusões e discriminações. O quinto é a defesa do consumidor, devendo-se velar para que a produção esteja a serviço do consumo, e não este a serviço daquela. O sexto é a defesa do meio ambiente, entendendo-se que uma natureza sadia é um limite à atividade e também sua condição de exercício. Esses nove princípios não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.<sup>89</sup>

Cabe ao Estado também, a responsabilidade de implementação dos princípios-fins contidos no art. 170, sempre visando assegurar a existência digna, promovendo a redução da desigualdade social ou promovendo o pleno emprego.

Nos termos do art. 174 da Constituição, do mesmo modo, é dever do Estado, como agente da ordem econômica, criar meios que incentivem a iniciativa privada.

---

<sup>89</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Congelamento de preços** – tabelamentos oficiais (parecer), in Revista de Direito Público nº 91, 1989, p. 77/78

Não se pode transferir aos particulares o ônus de concretizar os princípios-fins de responsabilidade do Estado. A realização dos objetivos da empresa privada não é incompatível com a função social da empresa, mas não inclui o dever de substituir o Poder Público. O papel da iniciativa privada na ordem econômica é diferente do papel que o Estado desempenha.

### **2.3.3 Finalidades e limites da atuação estatal**

Orientados pelos princípios que disciplinam a ordem econômica, segundo o autor Diogo Figueiredo Moreira Neto, dispõe o Estado de três formas de atuação: 1) a imposição de limites que incidam sobre o exercício das liberdades individuais, destinados a restringir o direito de propriedade; 2) intervenções sobre os processos econômicos de maior atuação econômica; 3) o fomento público que estimule a iniciativa privada e incentive a atividade econômica particular, com o aspecto do interesse público.<sup>90</sup>

Por meio da intervenção na economia, o Direito prescreve as ações que asseguram a observância aos princípios estabelecidos na Constituição, através de quatro funções econômicas: a regulatória, concorrencial, monopolística e a sancionatória<sup>91</sup>. No primeiro caso, a regulatória, o Estado disciplina todos os processos econômicos. Na concorrencial, o Estado propõe concorrência com a iniciativa privada. Na monopolística, o Estado é exclusivo na prestação da atividade. E na última, a sancionatória, o Estado pune excessos praticados no exercício da atividade econômica.

Para Eros Roberto Grau, o Estado possui três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção; e intervenção por indução. No primeiro caso, o Estado seria um agente econômico, se por absorção assume integralmente o controle dos meios de produção, fazendo monopólio da atividade. Quando faz intervenção por participação, assume parcialmente o controle dos meios de produção, atuando no regime de competição com as empresas privadas.

Na intervenção por direção e por indução, o Estado estabelece mecanismos de regulação da atividade econômica. O primeiro caso emite normas compulsórias que

---

<sup>90</sup> MOREIRA NETO, op.cit., p. 681 e 682.

<sup>91</sup> MOREIRA NETO, op.cit., p. 681 e 689.

ditam o comportamento daquela atividade. No segundo caso, por indução, segundo o próprio autor, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”.<sup>92</sup>

Ainda Floriano de Azevedo Marques Neto diz que:

A regulação estatal compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica, em sentido amplo.

(...) a regulação estatal não envolve apenas um caráter passivo, de preservação das condições de reprodução da ordem econômica vigente (correção das falhas de mercado). No contexto jurídico-institucional de países como o Brasil, a regulação econômica (geral ou setorial) envolve necessariamente a perseguição de objetivos de interesse público, traduzidos em *inputs* extra-sistêmicos que são, a um só tempo, impostos pelo poder públicos (via políticas públicas) e filtrados e absorvidos por ele (via atividade regulatória).<sup>93</sup>

Salienta-se ainda os estudos de Paulo Roberto Ferreira Motta, que menciona que a mesma função de regulação do Estado já obteve outras denominações, tais como poder de polícia<sup>94</sup>, ou de limitação à propriedade econômica.

(...) a regulação nada mais é do que um processo jurídico de aprofundamento e transbordamento do poder de polícia (...). Os aportes antes expostos permitem concluir, e construir o conceito, de que a regulação nada mais é do que o processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público, de limitação (mínima, média ou máxima, conforme a opção ideológica do legislador) à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Quando direcionada à atividade privada, estabelece um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes de mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime de especial sujeição e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos-usuários.<sup>95</sup>

O contexto da competência regulatória do Estado é aquele em que se afastou a prestação direta dos serviços públicos por meio das empresas estatais, conferindo-os

---

<sup>92</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.169.

<sup>93</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: caso do telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, n. 14, p. 75-115. 2003, p. 73.

<sup>94</sup> É necessário ressaltar que a regulação dos serviços públicos possui distinções do típico poder de polícia que seria, o direito administrativo ordenador. SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração Pública na era do direito global*. Fonte: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 163.

<sup>95</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003, pp. 196 e 209.

às empresas privadas, e a atuação estatal assume importância diante desse processo. É necessário que se estabeleçam os marcos regulatórios para que se preserve e proteja os destinatários desses serviços públicos.

Como mencionado no item anterior, o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” e estabeleceu as diretrizes com os princípios e fundamentos descritos.

Segundo Egon Bockmann Moreira, a adoção de tais princípios, como princípios de reserva à intervenção estatal, como o da propriedade privada e livre concorrência e outros sugere que é impossível serem alcançados sem que o Estado intervenha, como da redução das desigualdades regionais, mostram um aparente conflito intencional para no fim, prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, o que pode ser concretizado pela universalidade dos serviços públicos.

Esses contrastes põem o interprete diante da potencialidade de conflitos entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da liberdade de empresa. Constatação que conduz a cogitações acerca da ponderação dos interesses (ou bens) na Constituição de 1988. O que, sem dúvida alguma, tem como premissa cognitiva a superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>96</sup>

O Estado atua, então, na área reservada a iniciativa privada, através da intervenção, quanto naquela que é de sua titularidade, posto a perseguição ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso obriga o Estado a garantir aos cidadãos o acesso de qualidade aos serviços públicos, independentemente de quem os esteja prestando.

Ocorre que alguns desses serviços possuem a capacidade de gerar lucro à empresa privada que presta, e outros, que não possuem a capacidade de gerar lucro ficam dependentes exclusivamente do Estado. Esse enfoque é questionado por Vivian Cristina Lima: “o que não se admite é uma visão exclusivamente econômica da problemática, desprezando-se a realidade social brasileira, que ainda carece do estabelecimento do mínimo existencial”<sup>97</sup>. Para a autora, o serviço público seria o elemento capaz de transformar a sociedade. A regulação estatal deve prever também

---

<sup>96</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 64.

<sup>97</sup> LIMA, op.cit., 2004, p. 100.

que existe a liberdade da empresa em prestar o serviço, e auferir lucro, e que existem os direitos fundamentais que não podem ser mitigados. Equilibrar esses dois importantes conceitos é o maior desafio da regulação.

Cumpra ao Estado estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição da riqueza. Isso através de regulação normativa ou da intervenção direta – regulando ou agindo, cabe ao Estado gerar os benefícios sociais que o mercado não produz.<sup>98</sup>

Para Gustavo Tepedino, há “necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não alvitadas pelo Código Civil”.<sup>99</sup>

Livre empresa não significa ausência de submissão ao controle público. A redução da atuação direta estatal deve ser acompanhada pelo incremento de instrumentos de acompanhamento e fiscalização da atividade empresarial. Estes instrumentos poderão ser similares aos desenvolvidos relativamente ao próprio Estado.<sup>100</sup>

Para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, a finalidade maior da regulação é o acesso universal aos serviços públicos, sejam eles prestados pela iniciativa privada, sejam eles prestados pelo serviço público. Porém, há de se ressaltar que a regulação inadequada pode colocar em risco o equilíbrio da equação necessária, fazendo com que a iniciativa privada assuma funções do Estado.

Não se pode chegar a ponto de pretender uma subversão da essência econômica da Constituição, lendo a possibilidade da intervenção estatal na economia ao lado da dignidade da pessoa humana e justiça social como um critério legitimador de maior e desenfreada participação do estado no cenário econômico. Não se pode pretender elevar ao máximo determinados princípios, a ponto de inviabilizar o exercício de liberdades garantidas de modo expreso no texto constitucional, como a liberdade de empresa, de iniciativa, de concorrência, etc. O sistema permanece o mesmo, qualificado por sua humanização.<sup>101</sup>

Essa intervenção deve ser autorizada por lei, econômica e juridicamente eficiente, a ponto dos benefícios sobrepujarem os custos. A regulação não pode sufocar a iniciativa privada “com políticas de intervenção destituídas de razoabilidade e

---

<sup>98</sup> MOREIRA, p. 69.

<sup>99</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.5.

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, op.cit., p. 131.

<sup>101</sup> MOREIRA, op.cit., p. 76

proporcionalidade.”<sup>102</sup>

A intervenção do Estado no mercado deve visar corrigir as falhas apresentadas e não colocar em risco a atividade empresarial. Caso contrário, “seria crer que o Estado pode tudo, quando na verdade ele é apenas um, e nem sempre o mais importante ator do processo econômico.”<sup>103</sup>

### 2.3.4 As agências reguladoras

A função de regulação feita pelo Estado na atividade econômica, e para que esta cumpra a sua finalidade de eficiência aos cidadãos, que utilizam os serviços públicos, o Brasil utilizou-se de um modelo norteamericano de gestão denominado agências reguladoras, uma estrutura estranha ao modelo de administração pública tradicional.<sup>104</sup>

Sabe-se que as agências reguladoras possuem relativa importância para o funcionamento do Estado, nos Estados Unidos, mas diferentemente do Brasil, elas não são mencionadas na Constituição, ou em suas emendas. Nos Estados Unidos, as agências reguladoras são criadas por lei infraconstitucional.

A primeira agência reguladora norteamericana foi criada no século XIX, em 1887, com o objetivo de regular um setor de grande poder econômico - o ferroviário - no qual as principais mazelas surgiam entre os transportadores e ferrovias, e deveriam ser resolvidas por agências compostas por especialistas em ferrovias.<sup>105</sup>

A grave crise de 1929 enfraqueceu a autorregulação dos mercados, e esse foi o período propício para a expansão do modelo de agências reguladoras. Atualmente,

---

<sup>102</sup> MOTTA, op.cit., p. 139.

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> A administração pública tradicional, também chamada de burocrática, origina-se do Estado Liberal e tem a finalidade de propiciar a segurança jurídica, legalidade e propriedade. É originada por lei e com base nesta, são instituídos diversos órgãos, em um sistema hierarquizado. Princípios fundamentais da administração pública são o da impessoalidade. Esta tem a função de controlar os atos administrativos, estabelecendo-se mecanismos procedimentais que precedem aos atos.

Houve uma crise da administração pública tradicional e uma mudança de paradigma, onde pode-se observar uma nova administração pública denominada gerencial. Este novo modelo privilegia a minimização dos custos, a transferência da execução dos serviços públicos para a iniciativa privada e o controle dos resultados. Fonte: LIMA, op.cit., p. 107 e seguintes.

<sup>105</sup> BARCELOS, Cristina. **O poder normativo das agências reguladoras no Direito norteamericano e no Direito brasileiro: um estudo comparado**. [Dissertação de Mestrado]. Porto Alegre: UFRGS, 2008, p.28.

os debates sobre as agências norte-americanas registram a importância do controle político e judicial sobre os atos destas, e posicionam-se de forma crítica à sua independência.<sup>106</sup>

No Brasil, o contexto político do primeiro governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso foi orientado por diretrizes internacionais, de retirada do poder público da produção direta de bens e serviços, e por reformas gerenciais na administração pública tradicional, que visavam combater a estagnação econômica e a crise financeira fiscal.

Como medida política, o governo federal declarou a necessidade de redefinição do papel do Estado na economia, e junto com a proposta de privatização de empresas públicas, alterou os padrões de gestão da administração pública e de regulação das atividades econômicas. Sugere-se então a criação de agências autônomas e organizações sociais.<sup>107</sup>

A crise da administração pública no Brasil, segundo os Cadernos MARE<sup>108</sup>, documentos sobre a reforma gerencial do Estado brasileiro, escritos de 1996 a 1998 que tinham por objetivo a documentação e divulgação das políticas, projetos e ações desenvolvidos no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, diagnosticou alguns motivos da crise do Estado. Constatou-se o crescimento das despesas com pessoal, no contexto de crise fiscal do Estado e que havia um acentuado impacto das despesas com os servidores inativos. Também o processo de gestão do Estado era prejudicado pela rigidez da Constituição de 1988 com a necessidade de obediência a vários procedimentos.

Nas licitações e contratos com o Estado, a legislação era complexa e formal que acarretava lentidão e vulnerabilidade dos processos licitatórios, o que encarecia as compras que o Estado fazia.

Havia ainda, uma enorme preocupação com o combate a corrupção que levou a aprovação de uma legislação detalhista ao extremo que dificultavam as compras.

---

<sup>106</sup> BREYER, Stephen. **Administrative law and regulatory policy**: problems, text and cases. Nova York: Aspen, 2006, p. 100 e seguintes.

<sup>107</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, 47(1) janeiro-abril 1996, p.47.

<sup>108</sup> O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, é o órgão central da administração pública federal, com funções de coordenação, normatização e execução de áreas no âmbito dos sistemas de recursos humanos, modernização, administrativa, informações e serviços gerais.



Percebe-se que a reforma política administrativa brasileira introduziu a ideia de agências independentes, com a noção do modelo clássico norteamericano, da década de 1960.

As agências reguladoras, no Brasil, possuem a natureza jurídica de autarquias especiais<sup>111</sup>, que detêm tal caráter por terem ampla autonomia econômico-financeira, e seus dirigentes possuem estabilidade. Exercem funções típicas do Estado como o fomento à iniciativa privada, e o poder de polícia, e possuem algumas atribuições específicas, como instituir regras e procedimentos, controlar tarifas, promover a universalização dos serviços, assegurar a competitividade, evitar abusos, fiscalizar se há observância dos contratos privados e, por fim, arbitrar conflitos estabelecidos entre a atividade econômica e o usuário do serviço público.

A Constituição Federal prevê <sup>112</sup> que as decisões das agências não excluem a apreciação pelo Poder Judiciário dos conflitos nascidos, o que difere do sistema original norteamericano.

Percebe-se que a lei atribui às agências reguladoras funções administrativas, normativas e jurisdicionais, e sua função maior seria a de garantidora do desenvolvimento nacional, uma vez que sua atuação observaria as necessidades dos empresários dos setores, e a garantia dos direitos fundamentais dos usuários dos serviços públicos.

Está pacificada a intenção doutrinária de que as conquistas fundamentais referentes aos direitos individuais devem ser mantidas. Porém, as agências reguladoras foram concebidas no Brasil, no processo de desestatização, constituindo um triângulo de interesses - os econômicos daquele que recebeu a concessão, que seria um investidor que visa lucro; os políticos, que concedem que deveriam assegurar o interesse público, e

---

**serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm). Acesso em: 02/02/2013.

<sup>111</sup> A expressão autarquia especial foi empregada, pela primeira vez, na Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, em seu art. 15, para ressaltar o fato da universidade pública apresentar um grau de autonomia administrativa superior àquele reconhecido às demais entidades autárquicas. Fonte: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 06 mai./jun./jul. 2006, Salvador, p.5.

<sup>112</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXV : XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

o usuário. Como se posiciona Paulo Roberto Ferreira Motta:

A figura geométrica utilizada encerra uma síntese: os interesses econômicos do concessionário e os dos usuários são antagônicos. Este conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses políticos do Estado, mediante o atuar das agência reguladoras, garantindo, ao menos em teoria, o equilíbrio das três partes. Na prática, tal equilíbrio dependerá da eficiência destes entes.<sup>113</sup>

O que se pode verificar atualmente com a estabilidade econômica, duramente conquistada em nosso País, aliada à pós-modernidade, colocando o Brasil na era das privatizações e da exploração dos serviços públicos por empresas privadas.

Para um perfeito funcionamento, era preciso que os investidores dos setores aplicassem recursos para o desenvolvimento, e para o bom funcionamento dos serviços. No entanto, o que se verifica é que a grande maioria do capital dos investidores é estrangeiro, e não possuem como meta a universalização do consumo de serviços pelos cidadãos.

O conflito está estabelecido com a privatização dos serviços públicos, através das tarifações atrativas e rentáveis aos concessionários, e poderão ocasionar serviços não usufruíveis pela maioria da população, perdendo seu caráter de serviços públicos e, conseqüentemente, aumentando a crise social em proporções não imaginadas. Por outro lado, os investidores, caso não possam manter duas margens de lucro, perderão o interesse no negócio e haverá um novo sucateamento das atividades.<sup>114</sup>

As agências reguladoras contemplam várias normas, para que sejam efetivadas diferentes formas de participação do cidadão, exemplificado pela instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, audiências públicas, consultas públicas, criação de Conselhos, sistemas de “disque-denúncia”, coletas de opinião e tantas outras, “devendo ser destacadas suas virtualidades no Estado Democrático de Direito como instrumentos de legitimidade do poder, aproximando o Estado e a sociedade”.<sup>115</sup>

Face à complexidade do cenário em que as agências estão inseridas, seu funcionamento e sua participação junto aos cidadãos, que hoje atuam como protagonistas de relações de consumo, seus desafios e dificuldades são, entretanto,

---

<sup>113</sup> MOTTA, op.cit.,2003, p. 32.

<sup>114</sup> MOTTA, op.cit.2002, p. 37.

<sup>115</sup> GROTTI, op.cit., p. 23.

pouco explorados pela doutrina.

### **2.3.4.1 A Agência Nacional de Saúde Suplementar**

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi instituída pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, alterada pela Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, Decreto nº 3.327/00. Vinculada ao Ministério da Saúde, tem a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores.

A ANS é denominada agência setorial de regulação, que segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

(...) são dotadas de autonomia e especialização, com a natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades administrativas. A instituição desses entes não ficou limitada ao campo dos serviços privatizados. Algumas das atividades disciplinadas e controladas pelas Agências são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).<sup>116</sup>

A ANS é uma pessoa jurídica de direito público, autarquia especial caracterizada por sua autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. É vinculada ao Ministério da Saúde com atuação em todo território nacional.

A função maior do órgão é promover a defesa do interesse público, na assistência suplementar à saúde, e regular as operadoras de planos de saúde, incluindo a relação entre os profissionais da Medicina e usuários consumidores.

Deve cumprir o que determina a Lei nº 9.656/1998, que regula a atividade privada de prestação de serviço de saúde. Antes disso, era uma instância reguladora de setor da economia, ainda em fase inicial de desenvolvimento, que obedecia ao controle financeiro da Superintendência de Seguros Privados, a SUSEP.

O mercado de saúde suplementar atual conta com quase 50 milhões de

---

<sup>116</sup> GROTTI, op.cit., 2006, p. 24.

usuários em todo o Brasil e a atuação da Agência Reguladora é fortemente sentida na regulação através de normas, e na iniciativa reativa de instauração de processos administrativos contra operadoras, que estariam em desacordo com a legislação específica.<sup>117</sup>

Porém, segundo relatórios do Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC <sup>118</sup>, alerta-se a necessidade de que a ANS, e outras agências reguladoras, atuem para garantir o desenvolvimento nacional, e assegurem que a universalização dos serviços públicos seja seguida como princípio fundamental e não resuma seus trabalhos à aplicação de multas aos concessionários dos serviços.<sup>119</sup>

Antes da edição da Lei 9.656/1998 não havia previsão legal de cobertura mínima regulamentada nos contratos de assistência à saúde e estabelecia-se, o que convencionavam as partes.

Com a regulamentação do setor e a criação da ANS, houve uma homogeneização e ampliação da cobertura assistencial dos contratos de planos de saúde

A Agência reguladora citada, tem competência de "polícia normativa, decisória e sancionatória"<sup>120</sup> exercida em qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica (art.1º §1º da Lei 9.656/98).

É competência da ANS assegurar aos consumidores a imposição de sanções para atos que contrariam a legislação específica e normativos próprios, através de processo administrativo. Estes atos irregulares, que contrariam a legislação em vigor, podem ser denunciados pelos consumidores através do *disque ANS* ou pessoalmente nos núcleos regionais da Agência.

---

<sup>117</sup> ANS - Agência Nacional de Saúde - ANS. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em: 13/12/2012.

<sup>118</sup> IDEC. **A proteção ao Consumidor de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

<sup>119</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos Serviços Públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 06, n. 30, p. 77-97, mar./abril. 2005, p.89.

<sup>120</sup> CUNHA, Paulo César da. Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003. p.93

### 3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

#### 3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Os Direitos Fundamentais derivam da coletânea de ideias da dignidade da pessoa humana e, no Estado constitucional contemporâneo, são elevados ao topo do ordenamento jurídico. Apresentam-se como escopo fundamental do Estado, de modo que este deve atuar para efetivá-los e defendê-los.<sup>121</sup>

Atualmente, os Direitos Fundamentais se mostram em todos os âmbitos da vida em sociedade, seja na garantia dos direitos políticos, na isonomia que o Estado busca, na satisfação das necessidades existenciais, na proteção das liberdades, dentre outros, com características sociais.

Faz-se relevante mencionar que a existência dos direitos fundamentais na Constituição percorreu a já mencionada sequência histórica do Estado Liberal para o Estado Social, Democrático, de Direito para a moderna concepção do Estado Constitucional. Antonio Enrique Perez Luño ensina que:

(...) os direitos têm deixado de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, e vir a ser um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.<sup>122</sup>

Sobre esse tema, Clèmerson Merlin Clève aduz que os direitos fundamentais, no sistema constitucional, levam à identificação de duas correntes doutrinárias perfeitamente delineadas: a primeira, chamada dogmática da razão do Estado, e outra que pode ser denominada de dogmática constitucional emancipatória.

Segundo o autor, em contraposição à dogmática da razão do Estado, desenvolveu-se a doutrina denominada dogmática constitucional emancipatória, que estuda a Constituição sob o exige do princípio da dignidade da pessoa humana, não só estabelecendo os direitos fundamentais, mas prevendo mecanismos destinados a garantir sua eficácia, como forma de atingir o objetivo da República, constantes no art.

---

<sup>121</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias. **Direito fundamental à saúde**. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.50.

<sup>122</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid Tecnos, 1995, p.21.

3º da Constituição Federal.<sup>123</sup>

Dessa constatação, decorre a existência das dimensões dos direitos fundamentais e ainda outra classificação menos comentada na doutrina, da classificação de direitos prestacionais originários e derivados.

Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda, portanto, atuação do legislador.<sup>124</sup>

Na Constituição Brasileira, é possível identificar os direitos prestacionais originários, à proteção dos portadores de necessidades especiais e o ensino fundamental público. Da mesma forma, a proteção da saúde concebida enquanto direito prestacional originário na Constituição.<sup>125</sup>

Essa referência, realizada sobre os direitos fundamentais na Constituição, revela-se útil para serem traçados os subsídios teóricos da fundamentalidade desse direito. Sabe-se que a posição da saúde como direito fundamental é reflexo de sua constitucionalização

... os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de sua positivação constitucional: se assim fosse, o lugar da codificação estaria sendo ocupado por outro Código, mais amplo, consubstanciado na Constituição.<sup>126</sup>

Conforme menciona Ingo Wolfgang Sarlet, o elemento caracterizador dos direitos fundamentais reside na recepção pelo ordenamento constitucional.

---

<sup>123</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

<sup>124</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441) .Acesso em: 20/12/2012.

<sup>125</sup> O judiciário definiu que, mesmo com a falta de lei regulamentadora, a mãe tinha o direito à licença maternidade, que haveria eventualmente de ser satisfeita pelo empregador às custas da Previdência.

<sup>126</sup> PIANOVISKI RUZIK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.93.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais e sujeitos ao duplo grau de fundamentalidade formal e material. Além de sua essencialidade/fundamentalidade intrínseca, aspecto material, os direitos, para serem fundamentais, devem ser alçados a essa categoria pelo texto constitucional, aspecto formal.<sup>127</sup>

O direito fundamental à saúde é norma cuja fundamentalidade é reconhecida também, em tratados internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, além da Constituição Federal. Seguem os aspectos importantes dos direitos humanos, a fim de configurar o sistema de saúde suplementar no contexto da atividade econômica brasileira.

### 3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais estão estabelecidos na Constituição Federal, e o direito à saúde faz parte desse rol de direitos. Esse é o contorno que se pretende para a introdução de mais uma abordagem, o da dignidade da pessoa humana.

O termo dignidade da pessoa humana atravessa a história do pensamento ocidental com relevante qualidade, apenas no pensamento de Kant, que passou a ser concebida como qualidade peculiar e insubstituível do ser humano, “após o período de secularização por que passou a sedimentação e evolução da dignidade humana”.<sup>128</sup>

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade (...)

Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade. (...)

No âmbito do pensamento *jus naturalista* dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens

<sup>127</sup> SARLET, op.cit., 2009, p. 36.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

em dignidade e liberdade.

É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais. Ainda, segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana.<sup>129</sup>

Os movimentos sociais que tiveram referência nas revoluções burguesas, caso da Revolução Francesa, Revolução Industrial, a Independência dos Estados Unidos, usaram a dignidade humana como escopo de atuação do Estado.

A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, apresentando-se como algo que simplesmente existe vinculado à pessoa individualmente considerada, sendo irrenunciável e inalienável, “...a paz e democracia estão intimamente vinculadas à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais”.<sup>130</sup>

Ressalta-se que uma das características da dignidade da pessoa humana é sua irrenunciabilidade, uma vez que renunciá-lo é esbarrar na essência do conteúdo principiológico, o da qualidade intrínseca, não existindo a possibilidade de, por exemplo, norma de direito privado se contrapor a esse núcleo dos direitos fundamentais. Esses devem ser ressaltados por todas as relações, incluindo as relações privadas, pois limitam-nas.

... os direitos humanos não são apenas postulados de devem ser. Junto à sua irrenunciável dimensão utópica, que constitui um dos polos do seu significado, incluem um projeto emancipatório real e concreto, que tende a traduzir-se em formas históricas de liberdade, o que conforme o outro polo do conceito. Sem a sua dimensão utópica os direitos humanos perderiam sua função legitimadora do Direito.<sup>131</sup>

A dignidade da pessoa humana como um princípio norteador, legitima a Constituição, estabelecendo limites de atuação do Estado, bem como um referencial do Estado em promover ações que o garantam.

Vislumbra-se, nesse passo, a dignidade da pessoa humana no âmbito das relações privadas. Sobre o assunto, ressaltava-se a perspectiva de Christian Curtis. “*no creo que exista inconveniente teórico en afirmar que la positivación de derechos*”

---

<sup>129</sup> SARLET, op.cit., 2004. p. 30

<sup>130</sup> BOBBIO, op.cit., p. 21.

<sup>131</sup> PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: contituidad o cambio de paradigma. In: **Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tecer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 21.

*humanos puede obligar también a particulares*".<sup>132</sup>

Há previsão na doutrina de inúmeros casos da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, como a admissão de cirurgia de adequação de gênero e autorização para que se altere o registro civil, a possibilidade de se exigir o exame de DNA de réu em investigação de paternidade<sup>133</sup>, entre outros.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, irradiando seus efeitos aos demais princípios e norteador das demais regras jurídicas. Para Paulo Bonavides:

...sua densidade no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele que em todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.<sup>134</sup>

No Brasil, foi a Constituição de 1988 que contemplou o princípio, dando-lhe a importância balizadora ora discutida. Flavia Piovesan pontua o reconhecimento de tal princípio na atual Constituição: “um sistema Constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca”.<sup>135</sup>

A dignidade da pessoa humana teve seu conteúdo axiológico erguido no curso evolutivo-histórico da humanidade, e foi guinada à posição de centralidade nas Constituições da grande maioria das nações no fim do século XX, fundamentalmente em decorrência das atrocidades e grandes guerras da humanidade.<sup>136</sup>

No Brasil, além de fundamento da República (art. 1, III), a Constituição recepciona a dignidade da pessoa humana para assegurar o exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado como por particulares.

Logo, afirma-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, presente na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro,

---

<sup>132</sup> COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p.82.

<sup>133</sup> Direitos Humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo **Temas de Direito Civil**. v. I, Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p.71.

<sup>134</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.233.

<sup>135</sup> PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A força normativa dos princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.358.

<sup>136</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

irradiando seus efeitos aos demais princípios, norteando as regras dos demais ordenamentos jurídicos. Sobre essa fundamentalidade, José Joaquim Gomes Canotilho afirma:

O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. (...) Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade Constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo multi-individual, religioso e filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República significará, assim, o contrário de verdades ou fixismos políticos, religiosos ou filosóficos.<sup>137</sup>

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, o Estado só é democrático, em sua concepção e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. “Não há verdade constitucional, não há suporte institucional para as políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional”.<sup>138</sup>

A essencialidade, materialidade e concretude da dignidade da pessoa humana devem ser asseguradas, de maneira ampla, para todos os sujeitos da sociedade. Nesse ambiente constitucional de renovado humanismo, como pontua Maria Celina Bodin de Moraes, “a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste.”<sup>139</sup>

Gustavo Tepedino também assegura a importância, denominado a dignidade da pessoa humana, como “cláusula geral” capaz de condicionar todo o sistema normativo, do qual não se excluem as relações jurídicas privadas.<sup>140</sup>

No entanto, parece propício apresentar a dissonância na doutrina, quanto à concretude e materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Há vozes dissonantes, que afirmam que a dignidade da pessoa humana é um conceito densamente

<sup>137</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 225-226.

<sup>138</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, ano 1, n. 4. P. 23-48, out/dez 1999, p.38.

<sup>139</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117.

<sup>140</sup> TEPEDINO, op.cit., 2001, p. 67.

abstrato e serve apenas como suporte para os demais princípios expressos no ordenamento jurídico.<sup>141</sup>

Há também, quando se fala em materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a previsão e denominação do mínimo existencial, que segundo Ana Paula de Barcellos:

são as situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerando-se nessa existência, os valores espirituais e intelectuais, sendo constituído seu núcleo de quatro elementos principais: três materiais e um instrumental: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.<sup>142</sup>

O denominado mínimo existencial é objeto de abordagem mais específica pela doutrina, pela tese de que é um dos aspectos de materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Releva-se nesse instante, que este seria o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar das necessidades existenciais de todos os indivíduos.

Ana Paula Barcellos defende que o denominado mínimo existencial “formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.”<sup>143</sup>

Esses contornos doutrinários apontam para a formulação de Ingo Wolfgang Sarlet, de que o mínimo existencial está relacionado às condições mínimas que o indivíduo necessita para viver dignamente, e não somente para sobreviver. Seriam as condições a serem proporcionadas através de políticas públicas e demais ações estatais e da sociedade civil.<sup>144</sup>

A doutrina ainda eleva o mínimo existencial a patamares em que o teoria da

---

<sup>141</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 41-45.

<sup>142</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

<sup>143</sup> BARCELLOS, op.cit., p. 248.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, p. 22, jul. 2008.

reserva do possível<sup>145</sup> não alcançaria, defendendo a tese de que o Judiciário poderia deferir concessões de prestações positivas sobre direitos prestacionais quando provocado e quando necessário.

Ricardo Lobo Torres enaltece o princípio dando-lhe o sinônimo nos ideais de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos do Homem e nos privilégios do cidadão. O mínimo existencial portanto, se realiza pela entrega de prestações de serviço público específico, gratuidade pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos, como na educação primária, prestação jurisdicional e saúde pública.<sup>146</sup>

Assim, para que o princípio da dignidade da pessoa humana tenha efetividade, é:

(...) essencial que se instale um compromisso acerca de um conteúdo indisponível de bens essenciais e primários que não possam ser de maneira alguma alijados de qualquer ser humano, sob pena de imediato recurso ao Poder Judiciário, a fim de que o seja imediatamente suprido, sustentando que o acesso à saúde básica, ensino fundamental e assistência social – independente de contribuição previdenciária – não se prende a fixação de políticas públicas ou opções democráticas do legislador, sendo, portanto, imune à questão de escassez de recursos e que o núcleo da dignidade humana é aquele perímetro abaixo do qual deixamos de ser pessoas, posto conduzido à condição desumana.<sup>147</sup>

No que tange ao direito fundamental à saúde, o mínimo existencial se mostra em prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário, por força e em consequência do que estabelece a Constituição e, sendo um direito de todos e um dever

---

<sup>145</sup> Reserva do possível: “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (...) Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito”. Fonte: SARLET, op.cit., 2009, pp. 265 e 286.

<sup>146</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 200, pp. 266-268.

<sup>147</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

do Estado, está obrigado a colocar à disposição dos cidadãos tais prestações, oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.

Ana Paula Barcellos auxilia na conclusão de que o Poder Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde, que compõem o mínimo, sendo facultado fazer em relação às outras prestações que estejam fora do conjunto, determinando o que seria o mínimo existencial, independente de outros princípios, pois o que prevaleceria seria a dignidade humana e a saúde.<sup>148</sup>

A matéria acima explicitada, além de tocada pela doutrina pátria, tem sido objeto de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, no qual consolidou-se o entendimento de que há possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas, para garantir o mínimo existencial, focando a tese da dignidade da pessoa humana ao indivíduo que busca a prestação jurisdicional.

Ocorre que a doutrina tem percebido, e criticado com ênfase, a atuação do Poder Judiciário, frente aos excessos cometidos. Ricardo Lobo Torres denominou tal excesso de “exacerbação da judicialização das políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial, que tem levado o Judiciário a conceder o sequestro de recursos públicos.”<sup>149</sup>

A conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet ao criticar o tema:

Neste contexto, a judicialização crescente das mais diversas demandas vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, que frequentemente é provocado a manifestar-se sobre questões antes menos comuns, como a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais e até mesmo a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares. Não é à toa, portanto, que também tem crescido o número dos que se dedicam à discussão da legitimidade da intervenção judicial nesta seara, o que no seu conjunto e considerando o amplo acesso às redes de informação, tem levado a uma sofisticação do debate e uma evolução significativa tanto no que diz com a quantidade, quanto no respeitante à qualidade (ainda que não linear) da produção doutrinária e jurisprudencial. Por outro lado, verifica-se que a maioria das questões postas em causa na esfera pública segue em aberto, assim como segue quase que desenfreada a busca por critérios seguros que possam garantir a construção de um processo decisório constitucionalmente

---

<sup>148</sup> BARCELLOS, op.cit., p. 274.

<sup>149</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.84.

adequado, mas acima de tudo, condizente com a mais legítima expressão do justo.<sup>150</sup>

As críticas remetem a preocupação da doutrina na utilização equivocada, pelo Judiciário, em assegurar o mínimo existencial, não permitindo que se percam os pressupostos dos Direitos Fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana.

### 3.3 DIREITO À SAÚDE: O DIREITO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA DIMENSÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu, no ano de 1946, o conceito de saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidades.”<sup>151</sup>

Percebe-se que a conceituação acima explicitada é semelhante à adotada pelo legislador brasileiro na Constituição de 1988<sup>152</sup>; entretanto, esse conceito está sendo tecido com as nuances de preservação da vida e inserção entre os ditames da dignidade da pessoa humana, hoje largamente discutida.

O conceito de saúde, em 1978, na Conferência de Alma-Ata, estabeleceu uma perspectiva mais abrangente:

A saúde, estado de completo bem estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidades, é um direito fundamental, e a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos setores sociais e econômicos, além do setor de saúde.<sup>153</sup>

O que se tem como relevante para a construção da inserção do direito à saúde, como direito fundamental, são os valores antropológicos e culturais que

<sup>150</sup> SARLET, op.cit., 2008, p.32.

<sup>151</sup> ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Constituição da organização mundial de saúde**. Preâmbulo. Nova Iorque, 22 de julho, 1946. Disponível em [www.onu.org](http://www.onu.org). Acesso em 17/12/2012.

<sup>152</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>153</sup> OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde**. Alma-Ata, URSS, 06 a 12 de setembro de 1978.

influenciam o conceito de saúde atual:

A partir de um substrato genético, característico de cada indivíduo, podem-se identificar diversos estados de saúde para cada ser humano e níveis de saúde para os grupos populacionais. Os estados de saúde são identificáveis por meio de sensações de bem-estar e de dados objetivos fornecidos por variáveis biológicas: determinação de peso, estatura, ensaios fisiológicos e psicológicos. Os níveis de saúde são identificados mediante valores culturais do grupo humano, expressos por meio de índices de mortalidade, doença, etc.<sup>154</sup>

Ressalta-se que, desse conceito, pode-se extrair que a saúde passou a fazer parte do processo de cidadania esculpido na Constituição, como direitos e deveres e, de maneira explícita, passou a ser obrigação do Estado. A saúde é um compromisso social expresso, que para Ricardo Augusto Dias da Silva é o:

(...) resultado das ações realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, de onde se vislumbra o caráter eminentemente solidário desse direito, um compromisso a ser assumido pela sociedade consigo mesma, para a garantia de condições dignas de vida a cada ser humano, que hoje já se consensua abranger aspectos individuais e coletivos sociais e ambientais.  
(...) Sob esse prisma, bem atual é o disciplinamento jurídico estabelecido na Lei Fundamental, que garante o direito à saúde como sendo um direito público subjetivo, exigível contra o Estado, sendo cristalina a existência de um direito individual à saúde, compreendido sob diferentes óticas, dependendo da titularidade e da divisibilidade do bem tutelado.<sup>155</sup>

A doutrina também costuma citar, como fatores determinantes e condicionantes da saúde, o saneamento básico, moradia, alimentação, trabalho, meio ambiente, educação, acesso a bens e serviços essenciais e que a ausência desses fatores pode contribuir para mitigação do conceito de saúde.

Sérvulo Correia conceitua o direito à saúde como “um sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que tem a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru; THOMAS, Pedro Lourenço. **Lauda pericial:** aspectos técnicos e jurídicos. São Paulo: RT, 2000, p.19.

<sup>155</sup> SILVA, op.cit., p. 76.

<sup>156</sup> CORREIA, Sérvulo. Introdução ao direito à saúde. In: ASCENSÃO, Oliveira; ROCHA, Nogueira, RAPOSO, Mário; MONTEIRO, Sinde; CORREIA, Sérvulo ; MARTINES, Soares; AMARAL, Freitas; FARIA, Paula Lobato; AUBY, Jean Marie. **Direito da saúde e bioética**. Lisboa: LEX, 1991, p.41.

A Constituição de 1988 elevou o direito à saúde como categoria de Direito Fundamental, de direito subjetivo público, afastando a concepção de saúde pública como dever do Estado apenas para coibir doenças que colocavam a coletividade em risco, mas estabelece-se que o Estado deve garantir a saúde através da formulação e execução de políticas públicas, além de prestação de serviços públicos para promover e prevenir a saúde.

A Constituição estabeleceu que o contexto socioambiental é relevante, sendo a primeira constituição brasileira a referir-se expressamente à saúde como parte integrante do interesse público, pois as anteriores referiam-se à assistência à saúde exclusivamente para o trabalhador, nessas condições.<sup>157</sup>

No rol de direitos fundamentais, utiliza-se aqui a doutrina de Dimitri Dimoulis, que conceitua Direitos Fundamentais como sendo “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”<sup>158</sup>

Não há unanimidade terminológica na doutrina sobre direitos fundamentais. Há autores que utilizam “direitos humanos fundamentais”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana” utilizamos a terminologia direitos fundamentais por ser a mesma nomenclatura da Constituição Federal.

Direitos fundamentais são os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica<sup>159</sup>.

A finalidade dos direitos fundamentais, nesse sentido, é conferir aos indivíduos a posição de direito subjetivo e, conseqüentemente, limitar a atuação do Estado. Para José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente,

---

<sup>157</sup> MARTINS, Wal. **Direito à saúde**. Compêndio. Belo Horizonte: Fórum. 2008, p. 47.

<sup>158</sup> DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 53.

<sup>159</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de Direito Constitucional**. Brasília, Gran Cursos, 2011. P. 88

destacando que muitos desses direitos são direitos de personalidade.<sup>160</sup>

Ainda sobre os direitos fundamentais, desde o reconhecimento de sua existência, eles sofreram transformações em sua titularidade, conteúdo, eficácia. Para parte da doutrina, essas transformações históricas dividem o direito fundamental em gerações de direitos, termo propagado por Paulo Bonavides, que afirma que essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais

é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte.<sup>161</sup>

A doutrina mais moderna, porém, defende a ideia de que o termo “gerações” dos direitos fundamentais pode resultar na conclusão de que há substituição de uma geração por outra, ou seja, de que os “os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.”<sup>162</sup> Utilizam por conseguinte, o termo “dimensões” de direitos fundamentais.

Os direitos sociais esculpidos no art. 6º da Constituição, e no qual a saúde está inserido, podem ser definidos como “direitos do indivíduo e da coletividade que estão relacionados às prestações positivas do poder público nas áreas econômicas e social, que tenham por objetivo a melhoria das condições de vida e de trabalho da sociedade”.<sup>163</sup>

Não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, e apesar da terminologia sugerir, todos eles possuem o mesmo grau de importância independentemente de qual dimensão façam parte. Foram feitas referências aos direitos que correspondem às dimensões no capítulo 2 e frisa-se, nesse instante, as normas de direitos sociais, surgidas como direitos de segunda dimensão por serem reivindicações

---

<sup>160</sup> CANOTILHO, op.cit., p. 359.

<sup>161</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.268.

<sup>162</sup> SARLET, op.cit., 2009. p. 45.

<sup>163</sup> RIBEIRO, Marcus Vinícius. **Direitos humanos e fundamentais**. Campinas: Russel, 2009, p.91.

de justiça social.

O que os difere dos de primeira dimensão, é a obrigação do Estado a fazer em benefício de quem necessite, ou seja, é uma prestação positiva. Para George Marmelstein, os direitos de segunda dimensão “impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade.”<sup>164</sup>

O direito à saúde é um direito social e, portanto, de segunda dimensão. Deveria ser classificado como prestação positiva exclusiva do Estado, mas possui também facetas negativas como impedir o Estado de editar normas que prejudiquem a saúde da coletividade, eis que o Estado não pode agir em desfavor dos cidadãos. Ainda, confere a empresas privadas, parte da promoção à saúde. Ingo Wolfgang Sarlet ensina que sobre os direitos de segunda dimensão, explicando que estes

(...) não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve (...) A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais.<sup>165</sup>

Assim, os direitos de segunda dimensão comportam duas vertentes, uma de natureza negativa, a de exigir do Estado que se abstenha de práticas que prejudiquem a saúde da coletividade e outra positiva, de exigir do Estado a realização de políticas de saúde.

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos além de suas dimensões classificatórias, de individual, social, solidariedade, pois a análise mais cuidadosa do direito à saúde pode levar a considerações de que não se trata apenas de direito social de coletividade, mas de um direito coletivo.

Tutelar o direito à saúde é antes de tudo prevenção. A promoção coletiva não afasta, porém, o dever estatal e o direito subjetivo do cidadão, de prestar, e receber assistência individual. O direito individual e o coletivo se complementam, pois não há saúde com doenças, assim como não há combate a doenças sem promoção da qualidade do ambiente circundante. A oferta,

---

<sup>164</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p.51.

<sup>165</sup> SARLET, op.cit., 2009. p. 48.

pelo Estado, de serviços de prevenção e promoção da saúde é, pois, concretização de direitos sociais (CF, art. 6º), inserindo-se no regime jurídico dos direitos fundamentais coletivos.<sup>166</sup>

Os direitos sociais, esculpidos art. 6º da Constituição Federal, trouxeram a universalidade dos direitos fundamentais, ou seja, o ser humano passou a ser titular dos direitos fundamentais, independentemente de classe ou instituição que faça parte.

Este princípio<sup>167</sup>, o da universalidade, define quem será o destinatário das ações ou serviços públicos de saúde: todos os cidadãos, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, segundo estipulou o art. 7º, inciso IV da Lei nº 8.090/90 (Lei Orgânica da Saúde).

A Constituição de 1988, no *caput* do seu art. 5º, reconhece como titular dos direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e pelos conexos princípios da isonomia e da universalidade, toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no país (...).<sup>168</sup>

Vê-se diante do fato de que o direito à saúde está ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dentro de nossa Constituição está inserido em vários dispositivos.

Até a Constituição de 1988, nenhuma outra constituição brasileira havia se referido expressamente à saúde como parte integrante do interesse público e como princípio em favor do indivíduo. O direito à saúde como direito fundamental, vincula os três poderes, não podendo ser excluído da Constituição nem por emenda constitucional.

Nas Constituições passadas, o direito à saúde era garantido apenas aos trabalhadores regulares ou contribuintes autônomos, que tinham acesso ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Todos os demais, ou arcavam com os custos privados, ou se submetiam às instituições filantrópicas, que

---

<sup>166</sup> DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.342.

<sup>167</sup> Ainda que a Constituição de 1988 não tenha diretamente se referido ao princípio da universalidade, e a despeito de ter atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros, e aos estrangeiros residentes do país, a rigor do disposto no *caput* do seu art. 5º, é de se ressaltar que no direito brasileiro vigora o princípio da universalidade, o qual não deve ser confundido com o princípio da igualdade. Fonte: WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde**. Limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais. Cascavel: Assoeste, 2011, p.73.

<sup>168</sup> SARLET, op.cit., p. 210.

exerciam a assistência pública de saúde.<sup>169</sup>

Em nossa Constituição atual, está expresso no art. 196 que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado”. A norma expressa o caráter universal e igualitário do serviço a ser prestado e que os serviços públicos referentes devem ser destinados à toda a população, indistintamente. O acesso universal exclui a ideia de que só os que contribuem têm direito a ter os serviços de saúde e à sua proteção.

O status de política de relevância pública veio expresso no art. 197, dentro da seguridade social, devendo ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, por meio dos recursos advindos dos orçamentos da União, estados e municípios, além das contribuições sociais.

A Constituição de 1988, então, buscou transformar a estrutura econômica e social por meio de regras e princípios, criando as políticas para que a sociedade realize os objetivos pretendidos.

Podemos salientar que o direito à saúde está constitucionalmente consagrado e evidenciado pelo art. 196 da Constituição de 1988, e que este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob os auspícios de uma Constituição dirigente, a qual, não representa um mero estatuto. Desta forma, mesmo carecendo de atividade legiferante para se efetivar, representa uma norma que deve ser efetivada de maneira imediata, gerando, desta maneira, efeitos concretos para a sociedade, como almejou nosso constituinte.<sup>170</sup>

As regras criadas podem ser visualizadas entre as imposições ao Estado à manutenção da saúde, no art. 23, II que estabelece, como competência comum dos estados o cuidado à saúde e, no art. 24, XII, que incluiu no âmbito da competência concorrente a legislação sobre proteção e defesa da saúde.

Porém, é inquestionável que, mesmo o direito à saúde sendo um direito fundamental, que sua efetividade possua relevância e o acesso deva ser universal, há um reconhecimento de que é cada vez mais difícil satisfazer essa obrigação e atender universalmente a todos os indivíduos.

Norberto Bobbio, ao analisar a proteção dos direitos fundamentais, afirma que “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era

---

<sup>169</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70.

<sup>170</sup> RAGAZZI, José Luiz; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direito Fundamental à saúde: um enfoque histórico evolutivo. In: GÖTTEMS, Claudinei; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). **Direitos fundamentais: da normatização à efetivação nos 20 anos da Constituição brasileira**. Birigui: Boreal, 2008. p. 80.

mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.<sup>171</sup> Defendendo a mesma ideia, auxilia-se no posicionamento de que a proteção aos direitos sociais, entre eles, o direito à saúde. Encontra óbice na efetividade de atingir a maioria.

“...o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas, que apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. (...) Partir da constatação da enorme defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos do homem e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos nos Estados particulares e no sistema internacional. Essa defasagem só pode ser superada pelas forças políticas. Mas os sociólogos do direito são, entre os cultores de disciplinas jurídicas, os que estão em melhores condições para documentar essa defasagem, explicar suas razões e, graças a isso, reduzir suas dimensões.”<sup>172</sup>

Conscientes dessa questão, sabe-se que o princípio do acesso universal e igualitário, expresso no art. 196 da Constituição, garante o alcance do direito à saúde a todo e qualquer cidadão de forma idêntica e independentemente de contribuição. O desafio está em atender a universalidade sem que isso implique na manutenção de injustiças sociais.

A prestação de saúde, da mais alta tecnologia a todas as pessoas, é capaz de consumir toda a receita de um Estado, portanto, o alcance das funções assumidas por ela deve prever limites. Como ensina Marçal Justen Filho, é preciso superar a noção de que o Estado é o ente mais apto a prestar todas as atividades para a consecução de suas funções.<sup>173</sup>

Para que o Estado atue com efetividade para proporcionar a universalidade pretendida nos casos da saúde, é imprescindível uma transformação da Administração Pública, segundo Vital Moreira. O autor assinala que:

---

<sup>171</sup> BOBBIO, op.cit., p. 45 e 63.

<sup>172</sup> BOBBIO, op.cit., p. 97.

<sup>173</sup> “Nesses dias, em que se afirma a redução das dimensões do Estado, a sociedade se depara com um impasse. A atribuição de incontáveis funções à estrutura estatal produzia não apenas a redução da autonomia privada, mas também da responsabilidade moral do indivíduo. É que a visão ampliada das funções do Estado gerava concepções paternalistas que desoneravam os indivíduos. Significava a irrelevância da participação do particular para promover o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais valores fundamentais. Aludir a solidariedade humana tornou-se quase despropositado, em fase da ilusão de que algum órgão estatal se encarregaria de atender às necessidades alheias. Sob um certo ângulo, a afirmação de um Estado do Bem-Estar trazia consigo uma grande comodidade filosófica: a transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 11.

A passagem de concepções burocráticas da Administração pública para sua consideração como organização prestadora de serviços, obrigada a uma racionalidade “econômica” na utilização de recursos humanos e financeiros, tem profundas implicações nos modelos organizatórios tradicionais.<sup>174</sup>

Assim, conclui-se com a advertência de que não basta a eleição da garantia dos direitos fundamentais como um dever do Estado, mas também a “racionalização de toda a sua atividade em função dos objetivos pretendidos”.<sup>175</sup> É preciso reconhecer os limites da Administração Pública, do mercado e da sociedade.

### 3.4 PÚBLICO E PRIVADO NA PRESTAÇÃO DE SAÚDE

A dicotomia sugerida entre o público e o privado encontra grande importância na área da saúde, e por intencionar estabelecer critérios para desenvolver a ideia e contexto da atuação das empresas privadas de planos de saúde no Brasil. Haverá a abordagem para assinalar a importância dos significados de público e privado, para a doutrina.

Giovani Gurgel Aciole, quando se posiciona sobre significado de público e privado na área da saúde, define que:

Ao resgatar a construção da babel de significados e sentidos com que são adjetivados os dois termos, conclui-se haver mais uma relação de interpenetração entre ambos do que a tendência dicotômica e de oposição em que comumente os colocamos.<sup>176</sup>

O sistema público de saúde brasileiro, previsto na Constituição de 1988, foi implantado no Brasil, na década de 1990, sob o nome de Sistema Único de Saúde (SUS). Há, no entanto, o reconhecimento de que a insuficiência dos serviços públicos na área da saúde tem causado danos, sob vários aspectos, aos indivíduos. Seja na impossibilidade de universalidade da prestação do serviço, seja na falta ou escassez de

---

<sup>174</sup> MOREIRA, Vital. **Organização administrativa**. Coimbra: Coimbra, 2001, p.18.

<sup>175</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado e do direito: do estado de direito liberal ao estado social democrático de direito. In: MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 49.

<sup>176</sup> ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem de antinomia público x privado: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface Comunicação, saúde e educação**, Botucatu, Fundação Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006, p.7.

recursos para manutenção dos serviços.

A realidade brasileira induz ao entendimento de que é necessária a divisão de tarefas com a iniciativa privada, gerando polêmicas sobre o papel desempenhado pelos particulares na prestação estatal e os limites da regulação.

Verifica-se interseção entre as esferas públicas e privadas na saúde e a clara verificação da disparidade de serviços prestados por um e por outro.

A construção de um sistema misto como o brasileiro, em que formas privadas de organização do cuidado para segmentos específicos da população, convivem com a oferta estabelecida pelo SUS, parecem criar crescentes e complexos espaços de restrição ao acesso universal e equânime a serviços e produtos.<sup>177</sup>

Existe a previsão constitucional de complementaridade do setor privado à saúde pública estabelecida, mas a realidade mostra o distanciamento entre o público e o privado. Há o antagonismo entre a atuação do Estado e o mercado de assistência à saúde, ressaltado na crítica:

Se antes do processo de globalização econômica os interesses e as diferenças sociais eram grandes, agora são assustadoramente maiores. O que hoje define as prioridades na construção de sistemas de saúde pública não são as demandas ou as necessidades detectadas na realidade social, é o mercado. E, em última análise, é esse mesmo tipo de mercado mecânico e perverso que determina as formas de nascimento, vida e morte; aquelas pessoas que devem viver mais ou menos.<sup>178</sup>

Da divisão entre o público e o privado na área da saúde, o termo público é usado para designar a prestação coletiva, comum e de acesso por todos. E o privado, remete ao individual e exclusivo, associado à melhor qualidade.<sup>179</sup>

Há um evidente contraste entre os dois serviços apontados na dicotomia, onde o setor privado parece ser o bálsamo para o caos que o setor público inseriu à saúde. Os efeitos disso podem ser o entendimento equivocado de que um substitui o

---

<sup>177</sup> TEMPORÃO, José Gomes. O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública. Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 5, p. 1323-1339, set./out. 2003, p.1338.

<sup>178</sup> GARRAFA, Volnei. **Por uma ética periférica**. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 out. 2002, Caderno Opiniões, p. A3.

<sup>179</sup> ACIOLE, op.cit., p. 11.

outro.

É de se notar que na saúde, muitas vezes, essa atuação conjunta é indispensável porque, mesmo sob um prisma individualista, não há efetividade sem a proteção da coletividade. É exemplar a preocupação com o combate à AIDS e os esforços na erradicação dos focos do mosquito transmissor da dengue.<sup>180</sup>

A denominação de privado associa-se a interesses de particulares e também ao mercado e à denominação pública, significando a prestação à coletividade pelo Estado.

Essa polarização segmenta e aponta negativamente a prestação de saúde pelo Estado. Veja-se a visão das pessoas sobre o tema: “... o material de pesquisa revela, por um lado, a segurança produzida pela adesão ao plano de saúde e, por outro, a insegurança presente na condição de usuário do sistema público de saúde.”<sup>181</sup>

Há discursos que afirmam que o sistema público de saúde é pautado na atuação do Estado Social, como ocorre na Dinamarca, ou Noruega, mas o que de fato ocorre é a aproximação do sistema típico liberal:

O Brasil possui uma estrutura do gasto em saúde bastante diferente da dos sistemas nacionais de saúde de Estados de Bem Estar e, no que diz respeito à participação do Estado no financiamento setorial, muito assemelhada ao padrão dos EUA, cujo sistema de saúde é tido como típico do modelo liberal.<sup>182</sup>

O que os trabalhos científicos pretendem com os estudos sobre o tema, é sugerir que o Brasil não possui condições de atender à premissa constitucional de universalidade no acesso a saúde e, o que se fomenta, é uma forte separação entre o público e o privado, não os relacionando com a complementariedade como pretende a constituição.

No sistema de Saúde brasileiro, os planos privados de assistência à saúde se configuram como mais um fator de geração de desigualdades sociais no acesso e na utilização de serviços de saúde, pois cobrem apenas uma parcela

---

<sup>180</sup> SCHULMAN, Gabriel. Planos de saúde. **Saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.234.

<sup>181</sup> FARIAS, Luiz Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo de adesão ao sistema de saúde suplementar. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 405-416, 2001, p.411.

<sup>182</sup> UGA, Maria Alice Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa. Uma análise da equidade do financiamento do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública (FIOCRUZ), 2005, p.59.

específica da população brasileira: pessoas de maior renda familiar, de cor branca, com maior nível de escolaridade, inseridas em determinados ramos de atividade do mercado de trabalho, moradores das capitais/regiões metropolitanas.<sup>183</sup>

Ultrapassando a discussão para evoluir a temática comentada acima, a doutrina “deparou-se com a necessidade de focar a multiplicidade dos sistemas de cuidados que ultrapassa a dicotomia vigente entre público, como sendo sinônimo de estatal, e privado como sendo sinônimo de mercado.”<sup>184</sup>

O setor saúde, no Brasil, vem se constituindo há décadas com um mix público/privado, com composição variada no correr dos anos, em função da adoção desta ou daquela política de saúde, mas sempre significando um relacionamento estreito entre Estado e serviços privados de saúde, que foram se expandindo e consolidando no correr dos anos com forte financiamento público.<sup>185</sup>

O que se pretende demonstrar com o texto acima, é que o “sistema misto” não despreza que: nem o público foi absorvido pelo privado, nem o privado foi abarcado pelo público.

Há uma lógica, não expressa, que revela que o há financiamento público na esfera privada no setor de saúde, envolvendo recursos volumosos para as empresas de planos de saúde privados. Essa transferência de recursos pode ser verificada<sup>186</sup> com a) renúncia fiscal, b) empréstimos realizados pela ANS para operadoras de planos de saúde em dificuldades financeiras, c) compra de serviços pelo SUS e ainda d) contratação de planos de saúde a servidores públicos, pelo poder público.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> PINTO, Luiz Felipe; SORANZ, Daniel Ricardo. Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional do Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 1, p. 85-98, 2004, p. 96.

<sup>184</sup> CONILL, Eleonor Minho. O mix público-privado na utilização de serviços de saúde: um estudo dos itinerários terapêuticos de beneficiários do segmento de saúde suplementar brasileiro. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1501-1510, set./out. 2008, p.1.502.

<sup>185</sup> ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde. Série Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005.

<sup>186</sup> A renúncia de imposto de renda relativa a saúde atingiu, em 2008, aproximadamente 9 bilhões de reais. A soma dos gastos com planos de saúde para servidores públicos atingiu quase 10% do total de gastos com planos privados de saúde no país. Fonte: SCHULMAN, op.cit., p. 244.

<sup>187</sup> AZEVEDO JUNIOR, Renato (Coord.). **Planos de saúde: nove anos após a Lei nº 9656/98**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007, p. 72.

Os incentivos tributários, ou renúncia de arrecadação, pelos quais o setor público financia indiretamente o setor privado, não tornam imediatamente evidentes os setores e ações beneficiadas por tais despesas tributárias, evitando enfrentamentos frontais e uma real explicitação das prioridades de gasto público. Em sociedades muito desiguais como o Brasil, esta estratégia pode abrigar uma escolha trágica e silenciosa entre os que terão acesso a serviços e os que serão mais uma vez excluídos.<sup>188</sup>

Ressalta-se a crítica de Lígia Bahia sobre o assunto que observa:

...esse elevado grau de embricamento entre o público e privado que estrutura relações financeiras e assistenciais no sistema de saúde é regulado por políticas públicas explícitas e implícitas que incluem ainda: 1) o pagamento de valores de remuneração para determinados procedimentos, por secretarias municipais e estaduais de saúde, acima da denominada tabela do SUS; 2) a contratação de cooperativas que comercializam planos de saúde para administrar serviços públicos; e 3) os sofisticados mecanismos de complementaridade da produção de ações e serviços de alto custo pelos serviços públicos, não previstos nos contratos de plano de saúde.<sup>189</sup>

Elimina-se então, a ideia de que no Brasil existem dois sistemas que não se relacionam: o SUS para os pobres e os planos de saúde, para a classe média e para os trabalhadores formais. A intenção, no entanto, não é afirmar que os planos de saúde seriam os vilões, mas sim levantar a questão de que há uma interligação entre o público e o privado e é necessária a construção desse mercado privado, nas lacunas deixadas pelo Estado.

A ênfase de toda a pesquisa é mostrar a relevância da atividade de planos de saúde, atividade econômica da iniciativa privada, e como possui importância social.

A Constituição de 1988 menciona no art. 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” e todas as ideias aqui pautadas parecem favorecer a discussão acerca da necessidade e interligação entre o público e o privado, na área da saúde e deixar de lado a contrapartida de que a iniciativa privada abocanhou, sem critérios, os serviços públicos de natureza essenciais.

---

<sup>188</sup> DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento de Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1851-1864, nov. 2007, p. 1861.

<sup>189</sup> BAHIA, Lígia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006, p.166.

### 3.4.1 Dos recursos públicos e privados na área da saúde

Os recursos são as fontes de financiamento do setor de saúde e a análise de integração dos dois termos, demonstra a complementaridade dos mesmos, assim como propôs a Constituição.

O financiamento do setor público de saúde<sup>190</sup> pode ser formado por diferentes composições, incluindo o setor privado.<sup>191</sup>

A Constituição determina, no art. 195, que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante os recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições sociais do empregador e do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social. O SUS como parte integrante da seguridade social recebe os recursos de acordo com o que determina o parágrafo primeiro do art. 195 da Constituição Federal.<sup>192</sup>

Os artigos constitucionais referentes à saúde foram regulamentados pelas Leis nº 8.090/90 e nº 8.142/90. A primeira determinava as formas de proteção, promoção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, o que incluía as condições de transferência de recursos para a saúde nas esferas estaduais e municipais. A segunda lei determinava as formas de participação da comunidade na gestão do SUS, criando os Conselhos de Saúde, das transferências intergovernamentais de recursos para a saúde nos estados e municípios.

A década de 1990 era então marcada pela subdivisão de alocação de

---

<sup>190</sup> De acordo com o governo brasileiro, o gasto público com a saúde, como social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos proporção do PIB, em 2004, foi de 3,7%. O gasto federal com a saúde, como proporção do PIB, é de 1,76%, e o gasto federal com a saúde sobre as despesas totais é de 3,1% em 2005. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Consultoria jurídica. Implementação do direito à saúde no Brasil. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: MS, 2010. p. 13.

<sup>191</sup> PORTARIA nº 399, de 2006. Disponível: [www.saude.gov.br/portarias](http://www.saude.gov.br/portarias). Acesso em: 05/01/2013.

<sup>192</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 195. “A seguridade provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

recursos como: a) financiamento público: advindo do Ministério da Saúde, dos recursos dos orçamentos fiscais e da seguridade social, das Secretarias Estaduais de Saúde, das Secretarias Municipais de Saúde, dos convênios internacionais e contratos com órgãos internacionais, subsídios aos investimentos e à prática médica privada e dedução no pagamento do imposto de renda de parcela gasta em tratamentos de saúde; b) financiamento privado: pagamento direto do sistema de assistência médica; medicina de grupo e cooperativas médicas, seguro saúde; planos de autogestão<sup>193</sup> e planos de administração.

A falta de critérios legais para a gestão desses recursos fez com que fosse aprovada, no ano 2000, a Emenda Constitucional n° 29, que alterou a Constituição Federal, assegurando a efetiva coparticipação da União, dos Estados e dos Municípios no financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

A implementação de várias normas e da própria emenda acima mencionada, marcou a descentralização dos recursos destinados ao setor.

A Portaria n° 399, de 2006, emitida pelo Ministério da Saúde, com a finalidade de consolidar o Sistema Único de Saúde e formar diretrizes, dispõe no Anexo I que:

“(...) as diretrizes para o sistema de financiamento público tripartite: busca critérios de alocação equitativa dos recursos; reforça os mecanismos de transferência fundo a fundo entre governos; integra em grandes blocos o financiamento federal e estabelece contratuais entre os entes federativos.

Constitui os princípios gerais de financiamento do SUS que determina a responsabilidade das três esferas de gestão, União Estados e Municípios e determina outro ponto fundamental: a redução das iniquidades macrorregionais, estaduais e regionais a ser contemplada na metodologia da alocação de recursos, considerando também as dimensões raciais e sociais.

Para que seja assegurada a universalidade e equidade do sistema de saúde, criou-se a possibilidade de gestão pelas pessoas jurídicas de direito privado, de execução das atividades de relevante interesse público, ficando a cargo do Estado a avaliação e regulação do desempenho destas.

---

<sup>193</sup> Contribuições compulsórias dos trabalhadores somadas aos recursos das empresas patrocinadoras públicas ou privadas. Fonte: MARTINS, op.cit., p. 92.

### 3.5 SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Entende-se por saúde suplementar os planos de saúde. O termo auxilia na compreensão de que se trata de um serviço suplementar ao serviço público, ou seja, o SUS.

O serviço é prestado e organizado por pessoas jurídicas especializadas, denominadas operadoras de planos de saúde. “Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde.”<sup>194</sup>

A participação privada no setor de saúde esteve presente no desenvolvimento do Estado, e a consolidação da ideia de que a saúde constitui direito a ser garantido pelo Estado a todas as pessoas configura um marco transformador relevante para justificar a saúde suplementar.

Tal transformação teve início em meados do século passado, quando países com sistemas jurídicos tão diferentes como Inglaterra, França e Alemanha passaram a garantir progressivamente a universalização do acesso aos serviços de saúde – seja por meio da ampliação do sistema de seguros sociais, seja por meio da criação de sistemas nacionais de saúde.<sup>195</sup>

No Brasil, esse marco transformador proporcionou a consciência de grande parte da população sobre os serviços de saúde, que constituem direitos a serem exigidos em face do Estado e também proporcionou organização do Estado na forma de funcionamento dos sistemas de saúde.

O Estado criou uma estrutura administrativa para regular as atividades estatais e não estatais, voltadas a garantir o direito à saúde. Júlio Cesar da Rocha compartilha esse raciocínio definindo o que é direito a saúde:

Direito da saúde pode ser entendido como um conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinada a ordenar proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e funcionamento dos

---

<sup>194</sup> BAHIA, op.cit., p.163.

<sup>195</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.156.

serviços correspondentes e asseguradores desse direito.<sup>196</sup>

Dentre as funções do Estado para a manutenção dos sistemas aptos a promover tal direito, Fernando Borges Mânica resume e destaca os seguintes:

- (i) a formulação e o planejamento de políticas públicas;
- (ii) o financiamento das atividades públicas e incentivos às atividades privadas;
- (iii) a regulação de todo o setor;
- (iv) a prestação dos serviços<sup>197</sup>

A Constituição de 1988, como já tratada na presente pesquisa, faz referência expressa à participação do setor privado no sistema público de saúde e estampa o caráter de complementaridade. “A delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional de complementaridade.”<sup>198</sup>

O mesmo autor, ao analisar a estatização exclusiva da prestação de serviços de saúde, menciona que essa ideia ainda é defendida no Brasil, mas há muito tempo foi abandonada por outros países democráticos e, para o autor, não promove o direito à saúde, mas incentiva o atraso e o enfraquecimento do próprio SUS. O que se propõe então, é o sistema criado pela Constituição de 1988 que prevê a colaboração do setor privado na saúde.

Entende-se, desta forma, que o termo suplementar, que dá nome ao item desta pesquisa, remete ao caráter complementar<sup>199</sup> da atividade da iniciativa privada, atribuído à saúde, pela Constituição.

Há uma diferença no regime proposto pela Constituição, ao dispor no art. 197<sup>200</sup>, que a prestação de saúde pode ser executada “diretamente ou através de terceiros e, também por pessoa física ou jurídica de Direito Privado”, e no artigo 199<sup>201</sup>, que

<sup>196</sup> ROCHA, Júlio Cesar. **Direito da Saúde**. São Paulo: LTr, 1999, p.49.

<sup>197</sup> MÂNICA, op.cit., p. 156.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>199</sup> Frisa-se que não são prestações de saúde suplementar os contratos de direito público, ou convênios entre os hospitais, ou serviços privados e o SUS, nem o atendimento mediante pagamento do paciente para o médico. SCHULMAN, op.cit., p. 202.

<sup>200</sup> BRASIL, Constituição (1988). Art. 197. “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente, ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

<sup>201</sup> BRASIL, Constituição (1988). Art. 199. “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

menciona que “a assistência à saúde é livre a iniciativa privada”, autorizando os particulares à prestação remunerada da saúde, o que justifica o cenário de atuação dos planos de saúde.

É diferente, portanto, a prestação de saúde pública por particulares e a prestação no âmbito da saúde suplementar.<sup>202</sup>

O nome utilizado pela doutrina - saúde suplementar - não é unânime e foi utilizado pela legislação brasileira para denominar as relações com os planos de saúde e seguros de saúde. “Além de saúde suplementar, também são comuns denominações: atenção médica supletiva, assistência médica complementar ou assistência médica suplementar.”<sup>203</sup>

### 3.5.1 O histórico das normas da saúde suplementar no Brasil

A saúde privada prestada no Brasil, frente ao seu desenvolvimento e à sua progressão, “em consonância com a precariedade do sistema público,<sup>204</sup>” necessitou regulamentação do setor, antes regido pelo Decreto-Lei nº 73<sup>205</sup>, de 21 de novembro de 1966, pelo Código Civil Brasileiro e, ainda, pelo Código de Defesa do Consumidor, a partir de 1991.

Em 1994, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.425/94, que teve como objetivo regulamentar as denominadas exclusões assistenciais, dos seguros e planos de saúde sem, no entanto, tornar-se lei.

---

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (...).”

<sup>202</sup> Do ponto de vista da atividade regulatória, vincula-se a saúde suplementar à ANS-Agência Nacional de Saúde Suplementar e a prestação de saúde, de modo geral, à ANVISA-Agência Nacional de Vigilância Sanitária. “Vale frisar que a ANS não regula todos os serviços de saúde (prestadores de serviço como médicos, hospitais e medicamentos), mas apenas a ponta do sistema, que lida com a comercialização de planos de saúde por pessoas jurídicas denominadas operadoras de planos de saúde”. CUNHA, Paulo Cesar Melo. **Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 91-92.

<sup>203</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise nas ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: USP, 2006, p.49.

<sup>204</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes. **Planos de Saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivivm, 2008, p.52.

<sup>205</sup> O decreto criou o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

A partir de 1996, as audiências públicas sobre o tema possibilitaram a votação em 1997. A Lei nº 9.656/1998 foi publicada em 04 de junho de 1998, e sofreu inúmeras modificações, inclusive no dia seguinte à sua publicação.

Em 05 de junho de 1998, foi editada a Medida Provisória nº 1.665 e posteriormente várias outras até a Medida Provisória nº 2.177-44, de maior relevância, que alterou e definiu o texto legal.

As regras impostas à atividade são aquelas regras gerais do direito privado, mas o marco regulatório, que justifica a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é a Lei nº 9.656/1998, alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44.

Outras importantes leis referentes, que merecem ser citadas, e justificam o trânsito legislativo na época, foram, antes da criação da ANS, a Medida Provisória 1.665/98, que institui o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), competente para normatizar as questões relacionadas à prestação de serviço no mercado de saúde suplementar.

As normas referiam-se aos mecanismos de regulação da atividade, os reajustes de preços dos planos de saúde e quais procedimentos seriam de cobertura obrigatória, ou não.

No ano 2000, foi promulgada a Lei nº 9.961, que criou a ANS:

Art. 3º - A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde do País.<sup>206</sup>

No ano 2000, segundo pesquisa<sup>207</sup> realizada pela ANS, havia 2.004 operadoras de planos de saúde no Brasil e, em dezembro de 2009, eram 1.098 o que, segundo conclusão da agência, as regras impostas sobre exigências e garantias financeiras, ampliação de coberturas dificultaram a permanência de várias operadoras, tornando as liquidações judiciais bastante comuns na década.

---

<sup>206</sup> LEI nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Regulamento da MP 2.012-2, de 30.12.99 **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/legislacao/lei9961.htm>. Acesso em: 02/02/2013. **Art. 3º:** “A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

<sup>207</sup> ANS. **Caderno de informações da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos.** Brasília: ANS, 2010. Disponível em [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em: 07/01/2013.

### 3.5.2 Estrutura da saúde suplementar no Brasil

Saúde suplementar é a atividade dos planos de saúde, que são entidades privadas que desenvolvem a intermediação e/ou a prestação de serviços da saúde. Nos termos legais - art. 1º, inciso I da Lei nº 9.656/1998 - as operadoras de planos de saúde são pessoas jurídicas que:

...realizam prestação continuada de serviços ou coberturas 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 ou ordem do consumidor.<sup>208</sup>

Atualmente, existem muitas operadoras de planos de saúde no Brasil, e independentemente da forma jurídica adotada, todas as pessoas jurídicas que oferecem esse serviço de planos de saúde devem ser classificadas como operadoras e submetidas às regras da Lei nº 9.656/1998.

Segundo Gustavo Tepedino, há três modalidades de formação dessas empresas. São elas: medicina de grupo; seguro de saúde e cooperativa médica.

Atuação se dá através de três espécies de operadoras: a) empresas de medicina de grupo, que asseguram atendimento médico através de equipe profissional própria ou credenciada; b) as cooperativas de serviços médicos organizadas pelos profissionais da saúde, que poderão também contar com médicos credenciados; c) as empresas seguradoras que, mediante contrato de seguro, reembolsam os segurados pelas despesas médicas e hospitalares, segundo limites estabelecidos na apólice. As duas primeiras espécies organizam os chamados planos de saúde, enquanto a terceira oferece os seguros de saúde ou seguros-saúde.<sup>209</sup>

O Conselho Nacional de Secretários da Saúde elege ainda mais uma modalidade de empresa que oferece plano de saúde, as denominadas operadoras de autogestão, que se diferenciam pela ausência de oferta ao mercado, sendo adotada por

<sup>208</sup> LEI nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm). Acesso em: 02/02/2013.

<sup>209</sup> A responsabilidade médica brasileira na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIN, Arruda *et al.* **Aspectos controvertidos do novo Código Civil.** São Paulo: RT, 2003. p. 291-314, p. 302.

empresas como um benefício para o empregado, bem como para as associações e fundações.

Os contratos de planos de saúde, das operadoras, sejam elas quais modalidades forem, pelo entendimento da jurisprudência pátria, serão submetidos ao crivo do direito do consumidor, que irá interpretar a relação jurídica existente sob essa perspectiva. Esse é o contexto e estrutura da saúde suplementar no Brasil.

### **3.5.3 As principais características do serviço de saúde suplementar definidas pela Lei nº 9.656/1998**

A Lei nº 9.656/1998 regula a atividade de planos de saúde e traz alguns conceitos a esta pesquisa. O primeiro deles, denomina-se Plano-Referência, que a lei define como a cobertura mínima exigida para os contratos de planos de saúde.

Dentro dessa cobertura mínima, há a opção por quatro produtos distintos: atendimento ambulatorial; internação hospitalar; atendimento obstétrico e atendimento odontológico.

Há também clara referência a contratos novos e antigos, e o que os diferencia são os contratos que foram firmados antes e depois da Lei nº 9.656/1998, antigos e novos respectivamente.

Evidentemente, há intenso polo para conflitos judiciais à abrangência da Lei aos contratos antigos e se os mesmos poderiam ser beneficiados com a retroatividade ou não da lei. Há intensa discussão na doutrina sobre o assunto, com posicionamento bastante diversos, o que parece espelhar na jurisprudência pátria. O assunto será abordado com mais cautela, a seguir. Segue o conceito de contratos coletivos e contratos individuais ou familiares.

Quando são firmados por pessoas jurídicas, são contratos coletivos. Quando firmados por pessoa física, são contratos individuais ou familiares.

Segundo pesquisa realizada pela ANS, no ano de 2011, no Brasil existiam 46,8 milhões de usuários de planos de saúde e três quartos desses usuários, estão em

planos coletivos <sup>210</sup>. Outra denominação importante utilizada pela Lei, é a coparticipação ou copagamento.

“Consiste o co-pagamento em modalidade contratual na qual os planos de saúde compartilham o valor a ser pago com o contratante, arcando com um percentual variável.”<sup>211</sup>

### 3.5.4 Considerações sobre os usuários de plano de saúde

Uma pesquisa realizada pelo Departamento de Ciências Sociais, da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, produziu conclusões importantes referentes à adesão ao plano de saúde. As dificuldades de acesso e a baixa qualidade atribuída à saúde pública são condições para o crescimento dos usuários de planos de saúde.<sup>212</sup>

A qualidade de atendimento sugerida refere-se ao momento do contato do usuário com o médico. Desse, segundo a pesquisa, não se espera apenas uma prescrição eficaz, mas a interação humanizada e personalizada. Isso porque o paciente não tem condições de avaliar a intervenção médica sobre o ponto de vista científico. “A interação interpessoal constitui, sob a ótica do paciente um aspecto central da sua avaliação sobre qualidade da atenção”.<sup>213</sup>

Quanto maior a distância cultural e econômica que separa o paciente do médico, maior é a relevância que o contato interpessoal assume na avaliação de qualidade do atendimento do médico. <sup>214</sup> O resultado dessa avaliação, aliado ao fator econômico, é pela adesão ao plano de saúde.

Há a interpretação que analisa o esgotamento do modelo estatal da assistência médica previdenciária, da década de 1970, que forçou o setor privado de assistência à saúde a conquistar consumidores entre os insatisfeitos com a saúde pública

---

<sup>210</sup> ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. beneficiários, operadoras e planos. Brasília: ANS, jun. 2011. Disponível em [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em 12/01/2013.

<sup>211</sup> SCHULMAN, op.cit., p. 224.

<sup>212</sup> FARIAS, op.cit., 2001.

<sup>213</sup> DONABEDIAN, A. **La calidad de la atención médica**: definición y métodos de evaluación. La Prensa México, D.F., 1984.

<sup>214</sup> BOLTANSKI, L. **As classes sociais e o corpo**. Graal: Rio de Janeiro, 1984.

e aptos a pagar pela proteção a sua saúde.<sup>215</sup> O mercado expandiu-se rapidamente.

Kenneth Joseph Arrow, em seu clássico trabalho de 1963, intitulado *Uncertainty and the welfare economics of medical care*, descreve que o objeto do estudo da saúde, na visão macroeconômica da atividade, está relacionado à “indústria de cuidados médicos”, que se refere especificamente ao complexo de serviços centrados no médico, grupos privados de atenção à saúde, hospitais e a saúde pública.<sup>216</sup>

A principal característica do setor de saúde, no entanto, é que o serviço produzido, como já mencionado no presente trabalho, é um dos deveres do Estado em seu comprometimento constitucional e histórico na estruturação do estado de bem-estar social.

A operacionalização da alocação de recursos no setor de saúde é o grande mote político e social do Estado Brasileiro. As regras de alocação não podem ser baseadas apenas no custo-efetividade que visa à eficiência, mas sim na equidade, finalidade maior do Estado e seus deveres primeiros. “A incerteza associada ao risco financeiro potencial, gerado pela ocorrência de doenças graves, legitima a demanda por subsídios públicos ou seguro público.”<sup>217</sup>

As empresas que atuam no ramo de saúde suplementar obedecem às regras de mercado maximizando lucros e competem para vender seus produtos. Nesse cenário, ocorre a seleção adversa (*adverse selection*) e a seleção de risco (*risk-selection*), que comprometem a eficiência do mercado de seguro.

A seleção adversa se refere à seleção de potenciais compradores, que são indivíduos cujos tratamentos custarão mais do que pagariam pelo serviço durante a relação comercial. Para proteção desta modalidade de relação comercial, as seguradoras investem na seleção de risco, uma barreira normativa para inscrição de indivíduos com potenciais problemas de saúde de alto custo.

A Lei específica que normativa a atividade no Brasil - a Lei 9.656/1998 - fundamenta a barreira com a imposição de regras para a aquisição de plano de saúde. O indivíduo deve informar, sob pena de fraude na contratação, quais as condições

---

<sup>215</sup> FARIAS, Luis Otávio. **As novas articulações entre o público e o privado no setor saúde**. Trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de Ciências Sociais em Saúde. Curitiba: ABRASCO, 1995.

<sup>216</sup> ARROW, Kenneth Joseph. *Uncertainty and the welfare economics of medical care*. **American Economic Review** 53: 941-973.

<sup>217</sup> FARIAS, Luís Otávio. Segmentação de mercados da assistência à saúde no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 8 (2): 585-598, 2003.

completas de sua saúde. Com a informação de seu estado de saúde, pode a empresa impor restrições de atendimento e cobrar-lhe valores diferenciados.<sup>218</sup>

### 3.6 RELEVÂNCIA PÚBLICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO BRASIL

O art. 197 da Constituição de 1988 estabelece que todos os serviços de saúde, sejam eles públicos ou privados, possuem relevância pública.

A relevância pública envolve o dever de regulamentação, fiscalização e o controle dos serviços de saúde, previstos na Constituição.

Como assegura Eros Roberto Grau, a qualificação constitucional dos serviços de saúde, como serviços de relevância pública, não impede que a lei qualifique outras atividades prestacionais como tal e sobre ela defina a forma de garantia do direito fundamental. O autor menciona também que a tese se comprova com o argumento de que uma das atribuições do Ministério Público é zelar pelo respeito dos serviços de relevância pública.<sup>219</sup>

A expressão da relevância pública aparece apenas em dois momentos na Constituição, para estabelecer as atribuições do Ministério Público e para identificar e qualificar os serviços de saúde.

Essa ênfase refere-se à necessidade de regulamentação, fiscalização e controle da atividade, o que a doutrina denominou como sendo regulação.

A regulação é reflexo da ampliação das competências publicas atinentes ao controle-regulação das atividades desempenhadas pelos particulares. Com isso, o Estado passa a determinar os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto e as decisões empresariais privadas, inclusive no âmbito tecnológico, passam a depender da aprovação estatal prévia ou de fiscalização permanente. Reduz-se sensivelmente a margem de autonomia privada, produzindo-se a funcionalização das atividades desempenhadas pelos particulares.<sup>220</sup>

E ainda, ao tratar do tema, Carlos Ari Sunfeld menciona que:

---

<sup>218</sup> Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Art. 11:** “É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

<sup>219</sup> GRAU, Eros Roberto. O conceito de relevância pública na Constituição de 1988. In: DALLARI, Sueli Gandolfi *et al.* (Org.) **O conceito constitucional de relevância pública**. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992, p.13.

<sup>220</sup> JUSTEN FILHO, op.cit., 2002. p. 29.

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões, etc). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo da atividade considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais).<sup>221</sup>

Compete ao Ministério Público zelar pelo atendimento à relevância pública e os serviços de saúde como um deles, fundamentando a atividade do Estado na prestação privada de serviços de saúde.

Os serviços de saúde, além de serem denominados como serviços de relevância pública, recebem outra expressão para um tratamento jurídico peculiar, que é a de serviços essenciais.

Relevância pública e essencialidade são qualificações atribuídas indistintamente (i) a atividades assumidas como responsabilidade do Estado pela garantia de sua prestação e (ii) a atividade em relação às quais o próprio mercado é capaz de satisfazer sua prestação.<sup>222</sup>

Isso significa afirmar, segundo o mesmo autor, e na esteira de José Luis Lopez-Muñiz, que “por mais vitais que sejam para os cidadãos e seus direitos fundamentais, os serviços essenciais não tem que estar necessariamente em mãos públicas (...)”.<sup>223</sup>

Na esteira, se a atividade econômica privada se mostrar capaz de satisfazer os serviços essenciais, exercendo seus direitos e liberdades em um mercado de

---

<sup>221</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 318.

<sup>222</sup> MÂNICA, op.cit., p. 148.

<sup>223</sup> LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. Servicio Público, Servicio Universal y Obligación de Servicio Público em la perspectiva el derecho comunitário: los Servicios Essenciales y sua regímenes alternativos. In: **Os caminhos da privatização da administração pública**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 270.

concorrência, sob a regulação imposta pelo Estado, não existem razões para admitir que o Estado exerça ainda mais controle sob a atividade.

Os direitos fundamentais são diretrizes do Estado brasileiro e as duas denominações, a de serviços essenciais e relevância pública são parte do que do Estado deve fazer para alcançar a efetividade dos direitos fundamentais. Isso inclui permitir que a atividade privada exerça seu papel.

Possui relevância pública a atividade de saúde suplementar, disciplinada pelas já mencionadas Lei nº 9.656/1998, lei que regulamenta os Planos de Saúde e a Lei nº 9.961/2000, lei que criou a ANS.

Também já mencionou-se que, antes da edição destas leis, o que regia a atividade era o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 9.656/1998 tratou especificamente de tornar o Código de Defesa do Consumidor subsidiário a ela, mas o entendimento de grande parte da doutrina e de reiteradas decisões judiciais, que envolvem a atividade de planos de saúde, é de que o CDC é aplicável.

Tal assertiva remete a intenção de demonstrar que se:

(...) o direito à saúde é concretizado tanto pela prestação de serviços sob a responsabilidade do Estado quanto prestação privada, em face ao princípio geral da isonomia e do princípio específico da igualdade de acesso aos serviços de saúde, não deve ser admitido tratamento, especialmente na lei, desigual entre consumidores de serviços privados de saúde e usuários do subsistema público de saúde. Em termos mais claros, não é admissível que o consumidor da mercadoria saúde ocupe posição jurídica privilegiada em face do usuário do serviço público de saúde.<sup>224</sup>

Essa interpretação inicia um debate sobre a legalidade da incidência do Código de Defesa do Consumidor e da qualificação do usuário do serviço público de saúde, que utiliza o sistema privado ou, então, usa o sistema público.

A maioria da doutrina resolve a questão, mencionando que nos casos em que o serviço for prestado de forma gratuita, o serviço deve ser submetido apenas ao que dispõem o art. 22 do CDC.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> MÂNICA, op.cit., p. 151.

<sup>225</sup> LEI nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/2010-07-23-codigo%20defesa%20consumidor.pdf>. Acesso em: 02/02/2013. **Art. 22:** “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Mas, pela análise e leitura do artigo em referência, conclui-se com a afirmação de que o artigo protege o cidadão, da mesma forma que na relação privada. A prestação de serviço público não pode justificar a ineficiência e desatenção aos direitos do usuário. “A imagem do serviço do serviço público no sentido tradicional e sagrado é ainda amplamente utilizada, mas de foto é senão um biombo, uma escusa, para escapar à pressão do cliente.”<sup>226</sup>

Um direito fundamental não pode ser considerado mera mercadoria, mas deve ser mais bem protegido do que um bem privado.

Portanto, tratar o cidadão como consumidor na medida em que detentor de direitos exigíveis frente ante o prestador, acerca da qualidade e efetiva prestação dos serviços públicos, não significa diminuir sua condição de cidadão, mas significa respeitar o direito de todos inclusive daqueles que não tem condição de satisfazer suas necessidades no mercado – na condição de consumidor.<sup>227</sup>

O serviço público de saúde, quando gratuito, aquele descrito na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde <sup>228</sup>, ato normativo criado para proteger tal usuário da relação jurídica existente, conclui-se que não se deve permitir que incida o Código de Defesa do Consumidor. Deve o Estado ser o responsável pela prestação dos serviços de saúde qualificados como públicos e gratuitos. Existe, portanto, a diferenciação do tratamento jurídico entre o usuário do serviço gratuito e do serviço privado de saúde. O Código de Defesa do Consumidor prevê a prestação destes serviços de relevância e sua proteção, e o pertinente para o presente estudo é a delimitação da participação privada suplementar de serviço de saúde.

---

<sup>226</sup> CROZIER, Michel. **Estado modesto, Estado moderno**: estratégia para uma outra mudança. Brasília: FUNCEP, 1989, p.169.

<sup>227</sup> MÂNICA, op.cit., p. 152.

<sup>228</sup> PORTARIA MS/GM nº 675, de 30 de março de 2006. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-675.htm>. Acesso em: 02/02/2013.

**“PRINCÍPIOS DESTA CARTA**

- I - todo cidadão tem direito ao acesso ordenado e organizado aos sistemas de saúde;
- II - todo cidadão tem direito a tratamento adequado e efetivo para seu problema;
- III - todo cidadão tem direito ao atendimento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação;
- IV - todo cidadão tem direito a atendimento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos;
- V - todo cidadão também tem responsabilidades para que seu tratamento aconteça da forma adequada; e
- VI - todo cidadão tem direito ao comprometimento dos gestores da saúde para que os princípios anteriores sejam cumpridos.” Disponível em: [www.saude.pr.gov.br/arquivos](http://www.saude.pr.gov.br/arquivos) Acesso em 12/01/2013.

## 4 A ATIVIDADE ECONÔMICA DE PLANO DE SAÚDE

### 4.1 AS ATUAIS CIRCUNSTÂNCIAS DA ATIVIDADE

O Estado, ao delegar as funções do serviço de saúde, foi substituído por empresas privadas que oferecem os serviços por um custo pré-estabelecido, como analisado nos capítulos precedentes.

A Constituição, quando prevê que a execução da regulamentação, fiscalização e controle as ações e serviços de saúde, permitiu a coexistência de um Sistema Único, (sistema público, financiado pelo Estado) com um mercado privado de saúde. Afirma o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

(...) em relação aos serviços e ações de atendimento à saúde, o texto prevê por um lado a edição de uma legislação que as regule, fiscalize e controle. Por outro lado, admite que as ações de saúde sejam prestadas por serviço instituído pelo Poder Público, diretamente ou por este, indiretamente, por meio de pessoas ou instituições conveniadas ou contratadas – os terceiros mencionados (...)<sup>229</sup>

A delegação funciona muito bem como implementação de políticas públicas, e o direito deve servir para também possuir um caráter compensatório e permitir o modelo de regulação estatal. Marçal Justen Filho discorre:

O direito é instrumento compensatório das desigualdades entre as pessoas e os grupos. Asseguram-se os direitos fundamentais na medida em que se cumpre essa função. Vale dizer, o poder econômico de certos grupos, ou particulares, tem de ser limitado por meio do direito, inclusive da atividade da Administração Pública e da regulação produzida pelas normas administrativas.<sup>230</sup>

Para a professora Claudia Lima Marques<sup>231</sup>, o Estado transferiu seu dever primordial ao setor privado, sem contudo regulamentar princípios, condições exigências básicas para a atuação daquele.

---

228 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 157.

230 JUSTEN FILHO, op.cit., p. 47.

231 MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 88.

Analogamente, a legislação orgânica de saúde também definiu de forma insuficiente os direitos à saúde, como a falta de especificação dos direitos coletivos à saúde; das responsabilidades do Estado e dos dirigentes das unidades de saúde; dos crimes de violação dos direitos e suas respectivas punições.<sup>232</sup>

Na primeira metade da década de 1980, a quantidade de consumidores de planos de saúde contabilizava 15 milhões de segurados, segundo os registros da Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE, 2009). Na década de 1990, o mercado já ultrapassava os 20 milhões de beneficiários e, atualmente, o número é próximo a 50 milhões de usuários.<sup>233</sup>

O voto do Desembargador Paulo Menezes, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Apelação Cível nº 026.932.4/8, de novembro de 1998, assim define o contexto da época:

Constitui-se verdade sabida que o denominado seguro-saúde floresceu no Brasil, em decorrência da notória falência do sistema de saúde mantido pelo Poder Público, sendo verdade sabida também que a atividade é altamente lucrativa (...). Os contratos de saúde, atualmente, são a única opção para um grande segmento da sociedade, que procura diante de tanta propaganda, um seguro eficaz para todos os males da saúde de sua pessoa e de sua família.

A aplicação imediata da Lei nº 9.656/1998 gerou contrastes importantes e em consonância com o processo de reformas instaurado no Brasil, no início da primeira década do Século XXI.

A partir do marco regulatório da saúde suplementar, passou-se a chamar as operadoras à responsabilidade pela manutenção e qualidade da atenção à saúde prestada a população. A ANS passou a fiscalizar os planos de saúde e efetivar o controle através de ações descritas pela Lei nº 9.961/2000.

Entre 2001 e 2004, o número de consultas e denúncias feitas à ANS, por consumidores de plano de saúde, chegou a 210 mil <sup>234</sup>, e atualizado até a presente data o número passa de um milhão de consultas e denúncias.<sup>235</sup>

Paralelamente, a época era de crítica à “ineficiência do setor público” e

---

232 RODRIGUES, Paulo Henrique. **Saúde e Cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Atheneu, 2009, p.15.

<sup>233</sup> ANS, op.cit., 2011.

<sup>234</sup> GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. **O modelo de Agência Reguladora e a ANS: construção do regime regulatório na saúde suplementar**. [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro, 2004, p.61.

<sup>235</sup> ANS., op.cit., 2011.

“eficiência do setor privado” e o SUS sofria com a política do sistema saúde. Nascia a tradição política de saúde privada, calcada na atuação dos médicos privados. Nota-se pela análise de Marli Diniz, em maio de 1998:

Os médicos, por exemplo, se tornam assalariados em grandes hospitais ou empresas de prestação de serviços de saúde – sujeitando-se a regras e regulamentos e a critérios de rentabilidade – ou se submetem à mediação de uma terceira parte (empresas de seguros médicos ou o próprio Estado, entre outras) em seus contatos com os clientes, perdendo o controle da relação.<sup>236</sup>

No modelo criado pelo constituinte, e já comentado, cabe ao Estado prestar prioritariamente os serviços de saúde sempre de modo universal e igualitário conferindo à iniciativa privada a possibilidade de prestar o serviço de saúde como atividade econômica.

Atualmente, deve-se mencionar a especialização da Medicina e o incremento dos gastos nessa área. O custo da saúde tem superado os limites do suportável, mesmo aos estados que gastam grande parte do orçamento com saúde.<sup>237</sup>

“Nos Estados Unidos, previra-se, em estudo datado de 2005, que 11% do Produto Interno Bruto daquele país seria gasto no setor no ano de 2035, mas, em 2010, o percentual chegou a impressionantes 17,9%”.<sup>238</sup>

Esses fatores mencionados fundamentam a importância do setor de saúde suplementar, a que a pesquisa releva.

Volta-se aos dados recentes, que auxiliam na compreensão do que seria o cenário da saúde suplementar atual no Brasil. Segundo pesquisa fornecida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, em dezembro de 2011, os planos de assistência privada de saúde tinham como beneficiários 47.611.632 de pessoas, ou seja, quase 25% da população brasileira.<sup>239</sup> O crescimento do setor, de 2003 a 2011, foi de 4,8%, muito superior ao revelado por outras áreas de atuação da economia.<sup>240</sup>

---

<sup>236</sup> DINIZ, Marli. Repensando a teoria da proletarização dos profissionais. **Tempo social: Revista de sociologia da USP**, São Paulo, 10 (1): 165-184, maio de 1998.

<sup>237</sup> AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.90.

<sup>238</sup> MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 4.

<sup>239</sup> Dados disponíveis em ANS, op.cit.

<sup>240</sup> MELLO, op.cit., p. 5.

O acesso a modernos tratamentos de saúde, hoje disponíveis no Brasil, pertencem também à população mais pobre que só os têm através dos planos de saúde. Segundo Luciano Tadeu Telles:

Os planos foram constituídos inicialmente para a prestação de serviços médicos de menor complexidade (...). Todavia, com o passar dos anos, além dos atendimentos simples, considerando a manifesta ineficiência dos recursos disponibilizados pelo SUS, as empresas operadoras dos planos viram-se na obrigação de ampliar sua área de atuação, oferecendo serviços complexos e, indiretamente, assumindo a função inerente ao Estado.<sup>241</sup>

A importância e relevância do segmento estão estampadas com a realidade. O que pretendemos com essa abordagem, no entanto, sem a pretensão de esgotar o tema, é delimitar o equilíbrio da atividade econômica, considerando a importância do setor.

Para tanto, será abordado o conceito da judicialização da saúde, para demonstrar a face jurídica da atividade, e como isso impacta na sobrevivência da atividade, ou seja, na sua sustentabilidade.

## 4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Recentes pesquisas, em especial a realizada na capital paulista no ano de 2011<sup>242</sup>, destacam que a saúde é o principal problema enfrentado pela população. As grandes cidades hoje com milhões de habitantes, se deparam com o aumento da longevidade e a multiplicação do universo de usuários dos serviços de saúde.

O reflexo dessa preocupação excessiva, a disseminação das informações, o acesso ao judiciário, proliferaram as demandas judiciais, cujo objeto envolve provimento de internações, remédios e demais benefícios médicos, incluindo discussões contra as empresas privadas do serviço de saúde.

Invoca-se a reserva do possível, a saúde como bem maior e, portanto, a ser garantido com supremacia sobre demais ordens jurídicas. O judiciário então, passou a conviver com o tema da judicialização da saúde.

---

<sup>241</sup> TELLES, Luciano Tadeu. **Planos privados de assistência à saúde**: aspectos polêmicos a luz da Lei 9.656/1998. Repertório IOB de Jurisprudência n° 6, 2° quinzena de março de 2000, p. 132.

<sup>242</sup> NALINI, José Renato; CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: Aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. IX.

A judicialização é um fenômeno explicado pelo aumento da abrangência das decisões do Poder Judiciário frente ao Estado e marca o fim do século XX em vários países.<sup>243</sup>

Essa expansão do Poder Judiciário, segundo Tate e Vallinder, está ligada à confirmação da superpotência econômica dos Estados Unidos, frente à decadência do sistema soviético, na década de 1990. Seria a promoção do capitalismo liberal.

Chamando nossa atenção mais uma vez, dos Estados Unidos para o mundo, aqueles que são indiferentes a respeito da onipresença do controle judicial em políticas públicas nos Estados Unidos podem se surpreender ao saber que o fenômeno de juízes fazerem políticas públicas, que anteriormente tinham sido feitas ou que, na opinião da maioria, deveriam ser feitas por representantes legislativos e executivos, parece aumentar. Na verdade, existem vários fatores que sustentam esse desenvolvimento, este movimento em direção ao que se reconhece como o padrão americano: a expansão do poder judicial. Alguns desses fatores são internacionais em seu escopo. Talvez o mais impressionante deste tenha sido a queda do comunismo totalitário na Europa Oriental e do desaparecimento da União Soviética, deixando os Estados Unidos, a casa da judicialização da política, como superpotência única.<sup>244</sup>

As democracias, incluindo a brasileira, teriam sido influenciadas pelo sistema de controle de constitucionalidade imposto pelo Poder Judiciário americano, conferindo-lhe maior poder.

A situação de organização política brasileira<sup>245</sup>, e a Constituição de 1988, possibilitaram o cenário perfeito para a implementação do fenômeno da judicialização no Brasil.

A judicialização significa a transferência de decisões políticas para os tribunais, ou a propagação de métodos de decisões judiciais para outra esfera, que não a judicial. Luis Roberto Barroso assim define o fenômeno:

---

<sup>243</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, novembro, nº 23. Curitiba: UFPR, pp. 115-126, p. 116.

<sup>244</sup> TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 199, p. 2.

<sup>245</sup> A organização política brasileira mencionada envolveria as seguintes qualidades: Brasil é um país democrático, possui a separação dos poderes, garante direitos políticos, possibilita o acesso aos tribunais para garantia de direitos, possui séria desconfiança na efetividade das políticas públicas e possui a delegação da iniciativa privada, de serviços pertencentes ao Estado.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.<sup>246</sup>

O texto constitucional, quando criado, certamente não pretendia colocar em confronto os poderes do Estado, independentes e autônomos entre si, fazendo com que o Poder Judiciário determinasse que o Poder Executivo gaste seus recursos na área da saúde, através das decisões judiciais, criando evidentemente um impasse.

Segundo o pensamento clássico, o Direito protege relevantes valores da sociedade, entre eles a segurança jurídica e a justiça, e o Estado existe para proporcionar essa segurança.

Para falar em segurança jurídica, alerta-se para a existência e concretude dos princípios constitucionais, antes mencionados, mas um deles em especial: o princípio da irretroatividade das normas.

Dentro do tema aqui explorado, há a certeza da incompatibilidade entre segurança jurídica e retroatividade de lei, seja ela qual for.

A norma é editada para viger de forma prospectiva, ulterior, e não para reger situações que foram formalizadas segundo a legislação da época. Então sob pena de adotar uma visão fascista, mostra-se impróprio cogitar de razões de Estado, cujo subjetivismo é maior. Causa perplexidade, em alguns casos, a existência de cláusula polivalente, que é a da reserva do possível. Atos do Estado são sempre possíveis, no que voltados ao bem estar dos cidadãos em geral.<sup>247</sup>

O setor de saúde suplementar apresenta números bastante expressivos, que mostram o deslocamento do debate para que o Poder Judiciário reflita e decida. Tais questionamentos sobre questões técnicas, como o uso de métodos experimentais para tratamentos de saúde, que o plano de saúde não oferece cobertura, provoca situações indesejadas, nas quais a segurança jurídica antes almejada, é relevada.

---

<sup>246</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: [www.lrbarroso.com.br](http://www.lrbarroso.com.br). Acesso em: 19/01/2013.

<sup>247</sup> MELLO, op.cit., p. 7

O Poder Judiciário não cria essas distorções, apenas decide as questões que lhe são apresentadas, manifestada pela intenção individual de um doente, que busca o acesso a um medicamento, tratamento com efetividade e lhe cure do mal que o aflige.

Tais pedidos individuais vem sempre manifestados com a necessidade urgente do atendimento e deferimento de medidas, sob pena de assegurar a vida. O juiz então, avalia o pedido e decide também em fase inicial, a tutela antecipada que irá salvar a vida do autor do requerimento. “O juiz trabalha com o conceito de saúde e de tratamento que lhe é fornecido pelo médico que assiste o paciente e que por seu relatório, fundamenta tecnicamente o pedido.”<sup>248</sup>

Nas decisões que envolvem planos de saúde, muitas delas afastam os limites impostos pelo contrato privado de assistência à saúde, em conformidade com o que determina o Código de Defesa do Consumidor, quanto à sua clareza e destaque, adequando condenações pelas operadoras muito aquém do previsto.

O juiz baseia-se no parecer do médico, que é o técnico capaz de mostrar conhecimento do complexo tema que lhe é colocado. Isto é amplamente discutido pela doutrina, que retira do juiz a responsabilidade pela abrangência social, das decisões e condenações, nos assuntos judiciais que possuem como objeto a saúde. A responsabilidade é dos médicos, técnicos capazes de definir com clareza, o que é essencial para manutenção da vida daquele cidadão. O juiz não contraria o parecer técnico do médico.

O nosso século está sendo marcado pelo avanço científico e tecnológico na área da saúde e, atualmente, assiste-se a algumas consequências desse avanço.

Ulrich Beck diz que a “ciência não é mais recebida como fonte de soluções, mas também como fontes de problemas” (...) o que por homem foi feito pode ser também por homem alterado”.<sup>249</sup>

O problema aqui mencionado traz o conceito da desmistificação da ciência e da busca incessante por novos conhecimentos, o que não ocorre sem a pressão do poder econômico e social.

---

<sup>248</sup> CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 19.

<sup>249</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: 34, 2010, p. 236.

Enquanto se degradam progressivamente as condições de qualidade de vida nas grandes concentrações urbanas, com aumento do desgaste psicológico, da poluição do ar, menor espaço físico para as moradias, redução substancial do tempo e do significado do lazer, mudança profunda das estruturas familiares, aumento dos problemas emocionais derivados da frustração, da ansiedade e da perda de ideologias motivadoras, a medicina contemporânea concentra sua conduta terapêutica no resultado de exames e no estudo de casos paradigmáticos, priorizando a análise do aspecto científico em detrimento de qualquer outro.<sup>250</sup>

O doente atual depende de resultado dos exames pedidos nas consultas médicas, sem muito espaço para um esclarecimento ou diálogo. Há o reconhecimento, na atividade privada, de que os valores pagos pelas consultas são inferiores aos que os médicos consideram justos, obrigando-os a atender um maior número de pacientes por dia para obterem maior remuneração.

O diagnóstico atualmente é limitado aos resultados dos exames exclusivamente, mas o problema dessa realidade é impor tratamentos onde os resultados ainda não foram considerados eficazes, a imposição de medicamentos de altíssimo custo, em detrimento a medicamentos mais baratos, a imposição do uso de tecnologias caras, sem a avaliação dos resultados.

A Organização Mundial da Saúde salienta que as tecnologias ligadas à saúde deveriam ser avaliadas com profundidade antes de terem seu uso extensamente difundido. O exame por ultrassom durante a gravidez tem atualmente seu uso difundido sem avaliação suficiente. A pesquisa demonstrou sua eficácia para determinadas complicações da gravidez, mas o material publicado não justifica o uso rotineiro do ultrassom em mulheres grávidas. Há também informação insuficiente no que diz respeito à segurança do uso do ultrassom durante a gravidez. Ainda não há também qualquer avaliação detalhada, multidisciplinar do uso do ultrassom durante a gravidez, incluindo: eficácia clínica, efeitos psicológicos, considerações éticas, implicações legais, relação custo-benefício e segurança.

A OMS endossa o princípio de escolha consciente no que diz respeito ao uso da tecnologia. Os agentes de saúde têm a responsabilidade moral: de informar inteiramente o público sobre o que é sabido e não sabido sobre os exames de ultrassom durante a gravidez; e de informar inteiramente cada mulher antes de um exame de ultrassom e na indicação clínica sobre os benefícios esperados, os riscos potenciais e as alternativas disponíveis, se houver.<sup>251</sup>

Os medicamentos mais atuais atraem a preferência dos pacientes por estarem associados à eficiência das últimas pesquisas. Isso tudo significa que a

---

<sup>250</sup> CARLINI, op.cit., p. 23

<sup>251</sup> WAGNER, Mardsen. **Ultrassom: mais prejudicial que benéfico?** Disponível em: [www.amigasdoparto.com.br](http://www.amigasdoparto.com.br). Acesso em: 19/01/2013.

tecnologia na área da saúde, incorporada na realidade brasileira, não necessariamente constitui eficiência e melhor resultado, mas impõe aspectos comerciais relevantes.

O Poder Judiciário é requisitado para dirimir os conflitos e determinar quem terá acesso a determinada tecnologia, devendo ser assimilada pela saúde privada.

É nessa medida que a opinião médica adquire na atualidade outra dimensão quase desconhecida durante a trajetória histórica da prática médica: são as decisões médicas que irão determinar os custos dos tratamentos de saúde. É a indicação médica para o uso de um determinado medicamento ou para realização de um exame específico de imagem que irá decretar a viabilidade econômica do serviço de saúde público ou privado.<sup>252</sup>

A atualidade da relação do médico com seus pacientes, e destes com o judiciário, submete todos seus atores (médicos, juízes, partes do processo e a economia) a um cenário desfavorável, no ponto de vista de sustentabilidade, impondo à toda a sociedade uma necessária organização para que mais pessoas tenham acesso às tais tecnologias, sob pena de afastar cada vez mais o caráter da universalidade da saúde.

No impasse advindo do fenômeno da judicialização da saúde, tem o Poder Judiciário, representante do Estado, o dever de exercer o papel de garantidor do direito fundamental à saúde.

#### **4.2.1 A judicialização da saúde suplementar**

Há um elevado número de ações judiciais que tramitam nos Tribunais Superiores do País, buscando a suspensão das liminares deferidas contra planos de saúde. Tais decisões atacadas determinaram a liberação de procedimentos, custeio de tratamentos pagamento de medicamentos, entre outros. A motivação destes pedidos de suspensões é a interpretação de que as decisões atentam contra a segurança jurídica e contra a equilíbrio econômico-financeiro da atividade.

Um levantamento de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontou a existência de mais de 112 mil processos judiciais, relativos à área de saúde em andamento perante 20 (vinte) Tribunais de Justiça Estaduais<sup>253</sup>. Amanda Flávio de

---

<sup>252</sup> CARLINI, op.cit., p. 27.

<sup>253</sup> SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência.

Oliveira pontua que:

Reconhece-se, por um lado, que essa crescente demanda no Judiciário por razões que envolvam a prestação de saúde privada pode ser decorrência de fatores considerados positivos, tais como uma maior conscientização por parte dos destinatários das normas ou mesmo resultar de um efetivo acesso à justiça propiciado pelo sistema e pelas instituições. Entretanto, esse expressivo aumento das demandas judiciais também pode ser motivado por razões consideradas negativas, entre elas, a resistência dos agentes privados em submeterem-se à lei ou a falência do órgão regulador, que, com a sua atuação, deveria conduzir a um estado de prevenção de litígios. Está-se diante de ponto a merecer reflexão e investigação.<sup>254</sup>

Nota-se, no entanto, que as motivações dos usuários, contra os planos de saúde, encontram guarida na doutrina que interpreta a atividade econômica como parte integrante da necessidade do Estado em prestar o serviço de saúde com qualidade e abrangência.

Todos os serviços de saúde, mesmo os prestados pela iniciativa privada, envolvem direitos fundamentais, sendo constitucionalmente considerados como de relevância pública. Não se trata, portanto, de um negócio qualquer - ou serviço, na acepção do Código de Defesa do Consumidor -, livre à iniciativa privada, para que o preste da melhor maneira que lhe aprouver - leia-se 'da maneira menos custosa e mais lucrativa possível'. O direito humano à saúde decorre diretamente do direito à vida, sendo dever constitucional do Poder Público atuar para que seja respeitado, prevalecendo a dignidade humana.<sup>255</sup>

Fausto Pereira dos Santos, presidente da Agência Nacional de Saúde até 2010, demonstra em sua análise a motivação mencionada:

Já o Judiciário atua interpretando o direito individual conforme a legislação em vigor, e tem cumprido um importante papel no sentido de se buscar um entendimento mais abrangente sobre a questão do acesso aos serviços de saúde, rompendo com a ideia da saúde como uma atividade de consumo, portanto, passível de ser prevista em um contrato em que pode se oferecer no mercado um 'produto' que não contemple a integralidade da atenção. Mas, por outro lado, tem sobreposto o seu papel atuando através de liminares, determinando a liberação de tratamentos não cobertos e em alguns casos, até a adoção de novas técnicas mesmo que ainda sob pesquisa, enfim definindo ao Estado, às operadoras e hospitais o cumprimento de determinados

---

**Judicialização da saúde suplementar.** Belo Horizonte: Unimed BH, 2008, v.1.

<sup>254</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio. Leis de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.

<sup>255</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF.** São Paulo: Verbatim, 2010.

procedimentos segundo a interpretação das leis e do direito do usuário.<sup>256</sup>

O usuário do plano de saúde espera estar protegido contra os problemas que possam atingi-lo, principalmente em casos de urgência e que coloquem sua vida em risco.

A hipossuficiência técnica, bastante relevante, é largamente utilizada nas decisões proferidas contra os planos de saúde. Separou-se os assuntos de maior relevância, entre os assuntos discutidos nas decisões judiciais no País, segundo levantamento da pesquisa já mencionada e referenciada em nota.

Entre os assuntos está a irretroatividade da Lei nº 9656/1998, os reajustes de preço e a limitação de cobertura de assistência médica.

#### **4.2.1.1 Irretroatividade da Lei nº 9.656/1998**

A Lei de planos de saúde foi aprovada em 1998 e, antes disso, o universo de beneficiários de contratos já correspondia a 15 milhões de pessoas.

A pesquisa realizada com a análise de 1.573 acórdãos dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul, constataram que 1.116, mais de 70% deles, tratavam de discussões de contratos firmados antes da promulgação da Lei nº 9.656/98 e destes, 225 acórdãos tratavam da aplicação ou não da Lei nº 9656/98 a eles.

A conclusão que se chegou é de que a lei nova foi aplicada para beneficiar o usuário do plano de saúde.

As justificativas são construídas na análise e conceito da doutrina, do que seria a retroatividade da lei. José Joaquim Gomes Canotilho entende que:

Retroactividade consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vidência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> SANTOS, Fausto Pereira. **A regulação pública da saúde no Brasil**: o caso da saúde suplementar. [Tese de Doutorado].Campinas: UNICAMP, 2006.

<sup>257</sup> CANOTILHO, op.cit., p. 261-262.

E Roberto Senise Lisboa entende que:

A lei nova não incide sobre o negócio jurídico celebrado anteriormente à sua entrada em vigor, nem alcança os seus efeitos futuros, pois o ordenamento não prevê a retroatividade mínima da lei nova, isto é, não se admite que esta venha a alcançar a causa pela qual se deu o fato no passado. Exemplo: a lei nova não atinge o contrato celebrado sob o império da lei velha, porque ele é ato jurídico perfeito.<sup>258</sup>

Quando o assunto tratado com a irretroatividade da lei se refere a planos de saúde, a discussão da jurisprudência gira em torno da violação dos princípios constitucionais da isonomia<sup>259</sup> e do ato jurídico perfeito.<sup>260</sup>

O primeiro, ao assegurar a igualdade plena, e o segundo proibindo que a lei nova venha prejudicar relações jurídicas já existentes, visando resguardar a segurança jurídica e a estabilidade da atividade.

São antagônicos e marcam profundamente a discussão jurisprudencial.

Registra-se que os planos de saúde comercializados, antes da vigência da Lei nº 9.656/1998, possuem limitações de cobertura descritas no contrato. Pagava-se pelo preço daquilo que se contratava.

A Lei nº 9.656/1998 trouxe como inovação a criação de um plano (denominado Plano-Referência), que vinha com sua amplitude definida de acordo com os procedimentos descritos no Rol de Procedimentos<sup>261</sup> e o preço adaptado à oferta de mais possibilidades, ou seja, preço mais alto.

<sup>258</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

<sup>259</sup> BRASIL, Constituição (1988). Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

<sup>260</sup> BRASIL, Constituição (1988). Art. 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

<sup>261</sup> “O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é a lista dos procedimentos, exames e tratamentos com cobertura obrigatória pelos planos de saúde. Essa cobertura mínima obrigatória é válida para planos de saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e é revista a cada dois anos.

O primeiro rol de procedimentos estabelecido pela ANS foi o definido pela Resolução de Conselho de Saúde Suplementar - Consu 10/98, atualizado em 2001 pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 67/2001, e novamente revisto nos anos de 2004, 2008, 2010 e 2011, pelas Resoluções Normativas 82, 167, 211 e 262, respectivamente.

O processo de revisão do rol conta com a constituição de um grupo técnico composto por representantes de entidades de defesa do consumidor, de operadoras de planos de saúde, de profissionais de saúde que atuam nos planos de saúde e de técnicos da ANS. O grupo reúne-se para construir uma proposta que, posteriormente, é submetida à avaliação da sociedade por meio de consulta pública, com participação aberta a todos os interessados, por meio da página da ANS na internet.” Disponível em [www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos](http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos). Acesso em 20/01/2013.

A mesma lei disponibilizou também que a decisão pela adaptação do contrato anterior à Lei nº 9.656/1998 seria efetivada através de uma decisão do contratante.<sup>262</sup>

Aos contratos antigos, as cláusulas que limitavam o direito do beneficiário a procedimentos específicos, a jurisprudência interpreta como abusivas e julgava com êxito o pedido da demanda.

Ainda, a adaptação desses contratos antigos a Lei nº 9.656/1998 visando acabar com o impasse da divergência de abrangência dos mesmos, foi objeto de Medidas Provisórias<sup>263</sup> polêmicas, alvo de debates e críticas. O objetivo era estimular a adaptação dos contratos pelo usuário.

Em 2004, a Agência Nacional de Saúde, com a Resolução Normativa nº 64, impôs um programa de incentivo à adaptação, que não agradou aos órgãos de defesa do consumidor. Foi proposta ação civil pública para suspender os efeitos do ato normativo, decisão confirmada pela 2ª Instância, e posteriormente revogada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A alegação da ANS, em sua defesa, mostra que a intenção do ato normativo em questão era evitar o enorme número de ações judiciais que discutiam o assunto:

A decisão impede que milhões de consumidores ajustem, sob condição mais vantajosa, seus contratos à Lei nº 9.656, de 1998, evitando, com isso, a necessidade da via judicial, ainda que suportando majoração pecuniária em suas mensalidades na ordem de

---

<sup>262</sup> LEI nº 9.656, de 03 de junho de 1998: **Art. 35.** Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora.

§ 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros.

§ 6º Os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização. LEI nº 9.656, de 03 de junho de 1998: Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm). Acesso em 20/01/2013.

<sup>263</sup> Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001; Medida Provisória nº 148, convertida em Lei nº 10.850/2004. LEI nº 10.850, de 25 de março de 2004. Conversão da MP nº 148, de 2003. **Atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.850.htm). Acesso em: 02/02/2013.

15% a 25%.<sup>264</sup>

Após 14 anos de vigência da Lei nº 9.656/1998, ainda não se obteve a consagração à intenção das adaptações, permanecendo o assunto como objeto da jurisprudência que assim manifesta-se:

a determinação da adaptação foi feita pela Lei nº 9.656/98 às empresas prestadoras dos serviços de plano de saúde, não a seus consumidores. Consequentemente, quem deveria providenciar tais adequações era a empresa e não seu consumidor, que, em virtude da renovação automática de seu contrato, passou a ter a expectativa de que, estando em dia com o pagamento de seu plano, estaria com a assistência plena de sua saúde assegurada, já que nenhum contato ou exigência foi comprovado pela apelante para tal adaptação.<sup>265</sup>

Esse entendimento, e a permanência exclusiva dele, contribui para o desequilíbrio da atividade, no sentido econômico. De acordo com dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde, no ano de 2009, as provisões financeiras das operadoras para custear as demandas cíveis, atingiu o valor de R\$ 107.578.028,00 (cento e sete milhões, quinhentos e setenta e oito mil e vinte e oito reais)<sup>266</sup> e diante da relevância de tais cifras, as operadoras saíram na busca pelo equilíbrio, utilizando o argumento da violação do ato jurídico perfeito.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 1.931-8-MC/DF, sobre ato jurídico perfeito e sua repercussão na Lei nº 9.656/1998, o Ministro Maurício Corrêa assim manifesta-se:

Passo ao exame do §2º do artigo 10 da lei impugnada, com a redação dada pela Medida Provisória 1730-7/98, alterada pela de 1908-18/99.

Alega a autora que esse dispositivo vulnera o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, dado que incide sobre os contratos firmados antes da sua entrada em vigor, não sendo observado o princípio da irretroatividade das leis.

As empresas operadoras de planos de saúde, constituídas anteriormente às regras estabelecidas nas duas normas questionadas nesta ação, já atuavam no mercado com prestadoras de serviços de assistência à saúde e, por isso mesmo, ainda que não regulamentadas especificamente suas atividades, funcionavam aos olhos da Administração Pública na forma da legislação civil. Portanto, do ponto de vista de sua constituição, não se trata de empresas

---

<sup>264</sup> LEI nº 9.656, de 03 de junho de 1998, op.cit.

<sup>265</sup> AP nº 2.0000.00.473025-8. Relator Desembargador Viçoso Rodrigues, j. 09/11/2006 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

<sup>266</sup> ANS. op.cit.

que não possam ter suas atividades mercantis resguardadas pela lei.

Assim sendo, os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito – garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, artigo 5º, inciso XXXVI).

Por isso, o §2º do artigo 10 da Medida Provisória 1730-7/98, com as alterações introduzidas pela MP 1908-18/99, quando obriga os agentes da requerente, a partir de 3 de dezembro de 1999, a submeter os atuais consumidores, subscritores de contratos antigos, ao chamado plano-referência, viola o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

E prossegue com a interpretação das imposições trazidas com a MP 1908-18/99, no que se refere à irretroatividade da lei :

Nesse ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação.

A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves, publicado na RTJ 143/724. Do voto-condutor do referido julgamento extraio os seguintes fundamentos: ‘(...) pouco importa que as normas impugnadas nesta ação direta sejam normas de ordem pública, tendo em vista o interesse público desse sistema, pois como acentuei, exhaustivamente, na parte inicial deste voto, também as normas de ordem pública e de direito público estão sujeitas à vedação constitucional do artigo 5º, XXXVI (...) daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que a lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vieram a celebrar-se depois de sua entrada em vigor.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto que mais motiva os usuários a demandarem contra os planos de saúde, é a constatação que o objeto de discussão ultrapassa as esferas comuns da justiça, chegando a repercussões relevantes.

O contexto então é de que, as operadoras de planos de saúde foram obrigadas a adotar o rol de procedimentos, no qual se estabeleceu as coberturas mínimas obrigatórias e o Estado não obrigou os consumidores a adaptarem seus contratos antigos para os contratos novos, sob a égide da Lei nº 9.656/1998. Não parece um cenário justo e tais decisões, sob a análise simplista dos números pesquisados, há afronta ao princípio

da isonomia e há um evidente desequilíbrio econômico nos orçamentos das operadoras de planos de saúde.

A realidade desses contratos antigos hoje, é de 9 milhões de pessoas que, tendo em vista os dados da pesquisa da UNIMED BH já referenciada, são grande parte dos casos discutidos nos acórdãos pesquisados, que, na grande maioria<sup>267</sup>, obtêm do Estado, o entendimento de que a Lei nº 9.656/1998 deve ser aplicada ao contrato antigo, para o favorecê-lo.

Tem-se como conclusão deste item que o assunto discutido está distante de um esgotamento, e apesar da existência de normativos que pretendem diminuir a quantidade de demandas judiciais e, conseqüentemente, ordens judiciais que signifiquem um custo não previsto pelas operadoras, o fenômeno da judicialização fará parte do cotidiano da atividade por um longo tempo.

#### **4.2.1.2 Reajustes de preços**

O reajuste de preços dos planos de saúde é outro assunto que estimula o usuário a buscar, na Justiça, a solução de seu impasse. O tema afeta diretamente o interesse econômico de ambas as partes e, mais uma vez, encontra uma harmonia no entendimento do judiciário com o entendimento do órgão regulador, em detrimento aos argumentos de defesa da empresa privada, que presta o serviço.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) divulga em sua página as formas possíveis de reajustes de contrato e são três: por variação de custos; mudança de faixa etária e ainda, revisão técnica.

O reajuste que ocorre, anualmente, é o reajuste por variação de custos, conceituado como sendo “aumento anual de mensalidade do plano de saúde, em razão da alteração de custos, ocasionada por fatores como inflação e uso de novas tecnologias. É aplicado anualmente, no mês que ocorreu a contratação e com índice descrito pela ANS.

Há, neste caso, o mesmo entendimento esculpido no item anterior, qual seja,

---

<sup>267</sup> Item 4.1 da pesquisa: 69% dos acórdãos aplicam a Lei nº 9.656/1998 aos contratos antigos.” In: SOUZA; PIRES, op.cit.

a aplicação das regras de reajustes dispostas na Lei nº 9.656/1998, aos contratos anteriores à lei. Estes eram reajustados de acordo com índices oficiais, como IGP-M, IPC pactuados e em vigor, e quando não se mostra vantajoso ao cliente, o judiciário tem determinado a aplicação do índice dos contratos posteriores a janeiro de 1999.

O reajuste por faixa etária é “aumento que decorre da alteração de idade do consumidor”. Para que ele possa ser aplicado ao contrato, deve estar previsto e discriminado quanto aos seus índices sob pena de inviabilizá-lo.

Há expressa aceitação da doutrina quanto a esse reajuste:

O sistema de funcionamento dos contratos de planos de saúde e de seguros de assistência médica privada à saúde admite também diferenciação do valor das mensalidades de acordo com a faixa etária do consumidor, o que se dá porque presumidamente a frequência de utilização varia conforme a idade do indivíduo.<sup>268</sup>

E, ao mesmo tempo, um conflito existe entre a ANS, órgão regulador e o Poder Judiciário quanto à decisão dos índices de reajustes pela mudança de faixa etária.

Não se pode esquecer ainda do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, que veio acender ainda mais o debate da irretroatividade da Lei, tendo em vista a vedação desta lei à diferenciação de preços e valores, a contratos pactuados com idosos.

Note-se o entendimento da Ministra Nancy Andrighi:

Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Explico: não sabemos se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste pré-definido. (...).

Assim, se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide da Lei nova, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato e permitido pela lei antiga. Estará amparado, portanto, pela Lei nova.<sup>269</sup>

No mesmo julgamento, divergiu o Ministro Humberto Gomes de Barros, mostrando o aspecto polêmico que o assunto traz:

<sup>268</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009, p. 158.

<sup>269</sup> Recurso Especial nº 809.329-RJ (2006/00003783-6), j. 25/03/2008.

No caso, a aplicação imediata do Estatuto do Idoso atingiria o ato jurídico perfeito, porque o contrato de cobertura de assistência médica e hospitalar já se havia consumado segundo a lei vigente ao tempo da pactuação. Seria, em substância, uma incidência retroativa. Inclusive os efeitos futuros do pacto estão a salvo das disposições impositivas do Estatuto do Idoso, pois a chamada 'retroatividade mínima', que decorre da aplicação imediata das leis, prejudica o ato jurídico perfeito ao tangenciar efeitos futuros advindos de contratação consumada segundo a vigência de outra lei.

Por maioria de votos, no que concerne à ofensa ao ato jurídico perfeito, considerou-se que o Estatuto do Idoso não deveria retroagir para beneficiar o consumidor que adquiriu o contrato antes da sua entrada em vigor.

O terceiro caso de reajuste por revisão técnica pode ocorrer apenas, em situação excepcional, não acontecendo com frequência. É um procedimento que pode ser necessário para eliminar, ou corrigir, algum desequilíbrio num determinado plano de saúde. A ANS pode autorizar uma revisão técnica, se concluir que esse desequilíbrio traz ameaça à continuidade de prestação dos serviços de saúde aos consumidores, mas a operadora tem que seguir estritamente as regras definidas pela Agência.<sup>270</sup>

Nota-se que as regras jurídicas, que surgem ao longo do tempo, contribuem para incrementar e tornar mais complexo o setor de saúde suplementar, provocando o cenário de incertezas quanto à continuidade da atividade.

A insegurança jurídica é um fato nessa relação de consumo, tendo em vista a eterna divergência, a falta absoluta de harmonia entre o Poder Judiciário e o órgão regulador da atividade, a ANS.

#### **4.2.1.3 Cobertura de assistência médica**

A cobertura de procedimentos médicos também é tema recorrente nas ações judiciais. Como já mencionado na presente pesquisa, o médico que atende e indica o tratamento é a voz de comando em uma decisão judicial.

Antes da Lei nº 9.656/1998, o mercado de saúde suplementar agia de forma livre para determinar quais procedimentos seriam cobertos pelas operadoras e seguradoras, e quais não seriam. A regulamentação trouxe, além de um número mínimo

---

<sup>270</sup> ANS, op.cit.

de procedimentos médicos obrigatórios de cobertura, mais segurança para o consumidor.

Quando o Poder Judiciário se vê diante de um caso, que deve decidir sobre a determinação de um tratamento de saúde, o tema engrandece e repercute de forma instantânea.

O Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Laerte Nardi, ao decidir um Agravo de Instrumento arguiu:

Não há, atualmente, nenhum processo que preocupe mais o juiz do que aquele ligado a planos e seguros de saúde, porque, em regra ligados à saúde e à vida das pessoas, quase sempre criando o inevitável conflito entre o aplicador e o intérprete da lei e o homem que gostaria de ver o problema resolvido com uma saúde pública que dispensasse ou não tornasse tão imprescindível a participação de empresas privadas.<sup>271</sup>

Nos julgamentos que envolvem os planos de saúde, destaca-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando a fragilidade econômica em que se firmam as operadoras, e o advento da Lei nº 9.656/1998, que regula o setor e todos os normativos emitidos pelo órgão regulador (ANS), não parecem servir de embasamento nos julgamentos das ações, recursos contra as operadoras de planos de saúde.

Retoma-se ao relatório da pesquisa realizada pela UNIMED MG, ressaltando-se os seguintes questionamentos:

Quem influencia as decisões dos julgadores, por eles expressamente citados nos acórdãos? Quais os autores e títulos da doutrina incidentes? Quais os julgadores e tribunais são mais marcantes?

Em todos os tribunais, verifica-se que a citação de precedentes para fundamentação das decisões sobrepõe-se à doutrina (2005 a 2007). Em Minas Gerais, 75% (setenta e cinco por cento) dos acórdãos utilizam outras decisões judiciais em sua fundamentação e 53% (cinquenta e três por cento) destacam alguma doutrina. Os precedentes também são bastante utilizados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 60% (sessenta por cento) deles. Em contrapartida, o tribunal gaúcho é o que menos cita doutrina – presente em apenas 20% (vinte por cento) dos acórdãos analisados.<sup>272</sup>

Falta aos julgadores o uso da lei própria, e toda sua regulamentação, o que certamente prejudica a atividade econômica. Segundo o Ministro Luiz Fux, no relatório da CPI dos planos de saúde, no ano de 2003:

---

<sup>271</sup> Agravo de Instrumento nº 289.378-4/8. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Laerte Nardi, j. 27/05/2003, publicado em 10/06/2003.

<sup>272</sup> SOUZA; PIRES, op.cit., p. 56.

Com relação aos planos de saúde, em inúmeras ocasiões, seus usuários precisam de uma decisão judicial imediata, e o Juiz tem de analisar aquilo que foi contratado e, às vezes – é uma realidade – superar aquilo que foi contratado, porque estão em jogo a vida humana e a saúde, que são bens fundamentais e indisponíveis. Então, evidentemente, e isto é forçoso repetir, nenhum juiz do mundo vai deixar uma vida perecer, nenhum juiz do mundo vai autorizar a desinternação de um paciente. Mas, efetivamente, é preciso encontrar uma regra de equilíbrio.

Evidentemente que se reconhece o caráter social dos julgamentos e que se busca o bem comum, mas entende-se como essencial e necessária a harmonização das decisões, sob pena de ferir princípios constitucionais também relevantes e a função regulatória conferida à ANS, nesses casos especificamente.

#### 4.3 RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

É tema recorrente a utilização do impasse doutrinário da existência, ou não, da relação de consumo nos contratos de planos de saúde. Isso porque a Lei nº 9.656/1998, no art. 35 G<sup>273</sup>, resolveu impor a subsidiariedade deste, em relação à referida Lei.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema, emitindo a Súmula 469, em 2010, que dispõe “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

São consumidores todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, como destinatário final. Essa é a definição dada a consumidor pelo art. 2º da Lei nº 8.078/1990.

O relevante dessa definição, e que é trazida a esta pesquisa, é o princípio da vulnerabilidade do consumidor, consagrado no art. 4º, I, da mesma lei que compreende o aspecto da fragilidade deste, frente às relações comerciais praticadas.

A vulnerabilidade no mercado de consumo, segundo Cristiano Heineck Schmitt<sup>274</sup>, seria um dos indicativos da necessidade de sua proteção, exercida

---

<sup>273</sup> “Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”.

<sup>274</sup> SCHMITT, op.cit., p. 32-33.

principalmente pela intervenção do Estado nas relações de consumo.

Claudia Lima Marques, ao conceituar a vulnerabilidade, expressa o sentido da seguinte maneira:

Para os finalistas, pioneiros do consumeirismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.<sup>275</sup>

A mesma autora ainda acentua o conceito em outra obra:

É hipervulnerável um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma permanente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de 'planos' de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.<sup>276</sup>

O reconhecimento de que existe a vulnerabilidade<sup>277</sup> do consumidor, perante o fornecedor, proporcionou a adoção de mecanismos capazes de garantir maior igualdade de posições na relação com os planos de saúde.

Há, ainda, a importância defendida pela doutrina, da espécie de serviço prestado pelo plano de saúde. Esta proteção, permeada pelo Código de Defesa do Consumidor, permite que, em certos casos, a proteção de um contratante se traduza na proteção de interesses metaindividuais, abarcando interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Essa tese obriga a doutrina a rever os princípios clássicos dos contratos, em

---

<sup>275</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 67 - 69.

<sup>276</sup> MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de "ações afirmativas" em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 194.

<sup>277</sup> Como ensina Valerio Dal Pai Moraes "A hipossuficiência é um conceito relacionado ao processo e a possibilidade de custeá-lo, enquanto a vulnerabilidade é um conceito que relaciona as forças em gera; dos dois polos da relação de consumo verificando se um é mais fraco que o outro." Fonte: MORAES, Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 122.

especial o princípio da relatividade, marcando a semelhança entre vários consumidores, de tal sorte que uma decisão que beneficie um consumidor apenas pode atingir outras relações.

A Ministra Nancy Andrigui, quando relatora do Recurso Especial nº 208.068/SC demonstra a repercussão deste entendimento:

Não se pode deixar de afirmar que as pessoas que aderem ao plano de saúde oferecido pela recorrente são consideradas consumidores, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90. A legitimidade do recorrido para a propositura da aludida ação se confirma ao analisar-se perfunctoriamente o pedido nesse contido. Não há como deixar de associá-lo a um interesse coletivo, a teor do disposto no art. 82, II, da Lei n. 8.078/90. O manifesto interesse social evidencia-se pelo fato de que o bem jurídico tutelado na ação proposta pelo recorrido é a saúde, direito de todos e dever do Estado, como prevê o art. 196 da Constituição Federal. As normas relativas ao tema são de ordem pública, de obediência obrigatória e fiscalização constante por parte do Estado.<sup>278</sup>

Há uma aproximação entre os direitos individuais e coletivos, que une os princípios de direito contratual aos princípios de ordem pública, como o direito à saúde. Há uma aproximação das normas constitucionais e infraconstitucionais de ordem pública às relações privadas, que podem afetar não só o contratante, mas toda a comunidade.

#### 4.4 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Verifica-se que o contrato de plano de saúde “é um contrato de consumo típico do final do século (um fazer de segurança e confiança), oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé dever ser a tônica das condutas”.<sup>279</sup>

Contrato de plano de saúde é aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, se obriga frente à outra, o consumidor, a promover a cobertura dos riscos de assistência a sua saúde, mediante a prestação de serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, bem como reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos serviços em

<sup>278</sup> BRASIL. STJ. RESP nº 208.068/SC. 3º Turma. Rel. Min. Nancy Andrigui. Julgamento: 08/10/2001. DJ: 08/04/2002.

<sup>279</sup> MARQUES, Claudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 31, p. 129-169, jul./set. de 1999, p. 133.

questão.<sup>280</sup>

Quando se fala em natureza jurídica, trata-se de contrato de prestação de serviço ligado ao Código de Defesa do Consumidor.

O contrato de plano de saúde deve cumprir a função social a qual se destina, qual seja, atender princípios como o da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Ainda, ao contrato de plano de saúde, soma-se a diretriz contida no Código Civil de 2002, em seu art. 421 que menciona que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A função social do contrato não se trata de uma simples avença com o predomínio de vontade das partes. Nos contratos que buscam a função social a autonomia privada não é o mais importante, vez que o que se busca atender também, é o interesse da coletividade, preservando princípios constitucionais.

A atividade explorada possui o caráter do serviço público essencial e esta contrasta com o regime jurídico aplicável aos contratos, confiscando a liberdade das empresas de planos de saúde em: limitar tratamentos de saúde para fixar valores a serem gastos, reajustes de preços para o equilíbrio econômico e negar-se a contratar.<sup>281</sup>

Os valores que permeiam a análise da espécie de contrato são bem explorados na lição de Orlando Gomes:

Desde o momento em que a propriedade, na sua mais importante virtualidade passou a se exercer sob a forma de empresa e esta ganhou largas dimensões, o empresário investiu-se no poder econômico, com importante parcela de autoridade no controle do processo de produção e distribuição da riqueza, inerente a sua posição social e com a possibilidade de praticar atos que incidem poderosamente na esfera de interesses de numerosas pessoas. (...) Quando produz mercadorias ou proporciona serviços de interesse social, compreendidos no setor que os alemães chamam de *assistência vital*, o exercício desse poder incide na esfera de interesses de incalculável número de sujeitos com um irradiação que o eleva, não raro, ao nível do poder público. Nessa altura a intervenção estatal se faz necessária para prevenir ou reprimir possíveis abusos, passando ao centro das atenções o interesse de defender aqueles sujeitos.<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 187

<sup>281</sup> É vedado às operadoras, a seleção de risco e rompimento unilateral imotivado. ANS. Integração do setor de saúde suplementar ao sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: ANS, 2001. p. 9.

<sup>282</sup> GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. Condições Gerais do Contrato. São Paulo: RT, 1972, pp. 37-38.

Tem-se em conta a importância do objeto do contrato de plano de saúde, mas os posicionamentos extremos que vedam qualquer limitação contratual ou ainda, a tese de que o direito à saúde respalda qualquer pedido de qualquer valor, afastam a solução para o problema instaurado do desequilíbrio da atividade. Tem-se a necessidade de muita cautela, ao se admitir o uso da reserva do possível na esfera privada.

Isso porque o contrato é complexo, e essa complexidade se depara também com a questão de que os direitos fundamentais devem ser concretizados nas medidas das possibilidades fáticas, especialmente em razão da limitação financeira.

Joaquim Jose Gomes Canotilho respalda a mesma opinião sobre o assunto:

(...) direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. (...) Por outras palavras: nenhuma das normas constitucionais garantidoras de *direitos sociais fundamentais* poderia ser entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos de direitos subjetivos. Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão consagrados em *normas da regulações legais*. Não haverá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde.<sup>283</sup>

Segundo Clèmerson Merlin Clève os direitos fundamentais:

são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.<sup>284</sup>

Os planos de saúde são empresas privadas, que visam lucro, o aumento da arrecadação é permitida e isso não as obriga a investir seu lucro no setor, assim como o inverso não é verdadeiro. Quando há prejuízos na empresa, não podem reduzir a cobertura de tratamentos médicos contratados. O Poder Público sim, tem o dever de investir seu orçamento de modo a perseguir a finalidade de atendimento universal, integral e igual a todos os cidadãos.

Essas diferenças na possibilidade de limitação de recursos marcam a lógica de que a cláusula da reserva do possível deveria ser utilizada com parcimônia nas relações privadas.

---

<sup>283</sup> CANOTILHO, op.cit. p. 480-481.

<sup>284</sup> CLÈVE, op.cit. 2003, p. 21.

Atenta-se que a lógica de estabelecimento de prioridades e critérios para alocação de recursos próprios do orçamento público é inaplicável às relações entre particulares, em que pese os recursos das operadoras também serem limitados. Por essa razão, entende-se temerária a aplicação da reserva do possível nas relações interprivadas no que fiz respeito aos planos de saúde.<sup>285</sup>

Constata-se por fim, a eficácia do direito fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde, sendo eles impostos pelas decisões judiciais ou ainda, pela regulamentação do setor, o que demonstra a harmonia com as normas constitucionais.

O que se busca entender com a pesquisa, no entanto, é se o custo da atividade privada de plano de saúde viabiliza a continuidade dessa essencial harmonia.

#### 4.5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A atividade da saúde suplementar, no Brasil, tem sua base no art. 199, da Constituição Federal, mas é regulamentada por lei específica, a Lei nº 9.656/1998.

A higidez financeira das operadoras de planos de saúde é um dos principais pontos protegidos na referida lei<sup>286</sup>, isso porque a atividade prestada envolve um serviço no qual seus usuários não podem esperar benefícios e tratamentos médicos, por falta de condições financeiras da operadora.

Um dos requisitos de funcionamento da operadora é a viabilidade econômico-financeira dos mesmos e a própria ANS estaria autorizada, pela lei, a suspender a atividade do plano, caso se verifique o desequilíbrio.<sup>287</sup>

É a norma de ordem pública que busca a proteção da coletividade. Apesar de a atividade ser privada, a possibilidade do Estado, através do órgão regulador,

---

<sup>285</sup> SCHULMAN, op.cit., p. 338.

<sup>286</sup> Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

<sup>287</sup> Art. 9º Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: § 4º A ANS poderá determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial.

suspender, auditar contas e, em casos graves, admite até a intervenção nas empresas, demonstra a importância do equilíbrio econômico-financeiro e a preocupação com o tema.

Não obstante, o art. 1º da Lei nº 9.656/1998, quando define qual seria a atividade das empresas, permite que a atividade de assistência à saúde, seja explorada com lucro. É uma atividade comercial, estipulada mediante contrato que obedece princípios descritos em lei.

No contrato, estão previstas todas as obrigações e deveres das partes. É por intermédio dele que o contratante espera receber o tratamento médico que pretende quanto o contratado espera receber os valores de acordo com o produto que oferece.

Trata-se de um contrato bilateral, oneroso e comutativo, no qual haverá vantagem econômica de uma das partes. Leandro Martins Zanitelli, afirma que os “contratos de plano de saúde são uma forma de seguro, no sentido de que também permitem prevenir uma perda esperada por meio de uma perda atual.”<sup>288</sup>

Ambos, contrato de plano de saúde e contrato de seguro, se constituem sobre cálculos atuariais e utilizam-se da solidariedade entre seus usuários, característica de contratos com bases coletivas.

Essa característica - bases coletivas - baseia-se no fato de que o que garante o pagamento de tratamentos médicos para todos, e que serão suportados pela operadora de planos de saúde, é justamente o fato de que são vários os contratantes que estão vinculados ao plano. É o pagamento das mensalidades que irão compor um fundo comum que financiará os tratamentos. A constituição desse fundo é necessária para que as operadoras possam operar no mercado com a segurança financeira exigida em lei.

A doutrina explica o que seriam os contratos com bases coletivas:

Com isto, pretende-se dizer que uma característica é comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois, diante da impossibilidade de evitar por completo

---

<sup>288</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 203-223.

os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros.<sup>289</sup>

O equilíbrio econômico-financeiro, do contrato de plano de saúde, é a “relação estabelecida entre a cobertura de serviços ofertada pela administradora do plano de saúde e a retribuição paga pelo contratante, em forma de pagamento das mensalidades”.<sup>290</sup>

Essa relação é a base do equilíbrio, e ocorrerá desequilíbrio para o contratante quando houver reajuste desnecessário que coloque em risco a sua possibilidade de pagamento e, para a contratada, há o desequilíbrio quando ocorre o aumento de coberturas e pagamentos de benefícios não previstos e exista ainda a vedação do reajuste.

Essas questões estão ligadas aos cálculos atuariais<sup>291</sup>, feitos no início da relação jurídica, antes da contratação, primordial para a existência da operadora.

Leonardo Vizeu Figueiredo ensina que:

é preciso condições de existência econômica para a iniciativa privada que atua no ramo da saúde, sendo até mesmo inviável que ocorra uma regulação de tal rigor que impeça que estas pessoas jurídicas sejam privadas do lucro, o que também acaba por prejudicar o consumidor, haja vista que este será obrigado a socorrer à rede pública de saúde.<sup>292</sup>

A característica utilizada, que possuem os contratos de plano de saúde, denominada comutativa, refere-se ao princípio do mutualismo, utilizado pelo direito securitário, que pode ser definido como um sistema em que todos os clientes pagam para que alguns utilizem mais os serviços da operadora, e outros utilizem menos, havendo assim a diluição do risco.

---

<sup>289</sup> SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.198.

<sup>290</sup> BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Contabilidade Aplicada RPPS**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/docs/CcontabilidadeAplicadaRPPS.pdf>. Acesso em: 23/01/2013.

<sup>291</sup> Ressalte-se, ainda, que esse cálculo envolve método probabilístico, formado pela avaliação do preço das coberturas ofertadas, da idade do usuário e dos custos e efeitos de doenças e acidentes. Não há, então, como se estabelecer um custo a partir da simples avaliação das receitas e despesas. Fonte: VENDRAMINI, Luiz Fernando. **Metodologia para precificação de planos de assistência à saúde: um enfoque estatístico, atuarial e financeiro**. [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: FAESP/IPCA, 2001.

<sup>292</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. São Paulo: MP, 2006, p.38.

Usando essa definição, afirma-se que se houver distorção do sistema, ou seja, a utilização exagerada por todos, poderá ocorrer o desequilíbrio econômico da relação contratual.

A lógica do direito securitário é que todos os participantes constituem um fundo, para quando houver necessidade de uso por um deles, este se socorra do fundo, havendo a consciência e aceitação que alguns deles, nunca utilizem os recursos.

Exatamente como agem os planos de saúde. Nesse sentido, Antônio Joaquim Fernandes Neto ensina que “a saúde privada, cuja principal fonte de custeio são os fundos mantidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, orienta-se pela solidariedade e pelo mutualismo, fortes características herdadas dos contratos de seguro e dos fundos de previdência”.<sup>293</sup>

Esses fundos, salienta-se, garantem além dos pagamentos dos procedimentos médicos pretendidos, o lucro das operadoras. O equilíbrio econômico-financeiro está, desta forma, ligado à manutenção desse fundo, nos reajustes de preços e na previsibilidade de manutenção do lucro da atividade.

#### **4.5.1 O impacto econômico-financeiro das decisões judiciais na saúde suplementar**

Relevante para o desfecho desta pesquisa, é a constatação de que há um viés que amedronta a atividade de plano de saúde. O equilíbrio acima mencionado está ameaçado.

A Agência Nacional de Saúde divulga dados anuais que permitem a percepção de que no ano de 2007, por exemplo, 99% <sup>294</sup> do que foi arrecadado, direcionou-se a custo médico, ou seja, ao pagamento das despesas médicas dos usuários.

É preciso considerar o impacto das decisões judiciais na coletividade e nos serviços de planos de saúde. O impacto, nesse caso, é econômico.

Nessas situações, o Direito e a Economia se entrelaçam, mas é o direito que

---

<sup>293</sup> FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 21.

<sup>294</sup> BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. ANS - DIOPS – 2/5/2008 e FIPS – 2/5/2008. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoesss/folder\\_ANS-Info\\_2008.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoesss/folder_ANS-Info_2008.pdf)>. Acesso em: 24/01/2013.

resolve as lides e determina os custos econômicos. Veja o que diz Armando Pinheiro sobre o tema:

O Judiciário tem o condão de aumentar o déficit das contas do Estado, sobretudo quando julga sem considerar a extensão do plano econômico, situação que se agigantou em especial no Supremo Tribunal Federal (STF). O problema parece ser insolúvel: se, por um lado, é preciso garantir que a justiça seja feita no plano individual, por outro, não se pode chegar a ponto de falir o Estado (e a sociedade) para tanto.<sup>295</sup>

Seguindo essa linha, chama-se a atenção à abrangência de decisões judiciais que beneficiam a massa, ou que impactam, mesmo que não sejam eles próprios os demandantes, várias pessoas.

Sabe-se que as operadoras de planos de saúde obtêm todos os seus recursos dos pagamentos, que recebem dos usuários e que os cálculos, para se chegar a um valor, são feitos em virtude da idade do beneficiário e do tipo de contrato que pretende. É um cálculo fixo, diferentemente dos recursos do Estado, que advém de várias formas.

Mesmo o Estado, com a possibilidade de obter recursos em maior escala, ultrapassa dificuldades para garantir os serviços públicos de saúde, da maneira determinada pela Constituição, ou seja, ampla e irrestritamente, para os planos privados de saúde, que possuem limitação de recursos, oferecer o direito à saúde desta forma, é simplesmente insustentável.

A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável.<sup>296</sup>

A jurisprudência tem demonstrado que as decisões judiciais desconsideram o custo privado da atividade, fazendo prevalecer o interesse do beneficiário, que busca na Justiça a efetividade do direito à saúde. Trazemos como exemplo um julgamento de Apelação Cível nº 859117-7<sup>297</sup> do Tribunal de Justiça do Paraná, no qual se discute a obrigatoriedade de custeio de tratamento médico.

---

<sup>295</sup> PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 5.

<sup>296</sup> AARON, Henry J. ; SCHWARTZ, William B. The painful prescription: rationing hospital care. In: AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

<sup>297</sup> TJPR - 8ª Câmara Cível - AC 859117-7 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - J. 17.05.2012

A decisão se deu no sentido de que o interesse econômico não pode prevalecer sobre o direito à saúde. A decisão priorizou o interesse individual de um consumidor. Do voto do relatora do acórdão, destaca-se o seguinte:

Portanto, levando em conta a repercussão emocional que cada paciente sofreria caso tivesse que interromper bruscamente o tratamento e ter de se deslocar de clínica em clínica/ hospital em hospital ao arbítrio do plano de saúde, nada mais justo que manter a decisão recorrida por todos seus termos, visto que a saúde é um bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, viabilizando-se assim o acesso do consumidor à cobertura integral de que necessita.

Em face de tais considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso, permanecendo íntegra a r. sentença recorrida por seus jurídicos fundamentos.

Cita-se no capítulo 3, que os custos da saúde também estão aumentando com o aumento das tecnologias científicas, a necessidade de aumento dos honorários médicos, o que agravam ainda mais o problema da falta de recursos para a atividade. Mas o relevante que se quer trazer ao presente item, é que julgados reiterados impactam nos planos de saúde, trazendo prejuízos.

Não seriam em todos os casos que o Poder Judiciário anule cláusula de contrato que prevê reajuste, ou alguma limitação de cobertura médica estaria colocando em risco a atividade, como mencionado, mas o que deveria ser levado em consideração, antes da intervenção judicial em contratos de planos de saúde, é a possibilidade de tais intervenções prejudicarem uma coletividade, ou então ignorar a regulamentação do setor, feito por normativos próprios.

Salienta a essa afirmação, a existência de pareceres, normativos e demais decisões do órgão regulador, que são normalmente ignoradas nas decisões judiciais. A normatização feita pela ANS trouxe inúmeras exigências, seja para constituir a operadora, seja para comercializar contratos de plano de saúde.

A regulamentação relativa aos requisitos, que devem constar do contrato de plano de saúde, previstos tanto na Lei nº 9.656/98, quanto em suas regulamentações, são previamente analisadas pela ANS<sup>298</sup> para então receberem um número de registro.

---

<sup>298</sup> Conforme o art. 15, da Instrução Normativa 23/09, após verificada a conformidade do produto com as exigências feitas na mesma norma, será concedido um número de registro ao contrato. BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Instrução Normativa 23, de 1 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/modules/mod\\_legislacao](http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao). Acesso em 24/01/2013.

A mesma pesquisa, já citada anteriormente, realizada pela UNIMED MG <sup>299</sup>, demonstra que no ano de 2010, ao avaliar 2006 acórdãos, a pesquisa constatou que o beneficiário do plano de saúde obteve sucesso na demanda, em 86% dos casos.

Os acórdãos, em quase sua totalidade, referiam-se a usuários demandantes, que tinham contrato anteriores à Lei nº 9.656/1998, e pretendiam a cobertura assegurada pelos contratos já sob a égide da referida lei.

Conforme a pesquisa mencionada, conclui-se que o beneficiário apesar de possuir um contrato sabidamente limitado de coberturas médicas, busca através de ação judicial ampliar seus direitos. E, na grande maioria dos casos, obtém êxito.

Há uma tese na doutrina, denominada “distribuição de riquezas pela via judicial”, defendida por alguns juristas brasileiros, que interpretam essa reiteração de decisões judiciais em favor de usuários de planos de saúde, como uma forma de modificar paradigmas estabelecidos pelo liberalismo:

No Direito Privado, há uma tendência de modificar os paradigmas estabelecidos pelo liberalismo, assim, proclamam a personalização do Direito Civil. Em alguns casos vê-se uma predisposição em favorecer os mais fracos no momento da aplicação do direito, o que, muitas vezes, transforma a Justiça em um mecanismo de distribuição de riqueza caso a caso, um visão paternalista e individualista da jurisdição”. <sup>300</sup>

Ainda que tal citação divida opinião com analistas da questão, deve-se contextualizá-la na ideia da busca por *pseudo* direitos e não generalista.

Nos Estados Unidos <sup>301</sup>, há o modelo da regulamentação do setor de seguros e a intervenção judicial dos contratos, que quando ocorre, segue o princípio *pacta sunt servanda*, pois não existe essa intenção de fazer justiça social com sentenças condenatórias das empresas privadas.

A intenção do Poder Judiciário, de buscar fazer justiça social, tem ameaçado a atividade econômica da saúde suplementar, colocando em risco os usuários em geral.

---

<sup>299</sup>PIRES, Danielle da Silva. SOUZA, Jordana Miranda. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência. UNIMED BH. **Judicialização da saúde**. Belo Horizonte: UNIMED, 2008, v. 2. p. 27-74.

<sup>300</sup> GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In: FIUZA, César et al.* (Coord.). **Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 436.

<sup>301</sup> PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. *In: TIMM, Luciano Benetti. O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 64.

O risco de se fazer justiça distributiva no âmbito dos contratos, como muitas vezes se percebe que fazem os tribunais no âmbito dos contratos de seguro (a pessoa receber tratamento pelo quanto não pagou como casos de AIDS, etc) é a quebra do sistema, o que acarretaria muito mais prejuízo social do que caso não se tivesse optado pela solução distributiva ou paternalista, em alguns casos extremos. É o que bem demonstra ATIYAH, em seu manual dos contratos. Segundo ele, a Inglaterra está revivendo, na era pós-Tatcher, um novo período de ascensão da autonomia da vontade, pelo fracasso das leis *welfaristas* em resolver os problemas sociais distributivos, pois seu resultado acaba sendo economicamente inviável ou socialmente mais desastroso.<sup>302</sup>

Ainda, há parte da doutrina de ciência política, que busca explicar o fenômeno:

Nesse sentido, a recente experiência brasileira indica um significativo grau de ativismo de juízes, implicando sobre o impacto das cortes no ciclo de políticas, seja no momento da implementação, seja até mesmo nas opções no âmbito da formulação. Decisões judiciais que asseguram a distribuição gratuita de remédios a pacientes do sistema público de saúde demonstram a atuação do Judiciário não apenas como centro de regulação e de controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, mas como arena decisória (reativa e pró-ativa), com relevante capacidade de alterar o conteúdo das políticas públicas.<sup>303</sup>

Correlaciona-se, algumas decisões que demonstram o que foi mencionado. Decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA ABUSIVA. PLANO DE SAÚDE.APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO.INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI 10.741/2003.NULIDADE DO REAJUSTE DE PERCENTUAL COBRADO EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA DA APELADA. IMPOSSIBILIDADE DA APELANTE REALIZAR QUALQUER AUMENTO FUTURO EM RAZÃO DA VARIAÇÃO DA FAIXA ETÁRIA.MAJORAÇÃO DAS ASTREINTES EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO EM DOBRO MANTIDA. APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA.MINORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. INCABÍVEL.RECURSO DESPROVIDO (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 962172-5 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de

<sup>302</sup> DRUCK, Tatiana Oliveira. O novo direito obrigacional e os contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.) **Direito de empresa e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.64.

<sup>303</sup> COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVA, Rafael Silveira e. Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória? **Caderno de Finanças Públicas**/Escola de Administração Fazendária. ESAF, Brasília, n. 9, p. 103-135, dez. 2009. Disponível em: <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos/artigo\\_3.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos/artigo_3.pdf)>. Acesso em 24/01/2013.

Curitiba - Rel.: Sérgio Roberto N Rolanski - Unânime - - J. 06.06.2013)

Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido (REsp 989380/RN RECURSO ESPECIAL 2007/0216171-5).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - COBERTURA DE MEDICAMENTO ASSOCIADO AO TRATAMENTO ONCOLÓGICO - NEGATIVA DO TRATAMENTO SOB A JUSTIFICATIVA DE AUSÊNCIA DE COBERTURA DE FORNECIMENTO DE FÁRMACOS DE USO DOMICILIAR - RECUSA INDEVIDA - NÃO CABE AO PLANO DE SAÚDE DECIDIR QUAL O PROCEDIMENTO MÉDICO MAIS ADEQUADO AO PACIENTE - ABUSIVIDADE - DEVER DE DISPONIBILIZAR O MEDICAMENTO PRESCRITO - DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO - PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO - SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLOU O MERO DISSABOR, DIANTE DA GRAVIDADE DA DOENÇA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - CONSEQUENTE REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - VIABILIDADE. APELO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDO.

(TJPR - 9ª C. Cível - AC - 1003157-7 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Domingos José Perfetto - Unânime - - J. 18.04.2013)

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - PLANO DE SAÚDE - CRIANÇA PORTADORA DE SÍNDROME DE DOWN -

INDICAÇÃO DE FISIOTERAPIA AQUÁTICA E FONOAUDIOLOGIA - NEGATIVA DE COBERTURA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 167 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - IMPROCEDÊNCIA - OFÍCIO EXPEDIDO PELA PRÓPRIA AGENCIA NACIONAL INFORMANDO QUE A FISIOTERAPIA CONSTA DO ROL - PREVISÃO EXPRESSA NO CONTRATO DE COBERTURA DO TRATAMENTO DE FISIOTERAPIA E DE FONOAUDIOLOGIA - RECUSA INDEVIDA - ABUSIVIDADE CARACTERIZADA - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLOU O MERO DISSABOR, DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO - VERBA INDENIZATÓRIA - MANUTENÇÃO DO QUANTUM - CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE -- VERBA HONORÁRIA - VALOR IRRISÓRIO QUE NÃO CONDIZ COM O TRABALHO REALIZADO PELO PATRONO DO AUTOR - MAJORAÇÃO - ACOLHIMENTO - PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO - INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 3º E 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO - SÚMULA Nº 54, STJ - FIXAÇÃO DE OFÍCIO - RECURSO DA RÉ CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO - RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 9ª C.Ível - AC - 951837-4 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Domingos José Perfetto - Unânime - - J. 07.02.2013)

APELAÇÃO Plano de Saúde Ação de Obrigação de Fazer Necessidade de cirurgia atestada por relatório médico (Artroplastia total de quadril direito implante de prótese, e revisão de prótese do quadril esquerdo troca de prótese, com enxerto ósseo) - Recusa sob alegação de indicação de hospital não credenciado e utilização de próteses importadas Tutela antecipada concedida - Sentença de procedência - Inconformismo - Recurso desprovido. (TJSP - 9ª Câmara de Direito Privado - AC - 153651-63 - Foro Central da Comarca de São Paulo - Rel.: José Aparício Coelho Prado Neto - Unânime - J. 13/08/2012)

AGRAVOS REGIMENTAIS NA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO À COBERTURA INTEGRAL DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO VIA ORAL FORA DO AMBIENTE HOSPITALAR. PLEITO ACOLHIDO EM PARTE, SENDO DECRETADA A NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DENEGATÓRIAS DE COBERTURA À ALUDIDA MODALIDADE TERAPÊUTICA. CONDENAÇÃO DA OPERADORA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL, ALÉM DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM GRAU DE APELAÇÃO. DESPROVIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL. (TJRJ - 11ª Câmara Cível - AR - 51403-54 - Comarca da Capital do Rio de Janeiro - Rel.: Claudio de Mello Tavares - J. 31/05/2013.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DE MEDIDA. INTERNAMENTO DE SEGURADA EM SPA PARA FINS DE TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA, POR EXPRESSA PRESCRIÇÃO MÉDICA. DOENÇA RECONHECIDA PELA OMS.

DIREITO À VIDA. PREVALÊNCIA. DECISUM INCÓLUME. AGRAVO IMPROVIDO. (TJBA - 2ª Câmara Cível – AI – 4447-36 – Salvador – Rel.: Maria da Graça Osório Pimentel Leal – J. 17/07/2012.

A segunda seção do STJ aprovou a Súmula 469, com a seguinte redação: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

A súmula consolida o entendimento de que "a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota". (Resp 267.530/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJe 12/3/2001).

O CDC é aplicado aos planos de saúde mesmo em contratos firmados anteriormente à vigência do código, mas que são renovados. De acordo com voto da ministra Nancy Andrighi, no precedente, não se trata de retroatividade da lei. "Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro-saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova"<sup>304</sup>.

Por tudo que foi constatado, tem-se que a ameaça da atividade e, ainda, a possibilidade da coletividade sempre protegida pelo Poder Judiciário, poder ser prejudicada, uma vez que essa mesma coletividade teria que suportar o custo desequilibrado do serviço.

#### 4.6 PERSPECTIVAS DE SUSTENTABILIDADE DA ATIVIDADE

Temos como fato no cenário atual, as considerações aqui levantadas sobre a questão da atividade de plano de saúde e a judicialização desta. Sabe-se que a saúde suplementar é uma atividade econômica regulada pelo Estado, a partir de um órgão regulador. Sabe-se também, da existência de lei específica e que ela é regulamentada por diversas normas expedidas pelo órgão regulador.

A atividade econômica privada é regida por um contrato, que possui características de contrato de seguro, adaptado à esfera privada, apesar do serviço prestado ser considerado um serviço de relevância pública.

Quando o tema consiste em decisões emitidas pelo Poder Judiciário,

---

<sup>304</sup> Resp 418.572/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 30/3/2009.

percebe-se a mitigação do caráter privado conferido ao contrato e a superestima aos princípios norteadores do Estado, como a perseguição ao direito fundamental à saúde. A pretensão do Estado ao cuidar das questões judiciais de forma a privilegiar o consumidor, é atender o que a Constituição Federal determinou. Porém, as decisões não observam a lógica econômica impingida à atividade, como a cálculo atuarial, o caráter do mutualismo e a possibilidade legal de se auferir lucro.

Existem estudos que mostram que há um viés na atividade, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro estaria ameaçado pelo custo das demandas judiciais.

As causas principais de demandas judiciais, como apontam as pesquisas mencionadas, podem ser levantadas como: revisões de contratos visando à anulação de cláusulas contratuais, que fazem expressa previsão a reajustes por faixa etária quando o beneficiário completar 60 anos de idade; retroatividade da Lei nº 9.656/1998, e do Estatuto do Idoso,<sup>305</sup> de forma a beneficiar o contratante do plano de saúde, ampliando coberturas ou anulando reajustes; e a ampla cobertura com o pagamento de procedimentos médicos, que não constam entre os procedimentos de cobertura obrigatória, normatizado pelo órgão regulador, a ANS.

Nas demandas em que se discute a revisão e anulação de cláusulas de reajuste, quando há perícia judicial para auxiliar o juiz nas decisões, elas apontam a existência efetiva de prejuízo da operadora, caso a demanda seja julgada procedente e o reajuste pela mudança de faixa etária não ocorra.

Foram recortados dois casos em que foi realizada perícia contábil e se chegou à conclusão da possibilidade real de prejuízo:

1 - O contrato firmado entre o autor e o réu possui previsão de reajuste por mudança de faixa-etária? Resposta – Sim. A proposta de admissão / contrato no 216829, datado de 08 de março de 2001, presente à fl. 24 dos autos, sob cópia reprográfica, possui previsão de reajuste por faixa etária.

2 - Qual o índice o índice contratual previsto pela mudança de faixa etária do autor quando atingiu (60) anos de idade? Resposta – A variação percentual alcançou a ordem de 86,86%. 3 - A Nota Técnica de registro de produtos juntada aos autos às ff., cuja cópia foi encaminhada e aprovada pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, conclui pela necessidade do reajuste em função da mudança de faixa etária?

Resposta – A Nota Técnica de Registro de Produto – Atualização 2001, apresentada pela Ré – Unimed demonstra que, para elaboração do estudo

---

<sup>305</sup> LEI nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 25/01/2013.

(despesa assistencial líquida), tomou como relevante a faixa etária e tipo de acomodação, apartamento ou enfermaria.

4 - À vista dos cálculos e demonstrativos apresentados pela Unimed BH, bem como do parecer do atuário independente, a ANS autorizou a Unimed BH a proceder aos reajustes das mensalidades? Resposta – Através de pesquisa junto à ANS e demonstrativos disponibilizados pela Unimed BH, pôde-se observar que a ANS autorizou a Ré a proceder os reajustes das mensalidades. Gentileza verificar documentação em anexo.

5 - Analisando-se as planilhas e demais documentos juntados aos autos e outros que outros serão disponibilizados por ocasião da perícia, é possível concluir que sem os aumentos por faixa etária os contratos se tornam deficitários? Resposta – Sim. Gentileza apresentar resposta apresentada para indagação de no 08, formulada pelo Autor, observando ainda os dados fornecidos pela Ré.<sup>306</sup>

08 - O relatório do atuário Dr. IVAN SANTANA ERNANDES, juntado aos autos às fls., cuja cópia foi encaminhada à SUSEP, conclui pela necessidade do reajuste em função da mudança de faixa etária? Resposta: Sim. Conforme descrito no parecer na consulta realizada pela empresa Ré (UNIMED BH – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.), de fls. 82/86, ao atuário Dr. Ivan Santana Ernandes.

09 - À vista dos cálculos e demonstrativos apresentados pela UNIMED BH, bem como do parecer do atuário independente acima mencionado, a SUSEP, autorizou a UNIMED BH a proceder aos reajustes nos preços das mensalidades? Resposta: Conforme consta no documento de fls. 81, dos autos, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autorizou a UNIMED BH a proceder aos reajustes por mudança de faixa etária.

10 - Analisando-se as planilhas e demais documentos juntados aos autos e outros que serão disponibilizados por ocasião da realização da perícia, é possível concluir que sem o aumento os contratos tornam-se deficitários? Resposta: Considerando-se a Análise das Mensalidades dos Planos Individuais, de fls. 276/364, constatou-se que sem o aumento de mensalidades os contratos tornam-se deficitários.

11 - Em sendo positiva a resposta ao quesito anterior, queira o senhor perito quantificar o montante de prejuízo mensal e anual da UNIMED-BH? Resposta: Conforme Análise das Mensalidades dos Planos Individuais, de fls. 276/364, este perito informa: - Percentual sobre o valor das mensalidades para custeio das despesas comerciais e administrativas, relativa ao exercício de 1998: 10%; - Sinistralidade máxima 100% - 10% = 90%; - Custo médio mensal apurado no período de fev/98 a jan/99: R\$6.444.362,32 - Receita com mensalidades apurada (base fev/99): R\$6.860.769,13; Sinistralidade apurada  $R\$6.444.362,32/R\$6.860.769,13 \times 100 = 93,93\%$ ; - Receita mensal pela sinistralidade máxima (Ponto de equilíbrio):  $R\$6.444.362,32 / 0,90 = R\$7.160.402,58$ ; - Prejuízo mensal (Receita ponto de equilíbrio – Receita apurada):  $R\$7.160.402,58 - R\$6.860.769,13 = R\$299.633,45$ ; - Prejuízo anual:  $R\$299.633,45 \times 12 = R\$3.595.601,40.68$ .<sup>307</sup>

<sup>306</sup> Perícia contábil elaborada pela perita judicial Luciana Monteiro Nogueira e apresentada nos autos (0024.07.426.137-1) que tramitaram na 24a Cível de Belo Horizonte, MG. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 1.0024.07.426137-1/001. 10a Câmara Cível. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. j. 14 dez. 2010. *DJMG*, 14 jan. 2011).

<sup>307</sup> Trecho da perícia contábil realizada pelo perito judicial Hideraldo Yank Martins e Souza, apresentado nos autos de número 0024.99.184.457-2, que tramitaram perante a 08a Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Ação Civil Coletiva** 0024.99.184.457-2. Disponível em: [www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado.jsp?txtProcesso=0024.99.184.457-2&comrCodigo=0024&numero=1&listaProcessos=99184457&select=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?txtProcesso=0024.99.184.457-2&comrCodigo=0024&numero=1&listaProcessos=99184457&select=1). Acesso em: 25/01/2013.

Apesar de a perícia favorecer os entendimentos pelo desequilíbrio econômico do plano de saúde, ambos os casos foram julgados procedentes e o pedido de anulação de cláusula de reajuste, observado.

No que se refere à retroatividade das Leis, em especial o Estatuto do Idoso para que os benefícios ali trazidos alcancem os contratos de planos de saúde firmados antes de sua edição, ou seja, antes de 2003, o Superior Tribunal de Justiça<sup>308</sup> tem estabelecido jurisprudência no sentido de retroagir a referida lei, mitigando a tese defendida de violação aos princípios da isonomia e do ato jurídico perfeito.

Creemos ser relevante trazer a essa pesquisa, o voto divergente no Acórdão referenciado na nota abaixo, do Ministro Castro Filho, que submete a questão ao caráter econômico e a preocupação com a atividade de plano de saúde:

(...) Destarte, estamos diante de um contrato de risco. Se o direcionarmos só ao consumidor, ou só à seguradora, estaremos criando um desequilíbrio, haja vista que o consumidor assume o compromisso, o risco, de pagar, sem nunca ou quase nunca utilizar os serviços médicos. De outro lado, a seguradora também assume um risco, que poderá não suportar na mesma medida, pois, se aumentarem seus custos, terá que repassá-los aos consumidores, a fim de manter inalterada a prestação do serviço e a lucratividade. O consumidor, como agente reconhecidamente vulnerável (art. 4o, inciso I, do Cód. Defesa do Consumidor), carece, sem dúvida, de tratamento especial. Ao invés disso, se não se puder exercer qualquer controle diante da falta de critérios diretos para os malfadados, porém necessários, reajustes, ficaríamos sujeitos a repasses de custos calculados de forma aleatória.<sup>309</sup>

A ANS também manifestou-se, dando seu parecer sobre a retroatividade largamente discutida em ações judiciais e concluiu pela possibilidade de prejuízo para a atividade. A seguir, será transcrito parte do parecer: <sup>310</sup>

<sup>308</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3a T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25/03/2008. **DOU**, 11/04/2008. “Se o consumidor, usuário do plano de saúde, atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus ao abrigo da referida regra protetiva. Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Explico: não sabemos se o consumidor assumirá a idade preestabelecida na cláusula contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tão pouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.”

<sup>309</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3a T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25/03/2008. **DOU**, 11/04/2008.

<sup>310</sup> BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO, 2009. Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO - Gerência-Geral Econômico, Financeira e Atuarial de Produtos, que está vinculada à Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos, da ANS. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em 25/01/2013.

O presente estudo tem por objetivo calcular o impacto econômico-financeiro da não aplicação de reajustes por mudança de faixa etária nas mensalidades dos beneficiários com idade superior a 59 anos em contratos firmados antes de 2004, casos em que havia a previsão contratual desse tipo de reajuste, conforme as regras estabelecidas pela CONSU n.o 06 de 1998. (...)

Tendo em vista os resultados apresentados neste estudo, conclui-se que a retroação do Estatuto do Idoso nos planos contratados antes de 1º de janeiro de 2004, poderia provocar um aumento na sinistralidade que chegaria a 3,68% em 2009 e 20,51% em 2029, num cenário prospectivo de envelhecimento dos beneficiários.

Esse aumento na sinistralidade significa uma diminuição da arrecadação concomitantemente a um aumento no custo da carteira. O aumento da sinistralidade se torna maior a cada ano devido ao envelhecimento da população, já que o gasto com saúde é diretamente proporcional à idade.

Em algumas operadoras, cuja carteira apresenta uma grande concentração de idosos, o impacto na sinistralidade poderia ser ainda mais relevante. Portanto, observa-se que o impacto da retroação do Estatuto do Idoso pode causar um desequilíbrio econômico-financeiro e atuarial na carteira dos planos de saúde, considerando que a precificação dos planos, à época da contratação, foi estabelecida num contexto, em que o pacto intergeracional era feito numa configuração de faixas etárias diferente.

O parecer da ANS e a jurisprudência consolidada, no que tange à possibilidade de prejuízo para a operadora, ou ainda, o impacto disso para a continuidade da atividade de planos de saúde, é um fato.

Certamente que os normativos próprios, emitidos pela agência reguladora, não são utilizados para convencimento dos juízes, nos julgados que consolidam a questão em favor do consumidor.

Sabe-se que a Constituição Federal, de 1988, conferiu ao Poder Judiciário o dever de zelar pela guarda de seus preceitos, dando novas possibilidades legais, como a lei da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor, leis que regulam as ações diretas de constitucionalidades, entre outras, tudo para garantir a efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Ainda que a própria Constituição faz expressa referência à função social das empresas que não pode ser resumida, como a necessidade de atuação de forma gratuita, para a perseguição do fornecimento do serviço de saúde. Maiana Pessoa, desta forma, conclui sobre a função social das empresas:

A função social da empresa assegura a função social dos bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar uma destinação compatível com o interesse da coletividade. Entretanto, a função social não significa uma condição limitativa para o exercício da atividade empresarial, visa proteger a

empresa contra a veracidade patrimonialista do mercado.

Nesse contexto, a função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno das empresas.<sup>311</sup>

Porém, o que hoje deve ser discutido, se a solução encontrada pelo Poder Judiciário, no que tange às demandas que discutem os direitos dos usuários de planos de saúde, é se existe um equívoco reiterado que fará com que a atividade não se sustente.

Marcos Ângelo Grimone, ao analisar a conduta do Poder Judiciário em relação a direitos difusos, faz uma crítica pertinente ao assunto tratado nesta pesquisa:

No Brasil, no entanto, o Poder Judiciário, em particular os seus tribunais superiores, ainda não se mostrou apto a promover a tutela dos direitos fundamentais, principalmente quando se trata de matéria difusa. Inúmeras ações civis propostas tem sua tutela dificultada em face de problemas da ritualística processual, ou por má formação cultural dos membros do Poder Judiciário excessivamente apegados a uma doutrina patrimonial individual.<sup>312</sup>

Não há como ignorar que para garantir efetividade aos direitos fundamentais, não basta a ingerência desmedida do Poder Judiciário às questões econômicas, e também que tais decisões baseadas nos fatos demonstrados tornam a atividade de plano de saúde insustentável.

---

<sup>311</sup> PESSOA, Maiana Alves. **A função social da empresa como princípio do direito civil constitucional.** Instituto Baiano de Ensino Superior. Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B87EEC8FE-FD48-47DE-BC41-8A0CBAEA9903%7D\\_funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B87EEC8FE-FD48-47DE-BC41-8A0CBAEA9903%7D_funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf). Acesso em: 25/01/2013.

<sup>312</sup> GRIMONE, Marcos Ângelo. **O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 171.

## 5 CONCLUSÃO

As transformações do modelo de Estado refletem-se diretamente na estruturação de conceitos relevantes como o direito à saúde, o grau de proteção lhe conferido e a forma de atuação da administração pública para a prestação desses serviços. O modelo atual privilegia a transferência da execução de serviços públicos essenciais para o setor privado. E o assunto aqui tratado discorreu sobre a atuação dessas empresas, na prestação de saúde.

Desenvolveu-se o teórico e importante conceito de direito à saúde, como direito fundamental e como garantidor da dignidade da pessoa humana, a ponto de reconhecer que a prestação de tal serviço, que atenda efetivamente o que determinou a Constituição Federal, exige um custo elevado. Concluiu-se inclusive, que se o Estado que possui um orçamento muito superior ao das empresas privadas, não é capaz de garantir saúde integral e universal para todos os cidadãos.

O Estado, ao tentar garantir o direito à saúde em caráter universal foi deficitário e deixou de prever que a demanda extrapolaria os custos disponíveis por mais abrangentes e significativos que possam ser. As causas desse déficit são diagnosticadas como falência do Estado, surgimento de novas tecnologias, gestão inadequada de orçamento, entre outros. Mas, o que importa observar é que diante dessa falência, a empresa de plano de saúde captou esse usuário para fornecer o serviço de forma adequada e qualificada. Passou a tê-lo como consumidor de um serviço privado.

A execução dos serviços de saúde, pela iniciativa privada, não está isenta do controle do Estado, que o faz através da regulação e suas normas, das normas de direito público que protegem a coletividade e da proteção ao princípio da função social conferida às empresas quando da execução de suas atividades. A empresa que presta o serviço de saúde deve atender o princípio da função social da empresa equilibrando os interesses privados com as necessidades sociais impostas pela Constituição Federal. A empresa é peça fundamental para manutenção e sustentabilidade do Estado.

Outro fator que se pode concluir é que a regulação da atividade de saúde suplementar trouxe benefícios expressivos aos usuários consumidores, e definiu as obrigações e defendeu os direitos dos envolvidos, em especial do usuário.

Diante desse quadro, o órgão regulador específico, amparado por lei federal

específica, passou a intervir na atividade econômica de prestação de saúde privada, moldando sua conduta com normativos, autuações e até gerência de contas.

As empresas que prestam o serviço de saúde suplementar foram beneficiadas com a regulação, uma vez que a lei específica definiu a gama de deveres contra abusos cometidos no passado. Ainda, na interferência do Estado na atividade econômica, a regulação trouxe a determinação de que as operadoras devem comprovar a viabilidade técnica, financeira e econômica de existir no mercado, prestando o serviço. Isso trouxe segurança ao mercado e equilíbrio econômico.

Mais uma conclusão a que se chega, que a edição da Lei nº 9.656/1998 também trouxe alguns conflitos, como a motivação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, ao propor Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, visando à suspensão de alguns artigos da referida lei, o que certamente gerou insegurança jurídica para mercado de saúde suplementar.

Não obstante o cenário estudado, que marca o fim do século XX e início do século XXI, evidencia a promoção ao capitalismo liberal no mundo, onde juízes fazem política pública para fortalecer a democracia, fenômeno conhecido como judicialização, que significa transferir as decisões políticas para os tribunais, daquelas questões de grande relevância e repercussão. No Brasil, esse fenômeno também foi absorvido, trazendo alterações bastante significativas em algumas esferas e, no caso, na prestação de saúde.

A saúde suplementar, no Brasil, também foi vitimada pelo fenômeno que transformou a forma de atuação das empresas, atendendo pedidos dos demandantes em detrimento às regras e contratos pactuados, bem como em detrimento aos normativos do órgão regulador específico, a ANS.

As decisões dos órgãos julgadores, em todas as instâncias e foros, que mostraram-se mais relevantes foram: as que envolvem a retroatividade da Lei nº 9.656/1998, ferindo princípios basilares e desfavorecendo o setor, face à imprevisibilidade das decisões emitidas pelo Poder Judiciário; os reajustes de contratos que são limitados e restringidos, em alguns casos retirados dos contratos, para que o beneficiário consumidor não tenha um maior dispêndio financeiro, transferindo esse ônus à operadora de plano de saúde; e os casos de retroatividade de leis, como o

Estatuto do Idoso, que fornecem a mesma sensação descrita da imprevisibilidade frente à falta de segurança jurídica.

O argumento da doutrina, e do Poder Judiciário, também fornecem conclusões. As decisões são baseadas no fato de que a saúde, como direito fundamental, não pode ser limitada por contratos privados e, apesar da existência de um órgão regulador do Estado, que limita e atua em evitar abusos na formação dos contratos, a aplicação da Constituição e seu caráter garantidor dos direitos fundamentais é a melhor solução encontrada.

O fenômeno da judicialização, e suas decisões, parecem ter colocado a empresa de plano de saúde à mercê do Poder Judiciário, onde o juiz faz lei e decide o tamanho do prejuízo que será experimentado pela empresa, com sua sentença.

A atuação do particular, nessa esfera de prestação de saúde, é facultativa e o mesmo assume deveres do Estado, como determina a Constituição Federal, mas é fato que há pilares que sustentam a empresa, entre eles estão os recursos recebidos exclusivamente dos usuários.

A empresa recebe recursos dos usuários, de acordo com aquilo que recebem de benefícios, ou seja, de acordo com o que optam em contratar, e a empresa deve manter as bases econômicas sólidas, pois os recursos obtidos são de todos os usuários que necessitem de prestação de saúde. Conclui-se que, por essa razão, não é viável ampliar coberturas sem que exista o aumento desse fundo.

Ainda, conclui-se que a perseguição e obtenção de lucro é um direito das empresas de planos de saúde, pois possuem a função social de fornecer os serviços, gerar empregos e pagar os impostos.

A saúde, como bem maior do indivíduo, protegida por direitos fundamentais sem os quais não se tem dignidade, deve ser protegida e preservada, mas os mesmos preceitos motivaram a existência dos planos de saúde. Foram tais preceitos que determinaram, que a Constituição Federal atribuísse à iniciativa privada a possibilidade de prestar o serviço. Regulou a atividade com a finalidade de que atendessem o propósito.

Porém, o Poder Judiciário representado pelas decisões judiciais que fazem jurisprudência e doutrina no Brasil, desequilibra a relação entre os beneficiários e

operadoras de planos de saúde, ignorando perícias técnicas que mostram prejuízos efetivos a estas, tornando a atividade inviável.

Ao magistrado, hoje, está a incumbência de assegurar a sustentabilidade da atividade de prestação de saúde suplementar no Brasil, sob pena de inviabilizar pagamentos de despesas médicas por falta de fundos, colocando as contas da empresa a disposição e prejudicando toda uma coletividade de usuários dos serviços.

A importância deste estudo mostra-se no instante que diagnostica e evidencia o desequilíbrio e a impossibilidade do Estado em regular a atividade econômica adequadamente, com fins de obtenção de equilíbrio e sustentabilidade.

## REFERÊNCIAS

AARON, Henry J. ; SCHWARTZ, William B. The painful prescription: rationing hospital care. In: AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez, escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ACIOLE, Giovanni Gurgel. Uma abordagem de antinomia público x privado: descortinando relações para a saúde coletiva. **Interface Comunicação, saúde e educação**, Botucatu, Fundação Unesp, v. 10, n. 19, p. 7-24, jan./jun. 2006.

ADI 1950/SP, rel. Min. Eros Grau, 03/11/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 02/02/2013.

AHUAD, Alfredo; PAGANELLI, Alberto; PALMEYRO, Alejandro. Medicina pré-paga: história e futuro. Buenos Aires: Isalud, 1999.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado: nota sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado.** Rio de Janeiro: Graal, 1985.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** Belo Horizonte: Forum, 2011.

ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em: 13/12/2012.

\_\_\_\_\_. **Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde Suplementar.** Rio de Janeiro: Ministério da Saúde. Série Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Caderno de informações da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos.** Brasília: ANS, 2010. Disponível em [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em: 07/01/2013.

\_\_\_\_\_. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar.** beneficiários, operadoras e planos. Brasília: ANS, jun. 2011. Disponível em [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em 12/01/2013.

ARROW, Kenneth Joseph. Uncertainty and the welfare economics of medical care. **American Economic Review** 53: 941-973.

AZEVEDO JUNIOR, Renato (Coord.). **Planos de saúde: nove anos após a Lei nº 9656/98.** São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007.

BAHIA, Lígia. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Fundação Oswaldo Cruz, v. 4, n. 1, p. 159-169, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O Estado e Ordem Econômica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 143, p. 37-50, jan./mar. 1981.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARCELOS, Cristina. **O poder normativo das agências reguladoras no Direito norteamericano e no Direito brasileiro: um estudo comparado**. [Dissertação de Mestrado]. Porto Alegre: UFRGS, 2008.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: [www.lrbarroso.com.br](http://www.lrbarroso.com.br). Acesso em: 19/01/2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOLTANSKI, L. **As classes sociais e o corpo**. Graal: Rio de Janeiro, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Ministério da Saúde. Consultoria jurídica. **Implementação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: MS, 2010.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Contabilidade Aplicada RPPS**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/docs/CcontabilidadeAplicadaRPPS.pdf>. Acesso em: 23/01/2013.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 254.467/SP**. 4º Turma. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. Julgamento: 19/10/2000. DJ: 05/03/2001.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. ANS - DIOPS – 2/5/2008 e FIPS – 2/5/2008. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoess/folder\\_ANS-Info\\_2008.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoess/folder_ANS-Info_2008.pdf). Acesso em: 24/01/2013.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Instrução Normativa 23, de 1 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/modules/mod\\_legislacao](http://www.ans.gov.br/modules/mod_legislacao). Acesso em 24/01/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 809329. 3a T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. 25/03/2008. **DOU**, 11/04/2008.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO, 2009. Ofício 1707/2009/GGEP/DIPRO - Gerência-Geral Econômico Financeira e Atuarial de Produtos, que está vinculada à Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos, da ANS. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em 25/01/2013.

BREYER, Stephen. **Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases**. Nova York: Aspen, 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, 47(1) janeiro-abril 1996.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, novembro, nº 23. Curitiba: UFPR, pp. 115-126.

CARVALHO NETTO, Menelick . Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 480, mai., 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Marlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441) .Acesso em: 20/12/2012.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONILL, Eleonor Minho. O mix público-privado na utilização de serviços de saúde: um estudo dos itinerários terapêuticos de beneficiários do segmento de saúde suplementar brasileiro. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 13, n. 5, p. 1501-1510, set./out. 2008.

CONSTITUICION DE LA NACION ARGENTINA. Disponível em: [www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php](http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php). Acesso em: 08/01/2013.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CORREIA, Sérvulo. Introdução ao direito à saúde. In: ASCENSÃO, Oliveira; ROCHA, Nogueira, RAPOSO, Mário; MONTEIRO, Sinde; CORREIA, Sérvulo ; MARTINES, Soares; AMARAL, Freitas; FARIA, Paula Lobato; AUBY, Jean Marie. **Direito da saúde e bioética**. Lisboa: LEX, 1991.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio; SILVA, Rafael Silveira e. Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória? **Caderno de Finanças Públicas**/Escola de Administração Fazendária. ESAF, Brasília, n. 9, p. 103-135, dez. 2009.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

CROZIER, Michel. **Estado modesto, Estado moderno**: estratégia para uma outra mudança. Brasília: FUNCEP, 1989.

CUNHA, Paulo Cesar Melo. **Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento de Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 12, p. 1851-1864, nov. 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Claudio Ismirne. **Atividade Econômica, saneamento básico e regulação**. [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: PUC/PR, 2007.

DINIZ, Marli. Repensando a teoria da proletarização dos profissionais. **Tempo social: Revista de sociologia da USP**, São Paulo, 10 (1): 165-184, maio de 1998.

DONABEDIAN, A. **La calidad de la atención médica: definición y métodos de evaluación**. La Prensa México, D.F., 1984.

DRUCK, Tatiana Oliveira. O novo direito obrigacional e os contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.) **Direito de empresa e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

FARIAS, Luiz Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo de adesão ao sistema de saúde suplementar. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 405-416, 2001.

\_\_\_\_\_. **As novas articulações entre o público e o privado no setor saúde**. Trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de Ciências Sociais em Saúde. Curitiba: ABRASCO, 1995.

\_\_\_\_\_. Segmentação de mercados da assistência à saúde no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 8 (2): 585-598, 2003.

FARJAT, Gerard. **Droit Economique**, 1982.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA, Luis Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. São Paulo: MP, 2006.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: Abril, 1962.

GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia *In: FIUZA, César et al. (Coord). Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GARRAFA, Volnei. **Por uma ética periférica**. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 out. 2002, Caderno Opiniões, p. A3.

GIACCHI, Orio. **Revista Il Diritto dell'economia**, 13 (4): 397-421, 1967.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. Condições Gerais do Contrato. São Paulo: RT, 1972.

GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. **O modelo de Agência Reguladora e a ANS: construção do regime regulatório na saúde suplementar**. [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. O conceito de relevância pública na Constituição de 1988. *In: DALLARI, Sueli Gandolfi et al. (Org.) O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992.

GRIMONE, Marcos Ângelo. **O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 06 mai./jun./jul. 2006, Salvador.

IDEC. **A proteção ao Consumidor de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. Empresa, ordem econômica e Constituição. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, 2012, 109-133.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

LEI nº 9.986, de 18 de julho de 2000. **Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9986-18-julho-2000-359735-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 02/02/2013.

LEI nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm). Acesso em: 02/02/2013.

LEI nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm). Acesso em: 02/02/2013.

LEI nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Regulamento da MP 2.012-2, de 30.12.99 Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/legislacao/lei9961.htm>. Acesso em: 02/02/2013.

LEI nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/2010-07-23-codigo%20defesa%20consumidor.pdf>. Acesso em: 02/02/2013.

LEI nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 25/01/2013.

LEI nº 10.850, de 25 de março de 2004. Conversão da MP nº 148, de 2003. **Atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.850.htm). Acesso em: 02/02/2013.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Abili Lázaro Castro de Lima. **Globalização Econômica, Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LIMA, Vivian Cristina. **Administração Pública Contemporânea**. O usuário do serviço público e a dignidade da pessoa humana. [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: UFPR, 2004.

LIMBERGER, Têmis. Transparências Administrativas e Novas Tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 39, p. 55-71, set/out de 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. Servicio Público, Servicio Universal y Obligación de Servicio Público em la perspectiva el derecho comunitário: los Servicios Essenciales y sua regímenes alternativos. In: **Os caminhos da privatização da administração pública**. Coimbra: Coimbra, 2001.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de Derecho Político**. Madrid: Tecnos, 1992. v.1.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde**. Compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, n. 31, p. 129-169, jul./set. de 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: caso do telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, n. 14, p. 75-115. 2003.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Consultoria jurídica. Implementação do direito à saúde no Brasil. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: MS, 2010. p. 13.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Luis. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin . O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOREIRA, Vital. **Organização administrativa**. Coimbra: Coimbra, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann . Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 6, p. 67-96, 2004.

\_\_\_\_\_. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A Regulação como Instituto Jurídico (Primeira parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 169, 2003.

\_\_\_\_\_. A Regulação como Instituto Jurídico (segunda parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n 5, p. 69-79, jan/mar. 2004, p. 75.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formação da perspectiva civil-constitucional)**. Curitiba: Juruá, 2001.

NALINI, José Renato; CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa da Constituição**. São Paulo: RT, 1981.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado e do direito: do estado de direito liberal ao estado social democrático de direito**. In: MÂNICA, Fernando Borges. O setor privado nos serviços públicos de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Leis de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Constituição da organização mundial de saúde**. Preâmbulo. Nova Iorque, 22 de julho, 1946. Disponível em [www.onu.org](http://www.onu.org). Acesso em 17/12/2012.

OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde**. Alma-Ata, URSS, 06 a 12 de setembro de 1978.

PECI, Alketa; CAVALCANTI Bianor Scelza. A outra face da Regulação. O cidadão usuário de Serviços Públicos no Novo Modelo Regulatório Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 03, p. 09-31, p. 10.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: contituidad o cambio de paradigma. In: **Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PESSOA, Maiana Alves. **A função social da empresa como princípio do direito civil constitucional**. Instituto Baiano de Ensino Superior. Disponível em [http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B87EEC8FE-FD48-47DE-BC41-8A0CBAEA9903%7D\\_funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B87EEC8FE-FD48-47DE-BC41-8A0CBAEA9903%7D_funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf). Acesso em 25/01/2013.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do Art.170 da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIANOVISKI RUZIK, Carlos Eduardo; FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. In: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINTO, Luiz Felipe; SORANZ, Daniel Ricardo. Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional do Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 9, n. 1, p. 85-98, 2004.

PIRES, Danielle da Silva. SOUZA, Jordana Miranda. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência. UNIMED BH. **Judicialização da saúde.** Belo Horizonte: UNIMED, 2008, v. 2. p. 27-74.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A força normativa dos princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

POLANYI, Karl Paul. **A Grande Transformação.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PORTARIA n° 399, de 2006. Disponível: [www.saude.gov.br/portarias](http://www.saude.gov.br/portarias). Acesso em: 05/01/2013.

PORTARIA MS/GM n° 675, de 30 de março de 2006. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-675.htm>. Acesso em: 02/02/2013.

RAGAZZI, José Luiz; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direito Fundamental à saúde: um enfoque histórico evolutivo. In: GÖTTEMS, Claudinei; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coord.) **Direitos fundamentais: da normatização à efetivação nos 20 anos da Constituição brasileira.** Birigui: Boreal, 2008.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Marcus Vinícius. **Direitos humanos e fundamentais.** Campinas: Russel, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, ano 1, n. 4. P. 23-48, out/dez 1999.

ROCHA, Júlio Cesar. **Direito da Saúde**. São Paulo: LTr, 1999.

RODRIGUES, Paulo Henrique. **Saúde e Cidadania**: uma visão histórica e comparada do SUS. São Paulo: Atheneu, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Fausto Pereira. **A regulação pública da saúde no Brasil**: o caso da saúde suplementar. [Tese de Doutorado]. Campinas: UNICAMP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, p. 22, jul. 2008.

SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise nas ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: USP, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. **Cláusula abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos Serviços Públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 06, n. 30, p. 77-97, mar./abril. 2005.

SCHULMAN, Gabriel. Planos de saúde. **Saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto Dias. **Direito fundamental à saúde**. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. **Planos de Saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivim, 2008.

SOROS, George. **A crise do capitalismo global**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência. **Judicialização da saúde suplementar**. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SURGIK, Aloísio. **Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático**. Curitiba: Livro é cultura, 2003.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.

TELLES, Luciano Tadeu. **Planos privados de assistência à saúde: aspectos polêmicos a luz da Lei 9.656/1998**. Repertório IOB de Jurisprudência n° 6, 2° quinzena de março de 2000.

TEMPORÃO, José Gomes. O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública. Fundação Oswaldo Cruz, v. 19, n. 5, p. 1323-1339, set./out. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo **Temas de Direito Civil**. v. I, Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade médica brasileira na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIN, Arruda *et al.* **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 291-314.

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

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

UGA, Maria Alice Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Relatório de Pesquisa. Uma análise da equidade do financiamento do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública (FIOCRUZ), 2005.

VALENTIN, Joice. **Desafios futuros ao sistema de saúde com garantia de acesso à alta tecnologia: o caso do Uruguai**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2006.

VENDRAMINI, Luiz Fernando. **Metodologia para precificação de planos de assistência à saúde: um enfoque estatístico, atuarial e financeiro**. [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: FAESP/IPCA, 2001.

WAGNER, Mardsen. **Ultrassom: mais prejudicial que benéfico?** Disponível em: [www.amigasdoparto.com.br](http://www.amigasdoparto.com.br). Acesso em: 19/01/2013.

WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde**. Limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais. Cascavel: Assoeste, 2011.

ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru; THOMAS, Pedro Lourenço. **Laudo pericial: aspectos técnicos e jurídicos**. São Paulo: RT, 2000.