

MARILY DINIZ DO AMARAL CHAVES

A SAÚDE SUPLEMENTAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Tese apresentada à Douta Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Vidal Serrano Nunes Junior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2005

BANCA EXAMINADORA

Dedico esse trabalho à vida e a todos
aqueles que lutam para dignificar a
existência humana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para a conclusão desta Dissertação: em especial, ao meu orientador Vidal Serrano Nunes Junior, que forneceu os pilares para a construção desse trabalho; aos meus pais e a todos os meus familiares e amigos que sempre me incentivaram; ao Dr. Walter Fernandes, professor da Faculdade de Saúde Pública que me auxiliou na pesquisa referente às questões de saúde; a todos os professores que me ensinaram a observar o mundo e descobrir mecanismos que contribuíssem para o progresso da humanidade em busca de uma existência mais digna; à Prof. Maria Garcia que por meio das aulas e reflexões propostas no grupo de estudos , incentivou um aprofundamento do estudo do Direito Constitucional; à Prof. Carolina Siqueira Muniz Ventura; à Prof. Maria Helena Muniz de Carvalho;a todos os meus colegas da vida acadêmica e da Procuradoria Geral do Estado e a todos os meus alunos e ex-alunos que com seus questionamentos me induziram a uma maior reflexão sobre vários aspectos do Direito.

RESUMO

Esta tese propõe-se a delinear o regime constitucional da saúde suplementar. Para tanto, abordamos o direito social à saúde no contexto do Estado Social, em uma perspectiva de evolução dos direitos fundamentais.

As ações e serviços de saúde, embora sejam obrigação do Estado, foram deferidas à iniciativa privada, que participa tanto de forma complementar ao SUS, quanto mediante a obtenção de lucro.

Diante dessa constatação, fez-se necessário dirimir a colisão entre o princípio do Estado Social e o da livre iniciativa, por meio da ponderação norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual foi examinada a eficácia desse princípio em relação ao direito à saúde, tanto no âmbito do Setor Público como no tocante à saúde suplementar.

Tendo analisado os sistemas de saúde públicos e privados e atentando para a eficácia dos direitos fundamentais e para a vinculação tanto do Poder Público como dos particulares a tais direitos, delineamos o regime jurídico da saúde suplementar.

ABSTRACT

This dissertation aims to outline the constitutional system of supplementary health. To achieve this, we approach the social right to health in the context of the Social State, in a perspective of evolution of the fundamental rights.

Health services and actions, despite being an obligation of the State, have been granted to private initiative, which participates either complementing SUS (the Brazilian Public Health System), or by means of profit obtention.

In light of this, it was necessary to solve the collision between the principles of Social State and free enterprise, by means of the consideration guided by the principle of dignity of the human person. This is the reason why we examined the efficacy of this principle in relation to the right to health, both in the scope of the Public Sector and regarding supplementary health.

Having analyzed public and private health systems, and observing the efficacy of fundamental rights and the binding of the Public Power and also of private initiative to those rights, we outlined, in this dissertation, the juridical system of supplementary health.

SUMÁRIO

Página

INTRODUÇÃO.....	15
-----------------	----

1ª.Parte: A SAÚDE NO ESTADO SOCIAL CAPITALISTA BRASILEIRO:.....	20
--	-----------

CAPÍTULO 1: O OBJETO DO DIREITO À SAÚDE.....	21
--	----

1.1 O conceito de Saúde.....	22
------------------------------	----

CAPÍTULO 2: O ESTADO SOCIAL:.....	25
-----------------------------------	----

2.1 O Estado de Direito.....	25
------------------------------	----

2.2 Os direitos fundamentais de segunda geração.....	28
--	----

2.3 O Estado Social: Origem, Evolução e mudança de paradigma.....	29
--	----

2.4 O surgimento do Estado Social no Brasil.....	36
---	----

2.5 O direito à saúde como um direito fundamental social.....	52
---	----

CAPÍTULO 3: O SISTEMA CAPITALISTA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:.....	57
--	----

3.1 Os valores constitucionais sociais e a função dos princípios.....	57
3.2 Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil....	69
3.3 A compatilização do princípio da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa.....	70
3.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	70
3.3.2 O princípio da livre iniciativa.....	78
3.3.2.1 A análise da livre iniciativa nas Constituições Brasileiras.....	82
3.3.3. Hermenêutica e interpretação constitucional.....	96
3.3.3.1 Hermenêutica e interpretação jurídica.....	98
3.3.3.2 A evolução histórica das Escolas Hermenêuticas.....	101
3.3.3.3 A Hermenêutica Constitucional.....	105
3.3.4 O princípio da livre iniciativa em face do princípio da dignidade da pessoa humana.....	112

2ª.Parte: O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL.....116

CAPÍTULO 1: A REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE.....117

1.1 A Seguridade Social e seus objetivos.....118

CAPÍTULO 2: OS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DE SAÚDE.....120

2.1 O Sistema Único de Saúde.....120

2.1.1 Histórico.....120

2.1.2 Os princípios que vigoram para o SUS.....122

2.1.2.1 Princípio do acesso universal e igualitário.....123

2.1.2.2 Princípio da integralidade de assistência.....126

2.1.2.3 Princípio da Descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo.....127

2.1.2.3.a Princípio da regionalização e hierarquização dos serviços e ações de saúde.....128

2.1.2.3.b Direção única em cada esfera de governo.....130

2.1.2.4 Princípio da participação social.....	132
2.2 O Sistema Suplementar de Saúde.....	133
2.2.1 Histórico.....	133
2.2.2 Conceito de Assistência Médica Suplementar.....	136
2.2.3 Modalidades Organizacionais de Assistência Médica Suplementar.....	138
2.2.3.1 Autogestão.....	138
2.2.3.2 Medicina de grupo.....	139
2.2.3.3 Cooperativas Médicas.....	139
2.2.3.4 Seguro-Saúde.....	140
2.2.4 As atribuições da saúde suplementar na Constituição de 1988.....	141
2.2.4.1 A participação da iniciativa privada no SUS em caráter complementar.....	143
2.2.4.2 A iniciativa privada e a assistência à saúde mediante a obtenção de lucro.....	150
 CAPÍTULO 3: A SAÚDE SUPLEMENTAR E O PODER REGULATÓRIO DO ESTADO.....	 190
3.1 Agências reguladoras.....	190

3.2 Agência Nacional de Saúde.....	199
------------------------------------	-----

3ª Parte: O REGIME CONSTITUCIONAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL.....	205
--	------------

CAPÍTULO 1: O DIREITO À SAÚDE E A ATIVIDADE DA INICIATIVA PRIVADA MEDIANTE A OBTENÇÃO DE LUCRO.....	206
--	------------

1.1 O princípio da dignidade do ser humano e o direito à saúde.....	208
--	-----

1.2 A eficácia dos direitos fundamentais.....	232
---	-----

1.2.1 O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.....	234
--	-----

1.2.2 A eficácia vinculativa dos direitos fundamentais.....	249
--	-----

1.2.2.1 A vinculação do poder público aos direitos fundamentais.....	249
---	-----

1.2.2.2 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	254
---	-----

1.3 O conceito constitucional de serviço de relevância pública.....	262
--	-----

CONCLUSÕES FINAIS.....	268
-------------------------------	------------

Bibliografia.....	278
-------------------	-----

ABREVIATURAS

ADIN – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AIS – AÇÕES INTEGRADAS DE SAÚDE

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

CAPS - CAIXA DE APOSENTADORIAS E PENSÕES

CDC – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CID – CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE DOENÇAS

CONSU – CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

IAPS – INSTITUTO DE APOSENTADORIAS E PENSÕES

INAMPS – INSTITUTO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

INPS – INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

MS - MINISTÉRIO DA SAÚDE

MST – MOVIMENTO DOS SEM TERRA

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

TJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo traçar o regime jurídico do direito à saúde sob o prisma constitucional dando enfoque à saúde suplementar.

O tema direito à saúde como um direito de todos e obrigação do Estado é novo em nosso regulamento jurídico, não obstante a sua essencialidade para a garantia de uma existência digna.

A Constituição de 1988 inovou em matéria de Saúde, tratando-a como um direito fundamental da espécie social, priorizando-a em relação aos demais direitos, inclusive no tocante aos princípios da atividade econômica, uma vez que todos os princípios norteadores da Constituição têm por escopo cumprir os fundamentos e atender aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III), bem como construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização (...), e promover o bem de todos (...) (artigos 3º. I, III e IV), todos dispositivos constitucionais.

Atentando para o fato de que a Constituição facultou à iniciativa privada a assistência à saúde mediante a obtenção de lucro, deparamo-nos com uma situação em que se torna necessário compatibilizar o direito social à saúde com o direito da livre iniciativa, próprio de um estado capitalista, sendo a regulação, apenas, um dos meios para se obter a convivência entre esses dois direitos.

A preocupação com a questão constitucional justifica-se pela teoria de Hans Kelsen, segundo a qual a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico em um Estado de Direito.¹

Isto posto, constatamos que esse aparente conflito é solucionado pela própria Constituição, conforme passaremos a demonstrar no desenvolver do presente trabalho.

¹Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p.240 “ A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras , mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma , cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante , até chegar finalmente na norma fundamental-pressuposta. A norma fundamental-hipotética, nestes termos- é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta inter-relação criadora”.

Cumpra ressaltar que o tema é novo e complexo, de modo que o campo a ser trabalhado é árido, motivo pelo qual essa tese não tem por objetivo esgotá-lo, porém tornar o campo mais fértil para novas discussões e propostas que inevitavelmente trarão benefícios à sociedade.

Para a abordagem do tema de forma sistemática, organizamos o trabalho em três partes a fim de viabilizar um encadeamento lógico das idéias.

Na primeira parte do trabalho, desenvolvida em três capítulos, tratamos da saúde no Estado Social Capitalista Brasileiro. Para atingir nossos propósitos, definimos o objeto do direito à saúde, apresentando o conceito de saúde adotado para elaboração deste estudo, contextualizando o direito à saúde no Estado Social Capitalista.

A contextualização do direito à saúde no Estado Social Capitalista Brasileiro exigiu a aferição do eixo de equilíbrio entre o princípio constitucional do Estado Social com o princípio da livre iniciativa, tarefa que foi possível por meio da ponderação direcionada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Na segunda, também desenvolvida em três capítulos, abordamos o direito à saúde no contexto da seguridade social, apresentando a regulamentação constitucional do direito à saúde, e o estudo tópico dos sistemas constitucionais de saúde, abordando a questão histórica, os princípios setoriais da saúde, bem como o conceito de assistência médica suplementar, as modalidades organizacionais e as atribuições desse sistema, para então desenvolvermos o tema relativo ao poder regulatório do Estado em matéria de saúde.

O objetivo da segunda parte do trabalho foi apresentar o regime constitucional do SUS e encaminhar o raciocínio para a demonstração de que tal regime é extensivo à saúde suplementar, traçando considerações sobre a regulamentação infraconstitucional desses sistemas.

Na terceira parte do trabalho com o intuito de indicarmos qual foi o regime constitucional delineado em matéria de saúde suplementar no Brasil, enfrentamos a questão relativa à eficácia atribuída ao princípio da dignidade humana, a fim de aferir se a carência de recursos em matéria de saúde implica em ofensa a tal princípio. Superada essa discussão, passamos, então, ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais, priorizando nesse contexto a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de modo a demonstrar que o setor de saúde suplementar, mesmo quando desenvolvido

mediante a livre iniciativa, também deve atuar no sentido de maximização dos direitos fundamentais, sendo minimizada nessa hipótese a autonomia privada, isto porque tem por objetivo a prestação de um serviço de relevância pública.

1ª PARTE:

A SAÚDE NO ESTADO SOCIAL CAPITALISTA BRASILEIRO

CAPÍTULO 1: O OBJETO DO DIREITO À SAÚDE

Diante do desafio a ser enfrentado no presente trabalho, foi muito encorajadora a reflexão proposta pela Profa. Dra. Rosa Nery, inspirada na teoria tridimensional do direito, desenvolvida por Miguel Reale, no sentido de que *“... é importante observar que a concepção positivista de que o jurista é comprometido com a aplicação do direito positivo, não autoriza o intérprete dessa realidade a afirmar que o jurista está afastado do compromisso com a justiça, ou que há um direito para o jurista e outro para o filósofo. Atente-se para o fato de que, se o jurista influi na criação na “sic” norma, porque conhece onde estão as falhas do sistema - ainda que se reconheça que isto não é, propriamente, atividade dele, mas do legislador, - a contribuição que dará para aperfeiçoar a norma ao justo é filosófica e, portanto, valorativa, e estará, de qualquer forma, em busca do fundamento filosófico da norma, a que se propõe, naturalmente, perseguir.”*²

Assim, sob o conceito de justiça que, segundo Kelsen, consiste no cumprimento das competências distribuídas pela Constituição³, constata-se que se estará fazendo justiça ao cumprir as proposições do Estado social Brasileiro. Nesse sentido é o entendimento de Marlon Alberto Weichert ao registrar *“... de plano a inaplicabilidade no atual estágio do Estado social de qualquer doutrina que recuse força normativa aos preceitos que fixam deveres*

²Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, *Pessoa Natural: Sujeito de Direito*, p.23.

³ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 63/75.

*positivos ao Estado e à sociedade no cumprimento dos objetivos sociais. Pelo contrário, cremos que ao operador do Direito impõe-se a retirada da máxima eficácia e mais imediata aplicabilidade dessas normas, ainda que veiculadas na forma de princípios programáticos, na linha, aliás, do disposto no artigo 5º., parágrafo 1º. da Constituição de 1988.”*⁴

Para viabilizar o estudo do tema proposto, antes devemos fixar o conceito de saúde ao qual nos referimos.

1.1 O conceito de saúde

A discussão a respeito do conceito de saúde é muito antiga.

No auge da democracia grega, Hipócrates, bem como Paracelso, na primeira metade do século dezesseis, acreditavam que a saúde se relacionava ao meio ambiente e às condições de vida dos homens, tendo Paracelso demonstrado a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho, em razão de sua experiência como mineiro. No mesmo sentido foram as conclusões de Engels nos albores da Revolução Industrial.⁵

⁴ Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde(SUS)- características e sua inserção no contexto federativo*,p. 128.

⁵ Sueli Gandolfi Dallari, *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*, 1995, p.17/18.

Por outro lado, Descartes (1596-1650) deu origem a um novo conceito de saúde ao entendê-la como ausência de doenças; tal formulação decorreu da identificação do corpo humano à máquina. A evolução desse conceito enfatizou no século dezenove o caráter mecanicista da doença, reforçado em virtude dos trabalhos de Pasteur e Koch que, ao comprovarem a teoria da etiologia específica das doenças, explicaram a causa do “*defeito na linha de montagem humana*”⁶, enfoque que visava tão somente ao resultado sem se preocupar em procurar as razões primeiras dessa doença ou agravo.

Contemporaneamente à Revolução Industrial, ocorreu um embate doutrinário entre essas duas correntes, cuja conseqüência foi a formulação de um conceito abrangendo as duas visões até então opostas, sob o prisma de “*dois enfoques de um mesmo problema...*”⁷.

A saúde foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, e como completo bem-estar físico, mental e social e não só como ausência de doenças ou outros agravos, apenas com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), que assim a conceituou no preâmbulo de sua Constituição (1946).

⁶ Ibid.,p.18.

⁷ Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde (SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*, p.132.

O professor Luiz Alberto David Araújo com a precisão e clareza que lhe são peculiares ensina que *“Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, conseqüentemente, parte do direito à saúde.*

*O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito ao tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.”*⁸

Fixado o conceito de saúde, faz-se necessário traçar breves considerações a respeito do Estado Social, a fim de possibilitar a compreensão desse tipo de Estado, para podermos entender os denominados direitos sociais, dentre os quais se encontra inserido o direito à saúde.

Para isso apresentaremos um brevíssimo panorâmico histórico.

⁸ Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p.53-54.

CAPÍTULO 2: O ESTADO SOCIAL

O Estado social é uma variação do Estado de Direito, motivo pelo qual será tratado primeiramente.

2.1- O Estado de Direito

A reivindicação do Estado de Direito surgiu como uma reação contra o arbítrio dos governantes, característico do chamado Estado Absolutista.

A monarquia absoluta como regime político monocrático teve o seu maior exemplo no reinado de Luís XIV que encarnava na sua pessoa os interesses do Estado, afirmando “*L’État c’est moi*”.

Diante da aspiração de contrapor-se aos ditames do Estado absolutista, a reformulação institucional visava estabelecer um “*governo de leis e não de homens*” conforme o disposto no artigo 30 da Constituição de Massachutes.

O governo de leis buscava a segurança jurídica e sua preferência deriva da lição aristotélica de que elas - ao contrário dos homens - não têm paixões.⁹

O Estado de Direito teve origem “... na convicção multissecular da existência de um Justo independente da vontade humana. Esta, com efeito, já aparece na Grécia antiga, ilumina, em Roma o pensamento estóicos, revive na Idade Média com Tomás de Aquino e os jusnaturalistas, brilha, nas vésperas da Idade Moderna, com a Escola do Direito Natural e das Gentes, para o século XVIII inspirar Montesquieu e outros arquitetos do Estado contemporâneo.

Por outro lado, arraiga-se no rule of law que se desenvolve na Inglaterra, combinando aquelas idéias filosóficas com o pragmatismo peculiar ao povo desse país.”¹⁰

O Estado de direito desempenhou um papel importante na relação entre indivíduo e Estado, pois “[é] com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só tem deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.”¹¹

⁹ Celso Lafer, *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*, p.67.

¹⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 105.

¹¹ Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 61.

O conceito tipicamente liberal desse Estado foi inspirado em um ideal de segurança e justiça, opondo-se às mazelas e à tirania do Estado absolutista, e tinha como características básicas: a) a submissão ao império da lei, sendo a lei compreendida como ato emanado formalmente do Poder Legislativo; b) a divisão de poderes; c) o enunciado e garantia dos direitos individuais. Todavia, atentando para o fato de que essa concepção liberal atendia aos interesses da burguesia implicando em relevante opressão das classes menos favorecidas, constatam-se a deturpação e a deformação desse tipo de Estado, à medida que evoluía.

Essa deformação decorreu da redução do Estado de Direito a um conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, sem qualquer compromisso com a realidade política, socioeconômica e ideológica. Kelsen, ao conceber como Direito tão somente o positivo, entendendo como tal a norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, contribuiu para a redução do conceito de Estado de Direito a um conceito meramente formal, que no decorrer da história se mostrou insuficiente para atender às demandas populares e sociais, porque o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal deram margem a injustiças

que fomentaram a necessidade de implantação de um novo modelo de Estado.¹²

2.2 Os direitos fundamentais de segunda geração

Para atender às necessidades populares, o Estado precisou despojar-se de sua abstenção e neutralidade e passou a atuar em favor do povo. Uma vez superada a necessidade de neutralizar a ação arbitrária do Estado impondo-lhe o dever de abster-se por intermédio dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, identificados por Norberto Bobbio como os direitos individuais, foi preciso que o Estado agisse para minorizar os problemas sociais¹³.

Nesse panorama surgiu “...uma nova categoria de direitos, que poderemos para já designar por direitos a prestação(‘Leistungsrechte’) ou direitos de quota-parte(‘Teilhaberechte’). Distinguem-se das liberdades e dos direitos (democráticos) de participação, desde logo porque representam exigências de comportamentos estaduais positivos - embora a contraposição indivíduo-Estado não desapareça, esbate-se na medida em que os direitos não são ,em si,direitos contra o Estado(contra a lógica estadual) , mas direitos através do Estado. A título de exemplo, poderá recorrer-se à generalidade daqueles direitos que costumam ser designados por

¹² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.116/119.

¹³ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p.100.

direitos sociais: certos direitos dos trabalhadores, direitos à habitação, à saúde, à segurança social, à proteção do ambiente, ao ensino, à cultura, etc.”¹⁴(grifos nossos).

Diante dessa evolução nos conceitos dos direitos fundamentais, teve origem o Estado Social, ao qual faremos algumas considerações, a fim de contextualizar o direito à saúde, para explicar o motivo pelo qual foi deferida a iniciativa privada à assistência à saúde e, diante disso, o papel da Agência Nacional de Saúde.

2.3 O Estado Social: Origem, Evolução e mudança de paradigma

O Estado Social é, por assim dizer, Estado material de Direito, na medida em que procura realizar a justiça social.¹⁵ Conforme ressalta Paulo Bonavides, estes direitos fundamentais se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, em razão de haverem nascido “*abraçados ao princípio da igualdade*”¹⁶ compreendida em um sentido material.

¹⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p.49 *apud* Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde – Características e sua Inserção no Contexto Federativo*, p.126.

¹⁵ Pablo Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bologna, Publicaciones del Real Colégio de España, 1975, p.94 *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.115.

¹⁶ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p.518.

Cumpra ressaltar que tais quais os direitos da primeira dimensão, denominados liberdades públicas, também os direitos sociais (lato sensu) se reportam à pessoa individual. Desse modo, tem-se que a expressão “social” designa que tais direitos “... podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à “sic” reivindicações das classes menos favorecidas...”¹⁷.

“Direitos sociais são aqueles que se direcionam à inserção das pessoas na vida social, tendo acesso aos bens que satisfaçam suas necessidades básicas. Visam ao bem-estar da pessoa humana. Têm especial preocupação com as camadas mais carentes da população e aqueles que, por uma ou outra razão, não podem obter esses benefícios de modo independente, como no caso de velhice, desemprego, infância, **doença, deficiência física ou mental**, etc. De certa forma procuram proteger os mais fracos, atendendo a uma finalidade de igualdade final ou, ainda que não tanto, ao menos **vida condigna para todos.**”¹⁸ (grifos nossos)

Remonta de longa data a preocupação social. Apenas a título ilustrativo, verifica-se que na Declaração francesa de 1793 já estão presentes a proteção social de subsistência e o direito de instrução, respectivamente, nos artigos 21 e 22.¹⁹

¹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.56.

¹⁸ Silvio Motta e William Douglas, in *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p.81, apud Reis Friede, *Curso analíticos de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*, p.168.

¹⁹ Art 21. “Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência aos que não têm condições de trabalhar”.

Art. 22. “A instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder os progressos da razão pública e pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos”.

A Constituição Imperial Brasileira de 1824 também garantia os socorros públicos bem como a educação, no artigo 179, números 31 e 32, respectivamente.²⁰

A Constituição francesa promulgada em 4 de novembro de 1848, ano de graves conflitos na Europa, foi sem dúvida um dos principais documentos para a consagração dos direitos econômicos e sociais, ao prever o direito à instrução, à assistência aos cidadãos necessitados, bem como ao trabalho.

A Constituição Mexicana de 1917, apenas introduziu a idéia de nacionalismo, de reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e limitou-se a elencar os direitos do trabalhador (Título IV), não dispondo propriamente a respeito do direito ao trabalho, motivo pelo qual Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que, não obstante seja “... um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais.”²¹, qual seja os direitos sociais.

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada na Rússia, em janeiro de 1918, por apenas enunciar princípios e não

²⁰ Artigo 179 da Constituição Imperial Brasileira de 1824 n.31 “A Constituição também garante os socorros públicos”. n 32 “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”.

²¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, pág.46.

direitos, e dado a seu tom e caráter propagandístico não exerceu maior influência na definição dos novos direitos fundamentais.²²

O tratado de Versalhes datado de 28 de junho de 1919, ao dispor sobre a Constituição da Organização Internacional do Trabalho- a OIT- na qual se consagram os direitos do trabalhador e insere os direitos sociais na perspectiva de direitos fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários, foi um verdadeiro precedente dos direitos sociais.²³

A Constituição alemã de 1919, denominada de Constituição de Weimar, foi marcada pelo espírito social, mas a grande novidade adveio da sujeição da propriedade à função social, (artigo 153 e 155), da possibilidade da socialização de empresas(artigo 156), da proteção ao trabalho(artigo 157), do direito de sindicalização(artigo 159),da previdência social(artigo 161) e da co-gestão das empresas(artigo165).

Esse novo modelo foi posteriormente seguido por outras Constituições Européias, e pelo mundo todo. No Brasil, a primeira Constituição a adotar esse modelo foi a de 1934, ao deferir tratamento constitucional pela primeira vez à Ordem Econômica e Social (Título IV).

²² Ibid.,mesma página.

²³ José Pinto Antunes, *Os direitos do Homem no regime capitalista*, p.113 e s.

Segundo Elias Dias, esse Estado procura compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*²⁴.

Hans Zacher, importante defensor do Estado social, afirmava que o objetivo desse Estado era “*garantir a cada um uma existência digna(ein menschenwürdiges Dasein), reduzir as diferenças de riqueza e vencer ou controlar as relações de dependência.*”²⁵

O eminente jurista José Afonso da Silva, citando Elías Días (autor que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito) sustenta que não há como descartar a possibilidade de que esse Estado esteja encobrindo uma sutil ditadura do grande capital, isso porque é incontestável que “*o grande capital encontrou fácil entrada nas novas estruturas demoliberais, chegando assim a constituir-se como peça chave e central do Welfare State.*”²⁶

²⁴ Elias Diaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973, p.106, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.115.

²⁵ “*Was Können wir über des Sozialstaatsprinzip wissen?*” Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, p.237, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional , Internacional e Comparado*, p.24.

²⁶ Elias Diaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogos, 1973 ,p.122, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.116.

Os desajustes apresentados na economia mundial, a partir dos anos 70, decorrentes de um modelo globalizante da economia, dos altos custos com as prestações sociais e de uma expansão econômica distorcida geraram a redução das taxas de crescimento, a elevação dos índices de desemprego e o aumento da inflação, deflagrando uma crise universal denominada “*crise do Estado*”, que, nos países de Primeiro Mundo, se apresentou como “*crise do welfare state*”, nos periféricos, está associada ao esgotamento do modelo de industrialização substituído pelas importações e, nos países comunistas, ao colapso do estatismo.

As correntes conservadoras passaram a divulgar amplamente os ideários do neoliberalismo e as reformas econômicas propostas foram orientadas nesse sentido, em contraposição a um Estado de Bem-Estar Social.

Surgiu assim no cenário internacional, durante a década de 90, tanto nos países centrais quanto nos periféricos, a necessidade de implementar a “*reforma do Estado*”.

Os governos da América Latina, influenciados pelas proposições do ideário neoliberal, até mesmo em decorrência das recomendações técnicas de cunho neoliberal das instituições internacionais,

como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento-Bird e o Fundo Monetário Internacional-FMI, que priorizaram as linhas de crédito para implantação de programas com finalidade neoliberal, passaram a adotar medidas de ajuste, envolvendo programas de privatização, terceirização, desregulamentação de mercados, ajuste fiscal, reforma administrativa, redefinição de atividades de formulação e provisão exclusivas do Estado, aperfeiçoamento da democracia e maior controle social, uma vez que, para obter esses financiamentos, os países Latinos tiveram de pactuar ajustes com as agências que propiciassem estabilidade econômica.²⁷

Essas medidas de ajustes, que não são novidade alguma, eis que vivenciadas por nós, contemporaneamente, são citadas nesse trabalho a fim de encaminhar o raciocínio para traçar o contexto socioeconômico político no qual a saúde suplementar está inserida, permitindo assim uma visão real do problema, para, então, podermos formular a análise jurídica constitucional, uma vez que a Constituição, por ser um diploma político-jurídico, não pode ser interpretada à revelia da realidade.

Essas agências, por não priorizarem o aspecto social, tiveram que reformular tal posicionamento, dado ao fracasso de várias experiências, e após haverem, inclusive, sugerido a privatização dos sistemas

²⁷ Maria Cecília Sanchez, *Regulação como instrumento das políticas públicas do Estado contemporâneo: Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS*, p.1-2.

de saúde, o Banco Mundial recomendou “- *The Organization, Delivery and Financing of Health Care in Brazil, Agenda for the 90s, de 1995- o Estado deve assumir o papel regulador de um sistema híbrido público-privado, exercendo suas funções como financiador e regulador do sistema de saúde e transferindo as de provedor para outros setores: privados e público não-estatais*(Bahia,1999)”.²⁸

2.4 O surgimento do Estado Social no Brasil

A análise histórica relativa aos direitos sociais no Brasil nos mostra que houve uma “*inversão na ordem clássica de aquisição de direitos, o que tem implicações na forma como se constrói a relação entre o Estado e a sociedade civil*”²⁹, devido à expansão desses direitos ter ocorrido em um panorama de ausência de liberdades públicas, conforme será demonstrado a seguir.

O mercado livre de trabalho surgiu no Brasil no final do século XIX com a abolição da Escravatura, sucedida pela Proclamação da República.

A primeira Constituição Republicana, entretanto, em momento algum fez qualquer menção aos direitos de natureza social, não

²⁸Ibid., p.3.

²⁹ José Murilo de Carvalho ,*Cidadania, justiça e violência*.Rio de Janeiro:FGV, 1999,p.11-17,apud Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky – Organização- ,*História da Cidadania*, p.485.

obstante tenha facultado o direito de participação da vida política do Estado, através do voto.

Essa faculdade se mostrou inócua, posto que a maioria da população, por viver em áreas rurais, não participava do pleito eleitoral, além de a proibição de votar imposta aos analfabetos atingir aproximadamente 70% do povo. Assim sendo, conforme correta análise do cientista político Bolívar Lamounier, as estatísticas demonstram que se tratava de um “*sistema rigorosamente oligárquico, no qual uma oposição pacífica não tinha a menor chance.*”³⁰

Esse sistema oligárquico justifica a inspiração liberal que vigorou em grande parte da Primeira República, que relegava as relações entre assalariados e patrões ao âmbito privado, porque se entendia que o papel do Estado, em um regime livre era assistir, na condição de espectador, à elaboração dos contratos, vindo a intervir, somente, para assegurar-lhes os efeitos e as conseqüências.

³⁰ Bolívar Lamounier et all *Cem anos de eleições presidenciais*. São Paulo: Idesp, 1990. Série Textos, n 36, p.10 , *apud* Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinskym - Organização, *História da Cidadania*, p.470

Por esse motivo, embora a Constituição de 1891 reconhecesse o direito ao livre exercício de qualquer profissão, não atribuía competências ao Congresso Nacional para regulamentá-lo.

Em 1907, o decreto 1637 reconheceu o direito de associação e reunião para todos aqueles que exercessem profissões similares ou conexas, colocando essas agremiações a salvo de qualquer interferência estatal, inclusive no tocante à autorização para funcionamento. É evidente a importância dessa disposição, na medida em que facultava a presença de entes coletivos no mercado de trabalho.

Na mesma ocasião, o Congresso votou o projeto de Adolfo Gordo que autorizava a expulsão de todo estrangeiro, suspeito de colocar em perigo a segurança nacional e a tranquilidade pública, cumprindo ressaltar que grande parte dos sindicalistas e operários era constituída de estrangeiros, de modo que tal medida enfraqueceu a lei da sindicalização, aprovada posteriormente. Quatro anos depois, por iniciativa do então senador Adolfo Gordo, a lei tornou-se, ainda, mais rígida ao eliminar isenções antes previstas.

O panorama internacional pós-guerra de escassez de produtos que penalizava toda população urbana, as manifestações operárias

em vários países da Europa e o reconhecimento em acordos internacionais da existência da questão social ensejaram a reforma constitucional de 1926 que admitiu a interferência do Estado nas relações entre o capital e o trabalho; entretanto, “...a disposição em legislar sobre o tema foi concomitante à perseguição sistemática ao movimento organizado, facilitado pelo estado de sítio(1922-27)e pela aprovação, em 1921, da lei de repressão ao anarquismo.”³¹

As primeiras normas relativas à relação entre capital e trabalho dispuseram sobre:

- a)O dever do empregador indenizar o empregado em caso de acidente de trabalho (1919);
- b) A lei de férias que deferia 15 dias de descanso anual remunerado ao trabalhador urbano (1925);
- c) O Código de Menores que proibia o trabalho aos menores de 14 anos e estabelecia jornada de seis horas até os 18 anos de idade.(1927).

Os benefícios sociais referentes à assistência médica, previdenciária, e pensões eram praticados pelas empresas e pelas sociedades de socorros mútuos, que eram controladas pelos empresários e cumpriam

³¹ Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky - Organização, *História da Cidadania*, p.473.

uma função de opor-se à resistência dos trabalhadores, tendo por objetivo contrapor-se aos movimentos sociais.

Por outro lado, as empresas assumiram tais encargos, visto que as finanças mutuais não eram suficientes para fazer frente aos gastos sociais acima mencionados.

Por esse motivo, em 1910, a Companhia Paulista, *São Paulo Railway*, passou a ser responsável pela administração do fundo de pensões e, em 1913, a Companhia Mogiana também criou o seu fundo de pensões.

Em 1917, um engenheiro da *São Paulo Railway Company*, cujos operários haviam participado ativamente da greve, ao tomar conhecimento do *Cajá de Jubilaciones Argentina*, discutiu com diretores de várias estradas sobre a possibilidade de criar algo semelhante no Brasil, logrando êxito na aprovação da idéia, em 1923, ocasião em que foi instituída a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP) dos ferroviários, que assegurava aos membros dessa categoria profissional e a seus dependentes benefícios sociais médicos e assistenciais.

As CAPs tanto quanto as mutuais eram entidades autônomas , ficando suas gestões a cargo de um conselho administrativo , sendo, ainda, compulsória a filiação em ambas as entidades cuja concepção era a mesma, ou seja, firmava-se um contrato pelo qual o indivíduo dispunha de parte de sua renda para garantir a subsistência no momento em que não mais fosse apto a vender sua força laboral.

A grande novidade referia-se à forma de composição da receita, que se mostrava deveras vantajosa ao empresariado que estava gastando cada vez mais dinheiro com os empregados inativos, pois pela nova fórmula teria que arcar com uma contribuição anual de apenas 1% de seu faturamento bruto, já que a receita deveria ser composta a partir da renda auferida com o aumento autorizado pelo Estado nas tarifas ferroviárias, do desconto mensal de 3% do salário de cada beneficiário e da contribuição anual da empresa nos termos já citados.

As CAPs eram sociedades civis com administração paritária entre empregadores e empregados, porém, restritas às grandes empresas urbanas.

Em 1930, funcionavam no país 47 CAPs, justificando-se tal expansão pelo fato de que, não obstante tais entidades assegurassem

certos direitos sociais a alguns trabalhadores, não se pautavam pela concepção social, mas por interesse do empresariado, conforme já demonstrado. Este é o motivo pelo qual, embora em 1936 já houvesse 183 CAPs, grande parte da população permanecia excluída do acesso aos serviços de saúde, ficando à mercê do amparo das instituições de benemerência, em razão de a maioria não ter possibilidade financeira para contratar serviços privados de saúde.

Diante do exposto, constata-se que tais direitos sociais não alcançavam todos os membros da comunidade nacional, mas se limitavam a beneficiar membros de determinada categoria profissional.

Em 1930, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, denominado por Lindolfo Collor, seu primeiro titular, de Ministério da Revolução. Tal Ministério, entretanto, prestou um desserviço social, na medida em que pelo decreto 19.770, de março de 1931, que se tornou ainda mais rígido pelas disposições do decreto de julho de 1939³², passou a controlar a vida sindical. Eis que os sindicatos passaram a ser considerados como órgãos técnicos e consultivos, com o papel de colaborar com o poder público, perdendo sua autonomia na medida em que “[a]penas os

³² Evaristo de Moraes Filho, *O problema do sindicato único no Brasil. Seus fundamentos sociológicos, passim*.

*sindicatos aprovados pelo Ministério, representantes de categorias profissionais cuja ocupação fosse reconhecida por lei, poderiam defender os direitos de seus associados”.*³³

Em 1940, com a instituição do imposto sindical, todo trabalhador ficava obrigado a contribuir para o sindicato de sua categoria com o equivalente a um dia de salário, medida que garantia uma renda constante, independentemente do número de filiados. Por esse motivo, os sindicatos tornaram-se mais fracos, tendo em vista que passaram a ser controlados por indivíduos que por interesses outros estavam sempre dispostos a apoiar o governo até mesmo em detrimento dos interesses daqueles a quem deveriam representar.

A única vantagem decorrente da contribuição sindical obrigatória foi o patrocínio de benefícios sociais por parte dos sindicatos aos seus associados.

No tocante à legislação previdenciária em sentido estrito, tem-se que, em 1933, foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), que mantendo os princípios básicos que vigoravam em relação às CAPs, tal como a contribuição tripartite, inovou sob três aspectos :

³³Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky - Organização, *História da Cidadania*, p.479

a) A Congregação de todos os trabalhadores da mesma categoria e não mais por empresa;

b) O estabelecimento de nova forma de gestão que ensejava a ingerência do Estado na estrutura da entidade;

c) O financiamento que inicialmente era proveniente das empresas e dos trabalhadores passou, também, a ser do Estado.

Na seqüência, foram organizados, em 1934, os institutos dos comerciários (IAPC) e dos bancários (IAPB), datando de 1938 o dos empregados em transporte de carga (Iapetec), o dos servidores do estado (Iapse) e o dos industriários (IAPI), que apesar de criado em 1936, entrou em funcionamento apenas dois anos depois.

Somente em 1953 as CAPs existentes em várias empresas ferroviárias foram unificadas, tendo até então existido simultaneamente com os institutos.

É importante observar que as desigualdades sociais eram reforçadas por esse sistema: eis por que, além do fato das categorias de trabalhadores mais bem remunerados poderem fornecer aos seus segurados serviços de melhor qualidade, apenas eram beneficiados por tais direitos

sociais aqueles que integrassem o universo de profissões reconhecidas, caracterizando a denominada cidadania regulada.³⁴

O período compreendido entre 1946-1950 (governo Dutra) foi marcado pela violência e arbitrariedades praticadas contra os movimentos sociais. Não obstante, reintroduzida a democracia pela promulgação da Constituição de 1946, a ingerência estatal nos sindicatos e os limites impostos ao direito de organização eram visíveis formas de combate às reivindicações dos trabalhadores. No entanto, não impediram o desenvolvimento de outras formas de organizações não-previstas pelo Ministério do Trabalho, como comissões de fábrica, greve, etc., e entidades que agregavam trabalhadores de diferentes categorias profissionais, como o Pacto de Unidade Intersindical³⁵ ou o Pacto de Unidade e Ação³⁶.

Em 1962, foi organizado o Comando Geral dos Trabalhadores e, em 1963, foi promulgado o Estatuto do Trabalhador Rural, que estendeu aos trabalhadores rurais os direitos previdenciários, trabalhistas bem como os de sindicalização; entretanto, gerou poucos efeitos, uma vez que não se previram recursos para o alcance dos seus fins.

³⁴ Wanderley Guilherme dos Santos. *Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira*, p.75.

³⁵ Tal pacto surgiu na Greve dos Trezentos Mil, em São Paulo (1953).

³⁶ Pacto que reunia nacionalmente sindicatos do setor de transportes.

Durante o Governo Goulart (1961-1964), as mobilizações sociais se intensificaram com a participação de diversos setores sociais, ensejando a radicalização de posições entre esquerdistas e direitistas que culminou com o golpe militar de 1964.

No período da ditadura, os direitos sociais, dentre eles a política salarial, sucumbiram em face de interesses monetários subordinados ao crescimento global da economia³⁷; para ilustrar a questão, reportamo-nos à Lei 4725, de 1965, que dispunha sobre o reajuste dos ganhos a serem determinado pelo governo, que, por sua vez, submeteu a questão ao combate à inflação e à promoção do crescimento econômico em detrimento do bem-estar social.

Durante a ditadura, os contornos da desigualdade social e a concentração da riqueza no país acentuaram-se conforme indicam os dados relativos à saúde, à mortalidade infantil, à educação, à infra-estrutura urbana, à habitação e à distribuição de renda.³⁸

Em 1966, foi criado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que substituiu a estabilidade obtida por aqueles que completassem dez anos de trabalho. Embora a criação de tal fundo, formado por depósitos

³⁷ Roberto Santos, *Leis sociais e custo da mão de obra no Brasil*, p.241.

³⁸ Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky - Organização, *História da Cidadania*, p.484.

mensais equivalentes a 8% do salário pago a cada trabalhador - sacado nas hipóteses de demissão, na compra da casa própria ou abertura de negócio próprio - visasse diminuir os custos da mão de obra e desonerar o capital, acabou por incentivar a rotatividade da mão-de-obra, de forma que se tornaram rotina as dispensas às vésperas do anúncio de dissídios e a contratação de novos funcionários por salários mais baixos. Tal prática aumentava o lucro das empresas em detrimento dos ganhos já defasados dos assalariados, que perdiam os efeitos cumulativos dos reajustes da categoria.

Nesse mesmo ano, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), órgão que reuniu os diferentes Institutos de Aposentadoria e Pensões, abrangendo, também, a prestação de serviços de saúde e ensejando uma centralização que, além de atender à lógica da racionalização administrativa, representava um avanço em matéria de cidadania e direitos sociais, na medida em que uniformizava os serviços entre todos os segurados, independentemente da categoria profissional à qual pertencesse o trabalhador.

Considerando, entretanto, que o sistema passou a ser administrado pelo Estado e que a rede pública não atendia a demanda necessária, a administração pública optou pela contratação de hospitais privados, ao invés de expandir a rede pública. A par disso, a possibilidade de

a empresa assumir a responsabilidade da prestação de serviços de assistência médica a seus empregados originou a chamada medicina de grupo, restabeleceu o padrão diferenciado de atendimento, comprometendo assim a suposta equidade.

No segundo capítulo, traçaremos maiores considerações a respeito dos sistemas de saúde no Brasil e sua evolução a que, por ora, apenas faremos menção no contexto de evolução histórica do Estado Social.

No início dos anos 70, foram incorporados à Previdência os trabalhadores rurais, autônomos e empregados domésticos, setores que até então eram excluídos do sistema; entretanto, parcela significativa da força de trabalho brasileira, constante daqueles que não possuíam contrato formalizado, continuaram carentes de qualquer cobertura.

É essencial, ainda, destacar o surgimento do movimento urbano em favor da moradia, como o Movimento contra os Loteamentos Clandestinos, em 1972, e o Movimento dos Moradores de Favela, em 1979.

No âmbito rural, também surgiram os movimentos clamando por justiça social. Em 1975, foi criada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) a Comissão Pastoral da Terra para atuar nas

questões agrárias, e, em 1979, formou-se o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST).

A partir do final da década de 70, período conhecido como abertura política, que teve início no governo Geisel (1974/78), movimentos grevistas reapareceram no ABC paulista, e apesar da legislação antigreve, as greves tomaram dimensões gigantescas. Tais movimentos clamavam pela autonomia sindical, a fim de obter a conquista de melhores salários, de condições de trabalho, do direito de greve, estabilidade e liberdade de organização e mobilização dos trabalhadores, bem como buscavam estabelecer um diálogo entre patrões e empregados sem ingerência do Estado.

No decorrer dessas lutas é que ressurgiram as centrais sindicais.

Em 1984, ocorreu a movimentação popular em prol da democracia que teve sua expressão maior na chamada “*diretas já*”, expressão que significou uma reivindicação para o restabelecimento das eleições diretas para a presidência da República.

Finalmente, a democracia se firmou em nosso país com a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou de forma significativa os direitos sociais, começando pela universalidade do direito de votar e estendendo tal direito, pela primeira vez, aos analfabetos.

A Constituição de 1988 inovou, ao introduzir a licença paternidade; abono de férias; fixação do salário mínimo como o menor patamar de aposentadorias e pensões; concessão de pensão mensal equivalente a um salário aos deficientes e idosos com mais de 65 anos, independentemente de terem ou não contribuído para a Previdência. No que se refere às entidades sindicais, foi vedada a ingerência estatal, embora tenha se mantido o princípio de um único sindicato por categoria, por município, bem como a contribuição sindical compulsória de todos os trabalhadores, sindicalizados ou não.

Conforme observa Alexandre de Moraes: “A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no parágrafo 1º do artigo 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício.”³⁹

³⁹ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p.203.

No mesmo sentido é o entendimento de José Afonso da Silva que sustenta que o não-atendimento *in concreto*, especificamente do direito social da saúde, “... *por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art.5º, LXXI),...*”.⁴⁰

O grande avanço na normatização constitucional dos direitos sociais, não obstante essencial, não basta para garantir-lhes a efetividade, em razão mesmo de um panorâmico histórico de pobreza e marginalização de grande parte da população, associado à questão da crise do Estado já tratada no corpo desse trabalho, motivo pelo qual é fundamental buscar um ajuste entre a questão capitalista e a plena subsistência dos direitos sociais, dentre eles a SAÚDE, tema dessa tese.

“Assim, num momento de intensa discussão acerca do papel do Estado diante da tão falada globalização econômica, a efetivação e a universalização dos direitos sociais dependem da atuação decisiva do Poder Público”.⁴¹, seja pela prestação direta dos serviços referentes a direitos básicos, como saúde, seja por meio da regulação da atividade prestada pela iniciativa privada.

⁴⁰ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.308/309.

⁴¹ Julio César de Sá da Rocha, *Direito da Saúde Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*, p.33/34.

Antes de traçarmos considerações a respeito do sistema capitalista no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre tratar do tema saúde sob o enfoque de um direito social.

2.5 O direito à saúde como um direito fundamental social

No panorama internacional, sob a influência da catástrofe da Segunda Guerra Mundial, expandiu-se o reconhecimento dos direitos sociais a todos do povo em vários Estados. No tocante ao direito social da saúde, verifica-se que a Itália, em 1947, *“protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes”* (art.32). No mesmo sentido é a disposição da Constituição portuguesa de 1976 de que *“todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”* (art.64). A Espanha, no texto referendado pelo povo em 1978, *“reconhece o direito à proteção da saúde”* e estabelece que é competência dos poderes públicos *“organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários”* (art. 43).

No Brasil, a incorporação constitucional dos direitos sociais foi lenta, e a primeira Constituição a tratar do tema sob nítida influência dos políticos e doutrinadores estrangeiros foi a de 1934. A

Constituição Federal de 1988 inovou ao se referir expressamente à saúde como “*integrante do interesse público fundante do pacto social*”⁴².

O direito à saúde foi tratado no âmbito da Constituição de 1988 expressamente como um direito social (artigo 6º) e um direito de todos (artigo 196).

A noção de saúde no texto constitucional de 1988 surge implícita logo no preâmbulo, conforme se verifica na conjugação das expressões direitos sociais e bem-estar, e segue em várias outras normas constitucionais, sejam elas principiológicas ou tão somente dispositivas (conceitos que serão explicados no próximo tópico), conforme será demonstrado a seguir.

Ao conjugarmos o fundamento da República Federativa do Brasil previsto no inciso III do artigo 1º com um dos seus objetivos previsto no artigo 3º, IV, ambos dispositivos constitucionais, chegamos à conclusão de que a Constituição prioriza a dignidade do ser humano, a fim de promover o bem de todos sobre qualquer outro interesse, ainda que também seja tutelado pela Constituição.

⁴² Sueli Gandolfi Dallari, *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*, pág.23

Nesse contexto de princípios norteadores, evidencia-se implícito o direito à saúde tutelado como máxima prioridade do Estado.

Novamente nos deparamos com a proteção à saúde no capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos; eis que o artigo 5º ao tutelar o direito à vida, abrange, também, o direito aos meios de vida, que consiste no direito à saúde.

O artigo 7, XXII, ao dispor a respeito da redução dos riscos inerentes ao trabalho faz menção expressa à questão da saúde.

Também encontramos tutelada a saúde no Título constitucional que dispõe sobre a ordem econômica e financeira, uma vez que, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica no artigo 170 *caput*, prevê que o fim da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna, inserido nesse conceito, evidentemente, o direito à saúde.

O artigo 200 que dispõe sobre a atuação do SUS é de fundamental importância para traçar o conteúdo do conceito constitucional de saúde.

O artigo 225 amplia os contornos de tal conceito ao atrelar a necessidade da defesa do meio ambiente à sadia qualidade de vida.

O artigo 230 dispõe sobre a tutela do direito à saúde implicitamente, e especificamente em relação ao idoso, e, finalmente, o artigo 277 estabelece expressamente a proteção da saúde da criança e do adolescente.

Diante dessa breve análise, é forçoso reconhecer a preocupação que o constituinte dispensou em relação ao tema saúde, bem como que se guiou pelo conceito traçado pela Organização Mundial de Saúde, ao qual já nos referimos, e que compreende a saúde como completo bem-estar.

José Afonso da Silva classifica o direito à saúde como um dos direitos sociais do homem consumidor e leciona que esse “...há de *informar-se* pelo princípio de que o **direito igual à vida** de todos os seres humanos significa também que, **nos casos de doença**, cada um tem o **direito a um tratamento condigno** de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais”.⁴³ (grifos nossos).

⁴³ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.307.

Carnota ressalta que o termo direito à saúde sintetiza um direito de natureza prestacional, pois exige uma ação afirmativa ou positiva por parte do Estado consistente em “*um direito da população ao acesso –in paribus conditio- a serviços médicos suficientes para uma adequada proteção e preservação da sua saúde*”.⁴⁴

⁴⁴ Walter F. Carnota, *Proyecciones del derecho humano a la salud*, Ed, 128-877, apud Eduardo Luis Tinant, *Antología para una Bioética Jurídica*, p.110.

CAPÍTULO 3: O SISTEMA CAPITALISTA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Considerando o caráter social do direito à saúde como demonstrado nos tópicos anteriores, certifica-se, conforme ressaltado no início desse trabalho, que o desafio jurídico referente ao tema saúde suplementar consiste em encontrar o eixo de equilíbrio entre o princípio constitucional previsto no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal que estabelece que o Brasil é um Estado Social, e o princípio da livre iniciativa previsto no inciso IV do mesmo artigo, característica do capitalismo.

Para isso é necessário efetuar a ponderação valorativa de cada um desses princípios em relação a outros princípios da Constituição, verificando qual solução possibilita a convivência de ambos de forma a atender “*as idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional*”⁴⁵. Para tanto, faz-se necessário traçar algumas considerações técnicas a respeito de sistema Constitucional.

3.1 Os valores constitucionais sociais e a função dos princípios

⁴⁵ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1173.

Inicialmente convém atentar para o fato de que a Constituição é um documento político que reflete na positivação de seus dispositivos os anseios do titular da soberania, que no Brasil é o povo; podemos afirmar, pois, que o nosso Estado, por ser Democrático, traz ínsitos em sua Constituição os anseios e objetivos populares.

Nesse sentido é a lição de Canotilho ao afirmar: *“Uma das principais funções de uma lei constitucional continua ser a da revelação normativa do **consenso fundamental** de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e idéias directrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade.”*⁴⁶

Hesse, através da teoria Concretista desenvolvida em oposição à Teoria Sociológica da Constituição, defendida por Ferdinand Lassale, sustenta que *“...em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a*

⁴⁶ Ibid., p.1438. Canotilho emprega a expressão lei constitucional no sentido de Constituição, isso é o que se depreende do texto, eis que cita que essa função de consenso normativo pode ser ilustrada através dos princípios nucleares individualizadas na Constituição Portuguesa de 1976, tais quais, os princípios democrático, republicano, da dignidade da pessoa humana dentre outros.

*realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser(Sein) e dever ser(Sollen).”*⁴⁷

Essa teoria apresenta-se como intermediária entre a visão positivista de Kelsen, para quem a Constituição era encarada como o pressuposto de validade de todo ordenamento jurídico, atribuindo-lhe eficácia em razão da hierarquia jurídica, ainda que não mantivesse relação com os anseios populares; e na visão sociológica de Lassale, a Constituição era apenas “*um pedaço de papel*”, negando-lhe validade sempre que não estivesse em sintonia com a realidade.

Canotilho compartilha da visão segundo a qual a Constituição deve apresentar um conteúdo afinado com a realidade, e assegura que “[p]ara se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso , a constituição deve ter um conteúdo específico:(1)deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “ corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder,mesmo ao poder soberano(antidespotismo, antiabsolutismo);(2) esse corpo de regras vinculativas do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder

⁴⁷ Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, p.24.

constituente e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder.

Como se vê, a constituição normativa não é um mero conceito do ser; é um conceito de dever ser. Pressupõe uma idéia de relação entre um texto e um conteúdo normativo específico. O texto vale como lei escrita superior porque consagra princípios considerados (em termos jusnaturalistas, em termos racionalistas , em termos fenomenológicos) fundamentais numa ordem jurídico-política materialmente legitimada.”⁴⁸

Ruy Samuel Espíndola⁴⁹ assevera que há muito deixou de existir o conceito de constituição sob a perspectiva de um mero documento de boas intenções políticas e exortações morais desprovido de força de direito. Ressalta que para o atual constitucionalismo, não é viável a idéia de Constituição comprometida apenas com a proteção das liberdades e garantias individuais e definidora de competências; isto porque a Constituição hoje possui uma função de programação conformadora da ação estatal e social , de forma a exigir abstenções e ações do Estado a fim de produzir políticas públicas aptas a realizar os fins constitucionais. Ademais, as constituições contemporâneas “*vinculam os particulares, numa normatividade constritora inclusive de Direito Privado...*”⁵⁰, temas esses que trataremos na última parte desse trabalho.

⁴⁸ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1130.

⁴⁹ Ruy Samuel Espíndola, *Conceitos de Princípios Constitucionais*, *passim*.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 283.

Ante os posicionamentos expostos, constata-se que, segundo o constitucionalismo moderno, a Constituição foi organizada para realizar os anseios populares em um determinado contexto social que necessariamente deverá ser considerado.

Diante dessa constatação, conforme ensina Sueli Dallari *“...o primeiro critério a ser observado pelo intérprete constitucional é a busca da compreensão dos valores sociais que foram abrigados na Lei Maior. Trata-se , portanto, de examinar seus princípios informadores...”*⁵¹.

Maria Helena Diniz, citando a teoria Tridimensional Jurídica de Miguel Reale, afirma que *“... o sistema do direito se compõe de um subsistema de normas, de um subsistema de valores e de um subsistema de fatos...”*⁵², de forma que tal modelo jurídico consiste numa *“...estrutura normativa que ordena fatos, segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências.”*⁵³.

⁵¹ Sueli Gandolfi Dallari, *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*, p.26.

⁵² Maria Helena Diniz, *As lacunas no Direito*, p.75.

⁵³ Miguel Reale , *O direito como Experiência*, Saraiva, 1968, p.162 *apud* Maria Helena Diniz, *As lacunas no Direito*,p.77.

Isto porque, segundo a autora, a norma constitucional deverá subordinar-se a um processo fático-axiológico para a obtenção de seus efeitos.⁵⁴

Sob esse enfoque de que o direito é dinâmico e, portanto, não pode ser um sistema fechado na medida em que precisa atender as demandas sociais, torna-se incontestável a importância dos princípios constitucionais que refletem os valores sociais, e em razão de sua baixa densidade semântica e pequena carga normativa tem a função de flexibilizar a Constituição, adaptando-a às novas realidades, tornando o mecanismo de alterar a Constituição por meio de Emenda o último recurso a ser utilizado, a fim de garantir o máximo possível de estabilidade e segurança jurídica, cumprindo assim o objetivo do Estado de Direito.

Augusto Zimmermann reconhecendo essa função dos princípios cita Peter Häberle que defende a idéia de que o “*ordenamento constitucional de sociedades democráticas deveria procurar estabelecer uma dimensão amplamente pluralista da interpretação constitucional, de maneira que os princípios não venham “sic” a obstruir um processo gradativo de mutação constitucional.*”⁵⁵

⁵⁴ Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 157.

⁵⁵ Augusto Zimmermann, *Princípios Fundamentais e Interpretação Constitucional*, http://www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm, p.06 de 10.

Adepto deste mesmo ponto de vista é o entendimento de Daniel Sarmento no tocante ao conceito de constituição aberta apresentada por Häberle, ao sustentar que a Lei Maior de uma sociedade democrática e pluralista deveria desempenhar o papel de agente catalisador do ideal democrático e pluralista, ao promover o embate entre idéias e projetos divergentes, e não engessar a sociedade.⁵⁶

Canotilho ao tratar do tema princípios e regras no direito constitucional, afirma que um sistema constitucional, que é necessariamente um sistema aberto, precisa ser composto de regras e princípios;⁵⁷ e, citando Dworkin acrescenta que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.⁵⁸

Os princípios são vetores de interpretação, ou seja, indicam em que sentido devem ser interpretadas as normas que por sua vez apresentam um grau de concreção grande, isto é, dão a resposta a um problema específico; entretanto, limitam-se a dispor tão somente sobre uma situação hipotética.

⁵⁶ Daniel Sarmento, Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens, apud Augusto Zimmermann, Princípios Fundamentais e Interpretação Constitucional, http://www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm, p.06 de 10.

⁵⁷ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1162.

⁵⁸ Ibid., p.1160.

Conforme ensina Daniel Sarmiento, os princípios fornecem ao intérprete elementos axiológicos para uma razoável interpretação, viabilizando o desenvolvimento de uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional. Independentemente do grau de abstração de cada ordenamento constitucional, cada princípio gera uma capacidade de enquadramento valorativo de normas jurídicas do ordenamento constitucional, possibilitando a adequação de regras (ou normas jurídicas) aos casos concretos. Isto posto, constata-se que a interpretação constitucional se encontra operacionalizada por princípios.⁵⁹

Para demonstrar o papel dos princípios constitucionais, nos valeremos da conceituação formulada por alguns doutrinadores contemporâneos.

Carlos Ary Sundfeld afirma: *“Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobriremos a idéia geral que explica seu funcionamento: ‘os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores’. Sem captar essa idéia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona(...)A enunciação*

⁵⁹ Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p.43.

dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajuda no ato de conhecimento.”⁶⁰

Para Celso Bastos “[e]m resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de prover sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico.”⁶¹

Para Jorge de Miranda, “... os princípios não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”.⁶²

Em tema de D. Constitucional, sustenta ainda este autor que deve ser considerada a Constituição Material (aquelas normas que dispõem sobre a estrutura e funcionamento do estado e a respeito dos direitos fundamentais) como núcleos de princípios e não tanto de preceitos ou disposições articuladas.

Segundo José Afonso da Silva - “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são ‘núcleos de

⁶⁰ Carlos Ary Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, p.137.

⁶¹ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, p.153/154.

⁶² Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional v2*, p.198.

*condensações’(GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA) nos quais confluem valores e bens constitucionais”.*⁶³

Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que os princípios que são a base das normas jurídicas podem estar positivados como normas-princípios.⁶⁴

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior ensinam que “os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais.”⁶⁵

Segundo David Araújo e Vidal Nunes Jr, os princípios determinam a regra que o intérprete deve adotar, portanto reafirmam que há uma hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, sendo os princípios superiores pelo seu caráter de regra estrutural.⁶⁶

Canotilho classifica os princípios de acordo com o maior ou menor grau de concreção em:

⁶³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.49, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.92

⁶⁴ *Ibid.*, mesma página.

⁶⁵ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p.66

⁶⁶ *Ibid.*, p.67

- a) princípios estruturantes que define como os *“constitutivos e indicativos da idéia directivas básicas de toda a ordem constitucional”*;
- b) princípios constitucionais gerais que *“‘densificam’ os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles um sistema interno”*;
- c) princípios constitucionais especiais que densificam ou concretizam ainda mais os princípios gerais.⁶⁷

Apenas a título ilustrativo, objetivando estabelecer uma ponte entre a classificação de princípios proposta por Canotilho e alguns princípios previstos na Constituição de 1988, referentes ao tema a ser analisado neste estudo, citamos como exemplo de princípio estruturante, o princípio do Estado Social Democrático, o qual será densificado através do princípio geral da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que, por sua vez, se concretizará pelos princípios especiais do Sistema Único de Saúde (SUS); dentre eles, destacam-se para fins exemplificativos no caso ora em tela os princípios da universalidade, igualdade e gratuidade.

Canotilho explica, ainda, que *“os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua*

⁶⁷ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1173/1174.

concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja sua natureza...”.⁶⁸ A respeito da questão social da saúde, a regra constitucional prevista no artigo 196 acaba por concretizar mediante uma norma programática o direito à saúde.

Trataremos do tema normas programáticas e Constituição dirigente na Terceira parte, motivo pelo qual não traçaremos maiores considerações no momento.

Por fim, cumpre ressaltar que esse processo de concretização dos princípios constitucionais “... *é um procedimento dialético, no qual cada subprincípio em que se desdobra o princípio original adiciona a este novas dimensões e possibilidades subsistindo o princípio original no papel de vetor exegético dos cânones mais específicos. Há um ‘esclarecimento recíproco’: o princípio ilumina-se através das suas concretizações, as quais, por sua vez, só assumem seu sentido pleno ao lume do princípio que as engendrou.*”⁶⁹.

Feitas esses breves considerações a respeito dos princípios, traçando a diferença entre eles e as normas, a fim de possibilitar sua identificação - apontada para tanto a função dos princípios e suas características - cumpre agora analisar quais foram os eleitos como

⁶⁸Ibid., p.1174.

⁶⁹ Daniel Sarmiento, *Ponderações de Interesses na Constituição Federal*, p.43.

princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil pela Constituição de 1988.

3.2 Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil encontram-se positivados na Constituição Federal no Título I, compreendidos entre os artigos 1º. e 4º.

Em linhas gerais, podemos classificá-los da seguinte forma:

- a)O princípio republicano (art.1º, *caput*);
- b)O princípio federativo (art. 1º,*caput*);
- c)O princípio do Estado social democrático de direito (art.1º, *caput*);
- d)O princípio da dignidade da pessoa humana(art. 1º., III);
- e)O princípio do valor social do trabalho ao qual se encontra vinculada a livre iniciativa (art.1º, inciso IV);
- f)O princípio da separação de poderes (art.2º);
- g)Princípio do Presidencialismo (art.76).

Da mera leitura desses princípios, depreende-se que o Estado Brasileiro foi instituído como Social, adotando o sistema capitalista, porque dentre os objetivos fundamentais do Estado social brasileiro foi prevista a livre iniciativa.

Constam também do Título da Ordem Econômica e Financeira a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como pressupostos da ordem econômica, que foi condicionada à finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição, combinada com o inciso IV do mesmo artigo e com o artigo 3º, inciso I, todos dispositivos da Constituição Federal.

Dentre os princípios ora citados, são de maior relevância para o desenvolvimento do tema saúde complementar os princípios da dignidade humana e o da livre iniciativa, motivo pelo qual enfocaremos nossa atenção para eles.

3.3 A compatibilização do princípio da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa

3.3.1 O princípio da dignidade humana

Inicialmente cumpre ressaltar a complexidade do tema relativo ao princípio da dignidade humana, que, indubitavelmente, avança pelo campo da filosofia. Entretanto, sem querer amesquinhar o assunto, mas para não perder de vista a conotação jurídica que detém, nos valemos primeiramente da lição de Canotilho, que, baseado em Rolf Groschner ao considerar o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana, esclarece: “... Trata-se do princípio antrópico que acolhe a idéia 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 projecto espiritual(plastes et fictor).”⁷⁰.

Canotilho fornece uma visão jurídica histórica do princípio ao afirmar: “Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa com base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon ,ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios.”⁷¹

⁷⁰ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p 225.

⁷¹ Ibid, mesma página.

Compartilha dessa visão o Professor Rizzatto Nunes⁷², o qual sustenta que é “...necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades, que infelizmente, marca a experiência humana...”; cita como comprovação da relação entre o conteúdo do princípio da dignidade com os acontecimentos históricos o fato de que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra previu em seu artigo primeiro: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” ; e na segunda parte dispõe o citado artigo: “O povo Alemão reconhece , portanto os direitos invioláveis e inadiáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da Justiça no mundo.” , concluindo que “... se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é”.

Na mesma linha de pensamento do Professor Rizzatto Nunes no tocante à razão de o homem ser dotado de dignidade, Chaves Camargo ensina que toda “... pessoa humana pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca da natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a

⁷² Rizzatto Nunes, *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, doutrina e jurisprudência, p. 48/49.

*dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa.”*⁷³.

Considerando a condição social de vida humana, tem-se que a ampliação qualificadora da dignidade provoca uma colisão de direitos à dignidade entre os indivíduos, que segundo Rizzatto Nunes para viabilizar a necessária compatibilização das dignidades conflitantes, há de se considerar que *“a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra”*. Ainda nessa linha de pensamento, o autor afirma que sequer poderia o indivíduo violar a própria dignidade, por exemplo, drogando-se, embebedando-se, abandonando-se materialmente; eis por que nessas hipóteses *“cabe ao Estado zelar pela saúde psíquica do indivíduo.”*⁷⁴

O professor Rizzatto Nunes⁷⁵ reafirma que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é, na verdade, um *“...supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.”*; esclarece, outrossim, que não obstante, até um passado próximo, o princípio da proporcionalidade viabilizasse a aplicação exata do princípio da igualdade, *“...com a mudança de paradigma, que, num salto*

⁷³ A L Chaves de Camargo, *Culpabilidade e reprovação penal*, p.27-8.

⁷⁴ Rizzatto Nunes, *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, doutrina e jurisprudência*, p 50.

⁷⁵ Ibid., passim.

de qualidade , colocou a dignidade da pessoa humana como o valor supremo a ser respeitado, é a ela que a proporcionalidade deve estar conectada. É nela que a proporcionalidade nasce.” Diante disso, conclui o autor que “...o mais importante princípio constitucional é o da dignidade humana, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela- dignidade- que a proporcionalidade se inicia de aplicar. Mas, também, quando se tratar de examinar conflitos a partir do princípio da igualdade, o da proporcionalidade estará presente.

Agora, realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade - para a busca da solução.”

Essa é também a visão do jurista-filósofo Miguel Reale que sustenta ser a pessoa humana o valor-fonte de que emanam todos os demais valores objetivos.⁷⁶

Rosa Nery baseando-se em Miguel Reale, Aristóteles e Jacques Maritain, argumenta que “o homem em sua dignidade é o fundamento de toda moral e o Direito se curva a esse primado para traçar o conceito de que necessita para implementar a célula mestra da Ciência Jurídica, que é delinear o que vem a ser sujeito de direitos e obrigações. A **Ciência Jurídica** é, por excelência, o fórum de debates que se segue à Ciência Moral, porque é para o homem e pelo homem que o Direito

⁷⁶ Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, p.3.

existe, para homens livres e iguais. Toda norma que avilta a dignidade humana está despida do requisito básico que inspirou, em sua gênese, o aparecimento do Direito, como Ciência. Ainda que se diga que a necessária presença pacífica do homem em sociedade exige critérios que, por vezes, o subjugam à vontade de todos em detrimento da de alguns, ainda assim, nesse equilíbrio, o que se busca e o que se deve buscar, sempre, é o respeito à dignidade do homem, de que a vida é sua primeira e mais importante expressão. Em preciosa passagem, Maritain assevera que o homem encontra-se a si próprio subordinando-se ao grupo, e o grupo não atinge sua finalidade senão servindo o homem e sabendo que o homem tem segredos que escapam ao grupo e uma vocação que o grupo não contém.”⁷⁷

José Afonso da Silva no mesmo sentido entende que a “*dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’⁷⁸. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna(art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social(art. 193), a educação, o*

⁷⁷ Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, *Pessoa Natural: Sujeito de Direito*, p.45/46.

⁷⁸ Cf. Constituição da República Portuguesa anotada, pp.58 e 59, apud José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p 105.

*desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania(art.205) etc.,não como meros enunciados formais , mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”*⁷⁹

Por fim, cumpre ressaltar que a Constituição, ao indicar a expressão cidadania como um dos fundamentos da República, não o fez na simples acepção de posse de direitos políticos, mas atribuiu à expressão um sentido mais abrangente, “...nucleado na idéia, expressa por Hanna Arendt, do direito a ter direitos. Segue-se, nesse passo, que a idéia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a dignidade da pessoa humana.”⁸⁰

A correlação entre dignidade e cidadania depreende-se da própria declaração Universal dos Direitos do Homem que dispõe que “...todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito.”⁸¹

Os posicionamentos expostos nos autorizam a concluir de acordo com o entendimento de Fernando Ximenes Rocha que o princípio da dignidade da pessoa humana foi eleito pelo constituinte como um valor a permear todo o ordenamento, algo que sequer precisaria estar expressamente previsto na Constituição Federal, pois é sob esse pressuposto que repousam

⁷⁹ Ibid, mesma página.

⁸⁰ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p.79.

⁸¹ Ibid, mesma página.

todos os direitos fundamentais⁸², de modo que é possível afirmar sem medo de errar que tal princípio é o mais importante do sistema jurídico-constitucional, devendo os demais princípios e regras serem interpretados no sentido de atenderem aos seus ditames.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Luiz Alberto David Araújo ao afirmar que *“A dignidade da pessoa humana deverá servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais.”*⁸³

Destacando o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação, Daniel Sarmiento⁸⁴ leciona: *“...a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.”*

Nesse sentido *“Kant veio a formular expressamente o princípio: a dignidade do homem deriva de sua capacidade de estabelecer normas que possam*

⁸² Fernando Ximenes Rocha, palestra proferida no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional promovido pelo IBDC.

⁸³ Luiz Alberto David Araújo, *A Proteção Constitucional do Transexual*, p.104.

⁸⁴ Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição*, p.74.

*valer para si e os demais e, ao atuar como ‘legislador universal’, há de respeitar essa dignidade, tratando a si mesmo e aos demais, sempre, como fim, e não como meio.”*⁸⁵

Nos termos da moral Kantiana, a dignidade é o primeiro direito fundamental de todo homem, conforme determina o art.1º.da Declaração dos Direitos do Homem de 1948: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade.”*⁸⁶

Sem dúvida a abstração própria do princípio pode dificultar a aferição do conteúdo do princípio da dignidade, entretanto essa dificuldade é superada através das regras de hermenêutica constitucional à qual faremos menção ao final desse tópico.

3.3.2 O princípio da livre iniciativa

A livre iniciativa encontra suas raízes na doutrina do liberalismo, que estabelecia que a ordem econômica fosse baseada na propriedade privada dos meios de produção, opondo-se assim ao socialismo.

⁸⁵ Emmanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, São Paulo:Edições e Publicações Brasil, 1936, passim *apud* Eduardo Talamini, *Dignidade Humana, Soberania Popular e Pena de Morte*, RTDP(11/178).

⁸⁶ Emmanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, São Paulo:Edições e Publicações Brasil, 1936, passim *apud* Maria Garcia, *Limites da Ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*, p.208.

Eros Grau cita: “O princípio da liberdade de iniciativa econômica, originariamente postulado no Édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776- inscreve-se plenamente no decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791 cujo art.7º. determinava que, a partir de 1º. de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente”(imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Meses após, na chamada Lei Le Chapelier –decreto de 14-17 de junho de 1791- que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado.”⁸⁷

Do teor dessa citação percebe-se que o Estado liberal nem na sua origem assegurou de forma plena a livre iniciativa.

O liberalismo clássico vigente durante o período do Estado Liberal possuía como base o pensamento econômico da livre produção e do livre comércio, conhecido pelas famosas expressões do *laissez-faire, laissez-passer*.

No Estado liberal, os direitos fundamentais correspondiam aos direitos individuais, denominados por Norberto Bobbio direitos fundamentais de primeira geração, cumprindo ressaltar que o direito

⁸⁷ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p.187.

à igualdade era assegurado no plano formal, isto é, sem a preocupação de concretização real do mesmo, pois que o Estado tinha a função de atuar, apenas para assegurar o cumprimento dos contratos.

Entretanto, as chamadas “*economias de guerra*” exigiram de algumas nações o esforço bélico dando ensejo a uma maior atribuição de funções aos Estados.

A intervenção do Estado na economia, somente ocorreu depois de rompida a tradição do liberalismo econômico, em razão das conseqüências advindas das 1ª e 2ª Guerras Mundiais.

Para melhor compreensão da crise do liberalismo, mister se faz lembrar que após a Segunda Grande Guerra Mundial o desenvolvimento do método de produção em grande escala desembocou em uma crise mundial; eis que os grandes investimentos em máquinas e fábricas, com o intento de vencer os concorrentes, provocaram um excedente de produção (acúmulo de capitais e mercadorias), exigindo assim um mercado mais abrangente para que a produção crescente de mercadorias tivesse vazão, e por conseqüência, fosse mantida uma taxa média de lucros.

Entretanto, a expectativa não foi cumprida em razão do baixo poder aquisitivo da população.⁸⁸

A sociedade que sobreviveu a 1944, social, econômica e politicamente carente sentiu a necessidade de promover um novo Pacto, que foi personificado pela Organização das Nações Unidas, que, por sua vez, elaborou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1945, e, concomitantemente, incentivou a criação de órgãos especiais, a fim de garantir algum desses direitos considerados essenciais aos homens; em relação ao direito à Saúde foi criada em 1946 a Organização Mundial da Saúde (1946)⁸⁹.

A par disso, os Estados preocupados em proporcionar o bem-estar aos cidadãos, passaram a fixar princípios nas Constituições que regessem a ordem econômica e social.⁹⁰

No contexto do chamado Estado Social ou Estado Providência, novamente em razão da crise global econômica mencionada no início desse trabalho, surgiu o chamado Estado Neoliberal, o qual para Celso Bastos “(...) caracteriza-se por buscar uma economia de mercado sem limites, por

⁸⁸ Renato Sorroce Zouain, *Livre Iniciativa e Livre Concorrência nas Constituições do Brasil*, p.12.

⁸⁹ Sueli Gandolfi Dallari, *Direito à Saúde : Responsabilidade e Garantias*, in *O Direito Sanitário na Constituição Brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social*, p.09.

⁹⁰ Renato Sorroce Zouain, *Livre Iniciativa e Livre Concorrência nas Constituições do Brasil*, p.14.

dedicar especial atenção à atividade econômica, em detrimento da atividade social e política.”⁹¹

As propostas neoliberais apresentadas como alternativas à crise global do capitalismo aumentaram as desigualdades sociais e por esse motivo não lograram êxito as recomendações feitas por Instituições financeiras internacionais que se basearam nessas diretrizes, conforme já ressaltado no início do trabalho.

Esse breve histórico tem por finalidade possibilitar a compreensão da origem da livre iniciativa e sua evolução. Todavia, para o entendimento mais preciso deste princípio na Constituição de 1988, passaremos a analisar o antecedente histórico constitucional no Brasil, a fim de identificarmos o grau de interferência imposto pelo Estado à livre iniciativa.

3.3.2.1 Análise da livre iniciativa nas Constituições Brasileiras

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA JURADA NO BRASIL - 1821

⁹¹ Celso Bastos, *Direito Econômico Brasileiro*, p 36/37.

No Brasil, a formalização jurídica da Livre Iniciativa teve origem com a Constituição Portuguesa jurada em 1821. Tal Constituição foi o primeiro ordenamento jurídico válido no território brasileiro e, refletindo tendência da época, limitava o poder do monarca e garantia os direitos dos cidadãos, dentre eles a possibilidade do exercício da livre iniciativa e à propriedade privada, conforme se depreende da análise dos dispositivos constitucionais a seguir transcritos:

“1º. – A Constituição Política da Nação Portuguesa deve manter a liberdade, segurança e propriedade de todo cidadão.

2º. - A liberdade consiste na faculdade que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não proíbe. A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis.”⁹²

O emprego da expressão “manter” mostra que a Constituição Portuguesa reconhecia como direitos naturais dos cidadãos: a liberdade, a segurança e a propriedade, impondo ao Estado, apenas, o dever de preservá-los. Esse conceito adotado pela Constituição Portuguesa é a expressão clássica do liberalismo, conforme ensina Celso Bastos: *“A forma sob a qual melhor veio a ser conhecida a teoria dos direitos individuais é a proposta pelo liberalismo que prega o carácter negativo destes direitos, é dizer: O Estado os satisfaz por um abster-se, por um não atuar. Por exemplo, o direito à liberdade, à propriedade. Considera-os, também, como asseguradores de uma área de inibição da atuação estatal,*

⁹² Agenor de Roure, *Formação Constitucional do Brasil*, p.231.

o que vale dizer: uma forma de repartição de competências entre o Estado e o indivíduo. O primeiro é competente para tudo, salvo para imiscuir-se naquelas questões cuja decisão cabe soberanamente ao indivíduo. Finalmente, esta área de liberdade não é senão a reprodução, no campo das leis, de uma série de direitos que preexistem à própria formação do Estado(jusnaturalismo).”⁹³

A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Com a proclamação da independência, D.Pedro I convocou uma assembléia constituinte que elaborou um projeto constituinte de 1822 que não foi aprovado, tendo o Imperador outorgado a nova Constituição em 1824.

A primeira Constituição brasileira, embora não tenha contemplado o indivíduo como fonte formal do poder, preservou muitos dos princípios do Estado Liberal, dentre eles a liberdade de indústria.

Nessa Constituição foi garantido aos cidadãos brasileiros o direito de trabalho, cultura, indústria e comércio, sendo facultado aos indivíduos o exercício de todas as atividades econômicas que não se

⁹³ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil, 1988*, 1º.v.p.193.

opusessem à ordem moral, conforme se constata pela análise dos dispositivos constitucionais transcritos a seguir:

“Art. 179- A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte(...)

24 Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos.”

Conforme aponta Gastão Alves de Toledo,⁹⁴ os conceitos de *costumes públicos, segurança e saúde dos cidadãos* delimitavam a atividade privada, de forma que o artigo 179 ao mesmo tempo impunha limites ao poder público e garantia a liberdade, propriedade e segurança (os fundamentos do liberalismo) a todos.

A Constituição de 1824 foi reconhecida como liberal tanto por Celso Bastos⁹⁵ como por José Cretela Júnior.⁹⁶

Importante ressaltar que a livre iniciativa instituída originariamente nos moldes do liberalismo econômico, marca o rompimento com a economia Imperial/Feudal.

⁹⁴ Gastão Alves de Toledo, *O direito constitucional econômico e sua eficácia*, p.124.

⁹⁵ *Ibid*,p.285

⁹⁶ José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol.1,p 7.

A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

A Constituição de 1891 preservou o espírito liberal da Constituição de 1824, e as pequenas alterações econômicas promovidas demonstram que os princípios da Livre Iniciativa se anteciparam à própria República.⁹⁷

A grande inovação nesse tema decorreu da ampliação do rol dos destinatários da Livre Iniciativa através do artigo 72⁹⁸, que “...equiparou os estrangeiros aos brasileiros ,para efeitos assecuratórios à ‘inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade’, extinguindo também os privilégios da nobreza.”⁹⁹.

Essa Constituição não estabeleceu uma regulação econômica social, porque não se cogitava em que a participação estatal na esfera econômica pudesse ser alargada, ensejando a necessidade de um tratamento constitucional específico.¹⁰⁰

⁹⁷ Maurício Costa Porto, *Os princípios da República e da Livre Iniciativa nas Constituições Brasileiras(A evolução das ciências pela alteração de paradigmas)*, p.63/64.

⁹⁸ Artigo 72 da Constituição da República de 1891 “A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:.....
parágrafo 24- É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

⁹⁹ José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol.1, p.100.

¹⁰⁰ Gastão Alves de Toledo, *O direito constitucional econômico e sua eficácia*, p.126.

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de 11/8/1919, elaborada durante a República de Weimar, foi uma das primeiras a abandonar a concepção da liberal-democracia para instituir a social-democracia, a primeira das Leis Magnas do Brasil a estabelecer expressamente uma ordem econômica, de maneira apartada, e a inovar, ao reconhecer o direito de **subsistência** tanto **aos brasileiros** como **aos estrangeiros residentes no Brasil**¹⁰¹. O reconhecimento de tal direito gerou a exigência de uma atuação econômica ativa por parte do Estado, a fim de garantir a manutenção dos indivíduos dentro de um patamar mínimo de condições econômicas, contrariando o princípio da **não-interferência** do Estado estabelecido para a Livre Iniciativa.

O conteúdo do direito de subsistência foi reforçado pela regra prevista no artigo 115 da Constituição da República de 1934, o qual condicionava a ordem econômica à viabilização de existência digna a todos¹⁰².

¹⁰¹ Art.113 da Constituição de 1934 “ A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....13
) É livre o exercício de qualquer profissão , observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.”

¹⁰² Acompanhando o artigo 151 da Constituição de Weimar,o art.115 da Constituição de 1934 dispunha que – “ A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as

As alterações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição de 1934 demonstravam uma preocupação com a igualdade material e foram fruto das influências da guerra e do desenvolvimento tecnológico, conforme anota Alberto Venâncio Filho: *“... durante todo o transcorrer do século XIX, importantes transformações econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro que se inseriria esse pensamento político-jurídico. As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas e de suas aplicações, que se processam com maior celeridade, a partir da Revolução Industrial, o aparecimento das gigantescas empresas fabris, trazendo em consequência, a formação de grandes aglomerados urbanos, representam mudanças profundas na vida social e política dos países, acarretando alterações acentuadas nas relações sociais, o que exigirá que paulatinamente, sem nenhuma posição doutrinária preestabelecida, o Estado vá, cada vez mais, abarcando maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos.”*¹⁰³

As limitações impostas ao princípio da livre iniciativa em nome do *“bem público”* revelam a importância conferida às questões sociais.

necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

¹⁰³ Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, p.9 e 10 *apud*. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1988, 7º.v.p 4.

Alberto Venâncio Filho anota que “(...) *A Constituição de 1934 representava assim um documento de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo do Estado...*”¹⁰⁴.

A CONSTITUIÇÃO DE 1937

A imposição autoritária dessa Carta, em termos semelhantes à da Polônia, rendeu-lhe a denominação de “Constituição polaca” e delineou os contornos da ordem econômica através de vários artigos.

Essa Carta Constitucional que foi outorgada por Getúlio Vargas, segundo Celso Bastos, fortaleceu ainda mais o Poder Executivo, com a finalidade de conter as agitações internas no País, conferindo-lhe uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis.

Sob a égide dessa Constituição, a Livre Iniciativa assumiu características novas, devido à tendência intervencionista da Constituição de 1934 ter se ampliado, passando o Estado a assumir o papel de participante do jogo econômico como representante da vontade coletiva.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*, p. 32, apud Alvacir Alfredo Nicz, *A liberdade de Iniciativa na Constituição*, p. 71.

¹⁰⁵ Constituição de 1937 “Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual, à propriedade, nos termos seguintes

Essa participação do Estado como agente econômico foi aceita na condição de regulador das deficiências dos mecanismos econômicos; eis senão quando a grande depressão da década de 30 afetou a credibilidade de que o mercado possuía instrumentos automáticos de equilíbrio, demonstrando a necessidade de interferência externa ao sistema.

Essa foi a primeira Constituição brasileira que empregou a expressão “*intervenção no domínio econômico*”.

André Tavares¹⁰⁶ ressalta o fato de que o caráter corporativista dessa Constituição, no sentido de que a economia de produção deveria ser organizada em corporações assistidas e protegidas pelo Estado, a exemplo do que ocorria na Itália e em Portugal, decorreu do influxo da época.

(...) 8º.) a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei;”

“Art.135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de intervenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado do domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

¹⁰⁶ André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, p.117.

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 estabeleceu o Estado Social com características liberais.

Tanto Celso Bastos¹⁰⁷ como Eduardo Espínola¹⁰⁸ destacam o caráter conciliatório das preocupações sociais com a livre iniciativa sob o ponto de vista da ordem econômica.

Insta ressaltar que a citada Constituição concedeu poderes extremos de intervenção ao Estado, admitindo não somente a possibilidade do monopólio como instrumento econômico¹⁰⁹, como também passou a regulamentar o poder econômico com o intuito de reprimir o seu abuso. Tal atitude, entretanto, visava preservar o foco liberal na medida em

¹⁰⁷ . Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1988, v 1,,p 317.

¹⁰⁸ Eduardo Espínola, *A Constituição de 1946 - Orientação e princípios fundamentais*, RF, 110:5 *apud* Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1988, v 1,,p 317-318.

¹⁰⁹ Constituição de 1946 “ Art. 145 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único- A todos é assegurado trabalho que possibilite a existência digna. O trabalho é obrigação social.

Artigo 146 – A União poderá mediante lei especial , intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”

que se propunha a eliminar as ilicitudes individuais para restaurar o mercado à sua condição natural.¹¹⁰

Importante também atentar para o tratamento deferido por esta Constituição às relações trabalhistas, conciliando a Livre Iniciativa com a valorização do trabalho humano, de forma a legitimar a ação Estatal no conflito de interesses privados, pois sob a égide dessa Constituição, a plena autonomia contratual foi limitada por regras protetoras dos direitos dos empregados, tais quais o salário mínimo e a restrição da jornada de trabalho, dentre outras.

Por último, cumpre destacar a vinculação do direito de propriedade ao bem-estar social, impondo ao Estado a obrigação em promover a justa distribuição da propriedade.

Diante do exposto, fica claro que essa Constituição procurou conciliar a Liberdade de Iniciativa individualista com o Estado coletivo voltado ao bem comum.

¹¹⁰ Constituição de 1946, artigo 148 “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

A CONSTITUIÇÃO DE 1967 E A EMENDA CONSTITUCIONAL N 1 DE 1969

A Constituição de 1967, alterada pela emenda de 1969, no tocante à ordem econômica e à liberdade de iniciativa não sofreu muitas alterações em relação à Constituição de 1946, porque a Constituição de 1967, depois alterada pela emenda de 1969, foi um movimento político para coibir os movimentos sociais, bem como pretendia consolidar a possibilidade de intervenção capitalista do Estado.

Convém destacar que foi consignado no texto da Constituição de 1967 que o Estado apenas organizaria e exploraria diretamente a atividade econômica para suplementar a iniciativa privada, de modo que a exploração econômica nos termos dessa Constituição foi atribuída de forma principal ao setor privado.

A novidade introduzida pela Emenda de n. 1 de 1969 foi a incorporação do *‘desenvolvimento nacional’* à *‘justiça social’* como fim da ordem econômica, agora adstrita à ordem *‘social’*.¹¹¹

¹¹¹ Artigo 157 da Constituição de 1967 “ A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

Essa alteração, que reforça a entidade governamental como representante coletivo e com interesses próprios, decorreu da conveniência de acúmulo de capital para fazer frente à competição econômica imposta pelo cenário internacional, exigindo para suprir essa necessidade a participação do Estado para a realização da justiça social.

O crescimento do poder econômico de algumas empresas ensejou a intervenção estatal de natureza penal a fim de evitar ‘*o abuso do poder econômico*’.

Cumprir destacar que a exigência de concentração de capital para a criação de infra-estrutura para o ‘*desenvolvimento econômico*’, propiciou a intervenção direta do Estado na economia, não só regulando, ou punindo os infratores, mas como agente produtivo; tal restrição à livre iniciativa decorreu da impossibilidade financeira de o mercado suportar a diversificação de concorrentes.

IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V – desenvolvimento econômico;

VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

EMENDA N 1 da Constituição de 1969

“Art. 157 – A ordem econômica e **social** tem por fim realizar o **desenvolvimento nacional** e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

VI – expansão das oportunidades de emprego.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 inovou ao reconhecer os direitos e deveres coletivos a par da manutenção dos direitos individuais.

Outra inovação consiste na visão de que as ilicitudes do mercado atingem por completo o grupo de cidadãos, abrangendo toda uma categoria de empresas, bem como os consumidores, introduzindo, assim, o princípio da *‘defesa do consumidor’* que supera a relação contratual entre consumidor e fornecedor, estendendo-a para a sociedade inteira.

A idéia de desenvolvimento nacional deixa de ser um fim expresso da ordem econômica e passa a ser um dos objetivos do Estado Brasileiro.

A ordem econômica baseia-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim garantir existência digna a todos, de acordo com os preceitos da justiça social.

Os pressupostos e a finalidade da ordem econômica ensejam o desafio de conciliar direitos e interesses constitucionais aparentemente opostos.

Para superarmos essa aparente antinomia imprópria vamos nos socorrer dos métodos de interpretação constitucional que viabilizam dirimir aparentes conflitos constitucionais, de forma que as soluções aventadas estejam em harmonia com os valores tutelados pela Constituição, motivo pelo qual passaremos a analisar brevemente, mas de forma pontual, a questão da hermenêutica e interpretação constitucional.

3.3.3 Hermenêutica e interpretação Constitucional.

Mister se faz traçar algumas notas pontuais a respeito da hermenêutica e interpretação Constitucional sem a pretensão e a preocupação em aprofundamento do tema, uma vez que tal estudo não é o objeto do presente trabalho; entretanto, considerando que guarda importante relação com a tese que se pretende demonstrar, por ser o instrumento pelo qual se aferem quais são os valores tutelados pela Constituição, e em qual medida, faremos um breve estudo da hermenêutica constitucional, pois de acordo com o método de interpretação eleito teremos a possibilidade de fazer várias leituras diferentes do texto constitucional.

Celso Bastos destaca a importância dos métodos de interpretação em face da ausência de significações unívocas da linguagem normativa sustentando que “[se pode] dizer, inicialmente, que interpretar é atribuir

um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros. É que a linguagem normativa não tem significações unívocas. Os seus vocábulos comportam mais de um conceito, o que, por si só, já seria bastante para justificar a necessidade de interpretação. Esta viria a reduzir as inteligências possíveis a uma só: a escolhida para decidir o caso concreto.

Além das deficiências inerentes à linguagem, há que se acrescentar aquelas hipóteses em que o texto legal vem inçado de erros de gramática, de lógica ou sintáticos, que obscurecem ainda mais o conteúdo correto da norma. Contudo, embora já bastantes por si mesmas essas constatações para justificar a atividade interpretativa, a verdade é que ela é indispensável ainda por outros motivos.

É que há de ser cumprida uma tarefa, da qual normalmente se incumbem o intérprete, consistente em mediar o que está para ser interpretado(objeto da interpretação) e os destinatários do objeto interpretado(o objetivo da interpretação jurídica em geral é a imediata aplicação da regra a um determinado caso). A idéia de intérprete como um mediador vem da própria etimologia da palavra ‘interpretação’, de inter e pars, ou seja, entre partes.”¹¹²

Assim sendo, buscamos por meio dessa abordagem justificar qual o método eleito para investigarmos a essência da Constituição, a fim de demonstrarmos que o citado método (a interpretação realizada de acordo com determinados parâmetros eleitos) garante a tradução mais pura do teor da Constituição.

¹¹²Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p28/29.

A par disso, procura-se demonstrar que o método eleito não o foi por motivos ideológicos, mas por ser a melhor técnica, no sentido de garantir a maior fidelidade interpretativa aos valores tutelados pela Constituição vigente.

Para tanto, definiremos quais são os objetos do presente tópico e a evolução histórica dos mesmos, para então justificarmos qual o método eleito.

Antes de falarmos de hermenêutica constitucional cumpre esclarecer o que significa hermenêutica jurídica, bem como qual a diferença entre essa e a interpretação jurídica.

3.3.3.1 Hermenêutica e Interpretação Jurídica

O termo hermenêutica advém da expressão ‘hermeneuticus’ do latim, oriundo do vocábulo grego ‘hermeneuein’¹¹³ que está vinculada à mitologia helênica, e refere-se ao deus Hermes, que transmitia aos homens a vontade e as mensagens dos deuses do Olimpo.¹¹⁴

¹¹³ Vicente de Paulo Barreto, “*Da interpretação à hermenêutica constitucional*”. In: Camargo, Margarida Maria Lacombe (org.) 1988-1998: *Uma década de Constituição*, p. 369.

¹¹⁴ Idem, p. 370.

A doutrina diverge quanto ao fato de haver ou não diferença entre hermenêutica e interpretação. Para alguns, a exemplo da posição de Miguel Reale¹¹⁵, Machado Neto¹¹⁶, Emílio Betti,¹¹⁷ as expressões hermenêutica e interpretação possuem o mesmo significado, enquanto que para outros, a exemplo do entendimento de Paulo Nader¹¹⁸, Carlos Maximiliano¹¹⁹, Sergio Alves Gomes¹²⁰, Limongi França¹²¹ e Celso Ribeiro Bastos,¹²² a hermenêutica fornece os meios, ou seja, sistematiza os métodos para a realização da interpretação, que nada mais é do que a aplicação da hermenêutica.

Importante ressaltar que toda norma jurídica é passível de interpretação, devendo assim ser afastada a idéia de que as normas claras não comportam interpretação, traduzida pelo brocardo jurídico de que *in claris cessat interpretatio*¹²³; isto porque, conforme sustenta Carbone “... não se pode averiguar de imediato se uma norma é ou não clara, porquanto isso já constitui o resultado de um processo de interpretação. Só quando se há completado este é que se

¹¹⁵ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, p. 273.

¹¹⁶ A L. Machado Neto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p.216.

¹¹⁷ Emílio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Teoria Generale e dogmática*, Milano:Giuffrè, 1971, p. 62 *apud* Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 30/31.

¹¹⁸ Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 281.

¹¹⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p.1.

¹²⁰ Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.30.

¹²¹ Rubens Limongi França, *Hermenêutica jurídica*, p. 4.

¹²² Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p.36.

¹²³ *Ibid.*, p.42.

poderá estabelecer se as palavras correspondem claramente ao conteúdo da norma ou se são obscuras.”¹²⁴

Celso Bastos ensina que¹²⁵ “...a interpretação deriva das dúvidas que a norma que se interpreta gera...” no momento de aplicação do Direito, a qual é solucionada “...por meio da interpretação..” que busca fixar o conteúdo próprio da norma que será aplicada.

Cumpre, ainda, destacar que, segundo elucidativa lição de Celso Bastos,¹²⁶ “... em alguns casos pode ocorrer que uma dada situação não esteja descrita pela lei, é dizer, haja uma lacuna normativa...” exigindo-se nessa hipótese seja realizada a integração, que “...não é uma fase do processo interpretativo. Ela só ocorre quando há a necessidade de a norma abarcar uma determinada hipótese, que não vinha expressamente nela prevista, mas que em razão da semelhança e da analogia insere-se em seu campo de incidência.”

Isto posto, valemo-nos aqui da conclusão de Celso Bastos¹²⁷ no sentido de que a interpretação torna possível a integração; bem como a interpretação sempre é necessária, enquanto que a integração só o é quando se está diante de um vazio normativo.

¹²⁴ Carmelo Carbone, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, Padova, 1951, p.13, *apud*, Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, p.268.

¹²⁵ Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 44.

¹²⁶ *Ibid.*, p.40.

¹²⁷ *Ibid.*, p.80.

Ante todo o exposto, fica claro que a “*finalidade precípua da hermenêutica jurídica consiste em fornecer os meios adequados à interpretação- busca do sentido – e integração –preenchimento de lacunas- das leis e do direito.*”¹²⁸

3.3.3.2 A evolução histórica das Escolas Hermenêuticas

Os métodos de interpretação jurídica sofreram várias alterações ao longo do tempo, dentre as quais a visão de Herkenhoff¹²⁹, que, segundo o critério de maior ou menor liberdade do intérprete em relação à lei classifica tais métodos como diferentes Escolas hermenêuticas, ou seja, escolas jurídicas que surgiram a partir do Código de Napoleão e se distinguem pelo posicionamento, em face das questões interpretativas.

Sérgio Alves Gomes¹³⁰ apresenta uma interessante ilustração histórica da atitude distinta dos intérpretes de acordo com a corrente por eles integrada, a qual passaremos a mencionar por ser elucidativa de que os métodos, ou seja, as Escolas Hermenêuticas se diferenciam em razão da concepção “...sobre o significado e o papel do próprio

¹²⁸ Sérgio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.30.

¹²⁹ João Baptista Herkenhoff, *Como aplicar o Direito*, p. 34.

¹³⁰ Sérgio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p31/41.

direito , enquanto fenômeno social, porquanto sua interpretação depende da pré-compreensão alusiva a seu conceito.”¹³¹

As Escolas Hermenêuticas citadas pelo autor são:
Exegese, Histórica, Livre Pesquisa Científica e Escola do Direito Livre.

Na Escola Exegese¹³² “...a função do jurista não consistiria senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado , ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações.”¹³³

Sergio Alves Gomes, considerando, ainda, as características da Escola Exegese apontadas por Norberto Bobbio¹³⁴, quais sejam: “a)inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; b)concepção rigidamente estatal do direito; c)interpretação da lei fundada na intenção do legislador; d)o culto do texto da lei; e)respeito pelo princípio da autoridade”,conclui que “...o papel do intérprete havia de ficar bastante preso à

¹³¹ Ibid., p.31.

¹³² “COELHO ensina que a origem da palavra ‘exegese’ nos revela o significado de ‘conduzir para fora’, é formado pelo grego *gestain*, conduzir e o prefixo ‘ex’, fora.Exgese era o nome que se dava à interpretação das Sagradas Escrituras. Nos primeiros tempos da Igreja de Jesus Cristo predominava a tese de Tertuliano, de que os textos das escrituras constituíam a fala do Espírito Santos e, por isso, deveriam ser entendidas literalmente pois não competia ao homem introduzir nessa fala sagrada quaisquer palavras que pudessem alterar-lhes o sentido. Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p.227” *apud* ¹³² Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*,p.33

¹³³ Miguel Reale,*Lições Preliminares de Direito*, p. 274.

¹³⁴ Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*. Trad. de Márcio Pugliesi,Edson Bini e Carlos E.Rodrigues. S.Paulo: Ícone, 1995, p83-89, *apud* Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.34.

interpretação meramente gramatical, lógica e sistemática do direito, supondo-se que este estivesse inteiramente contido no Code de Napoleão, de 1804.”¹³⁵, motivo pelo qual o autor aponta como intérprete ideal para essa escola o juiz desenhado por Montesquieu, pois que para esse filósofo “... os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor.”¹³⁶

A Escola Histórica foi uma reação ao legalismo. Savigny e demais adeptos do Historicismo opuseram-se à codificação das leis, aspecto em que foram vencidos; entretanto, a importância dessa escola para a hermenêutica jurídica consistiu no fato de entenderem o direito como um produto da cultura, de modo que sua interpretação deve considerar os valores democraticamente reconhecidos e aceitos no meio social.

A Escola da Livre Pesquisa Científica fundada por François Geny foi importante no sentido de reconhecer que o tempo está à frente dos Códigos de forma a reconhecer as lacunas e valorizar os costumes, e a jurisprudência como meio de suprimento das lacunas. Tal Escola defendia a idéia da necessidade de ir-se *além do Código Civil, mas através*

¹³⁵ Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.34.

¹³⁶ Montesquieu, *Do espírito da Leis*, II, cap.VI. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção “Os pensadores”, dir. Gonzaga Truc), p. 152 *apud* Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.34/35.

do Código Civil,...buscando chamar a atenção do operador do direito para que este, em sua *pesquisa científica*, quando fosse preciso, não desrespeitasse os *princípios* basilares do sistema jurídico vigente.

Em busca de maior liberdade conferida ao intérprete do direito, a fim de que essa liberdade interpretativa assegurasse a realização da justiça, destacou-se a Escola do Direito Livre que se refere a um “...movimento que surgiu na Alemanha , cujo início é identificado com o lançamento da obra *A Luta pela Ciência do Direito*, em 1906, escrita por Hermann Kantorowicz, sob o pseudônimo de *Gnaeus Flavius*. ”¹³⁷

A idéia central dessa Escola era a realização da justiça, ainda que para isso fosse necessário julgar contra a lei.

A posição extremada dessa Escola gerou várias críticas da doutrina, dentre as quais cumpre destacar a de Maximiliano¹³⁸, apontando o retrocesso da substituição da vontade geral expressa no texto pela vontade de um homem só expressa na sentença; bem como a de Reale¹³⁹ que refuta a idéia de que, sob o argumento de realização de justiça, se desrespeite a segurança jurídica.

¹³⁷ Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.38.

¹³⁸ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p 79

¹³⁹ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito* , p. 284.

A contribuição positiva que essa Escola trouxe para a hermenêutica jurídica foi ressaltada por Herkenhoff¹⁴⁰ e merecem destaque dois pontos a nosso ver, quais sejam:

a) O encorajamento da ação criativa do juiz em face das lacunas do ordenamento jurídico;

b) A importância da ponderação da realidade e dos valores sociais, na aplicação do direito.

3.3.3.3 A Hermenêutica Constitucional

Definido o que é hermenêutica jurídica e a divergência encampada pela maior parte da doutrina, em relação à interpretação, bem como apresentadas as principais Escolas Hermenêuticas e suas distintas visões do direito, passaremos a abordar o tema Hermenêutica Constitucional, assinalando a importância da metodologia adotada, o papel desempenhado pelos princípios da hermenêutica constitucional, identificando-os e distinguindo-os em relação aos princípios constitucionais.

Faz-se mister ainda esclarecer por qual motivo a interpretação constitucional exige um tratamento diferenciado.

¹⁴⁰ João Baptista Herkenhoff, *Como aplicar o Direito*, p.60-61.

Jorge Miranda sintetiza bem a razão de ser desse tratamento diferenciado ao afirmar que *“...a interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irreduzíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar . Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação da norma- realidade constitucional-valor.”*¹⁴¹

Além disso, convém atentar para o aspecto destacado por Canotilho no sentido de que *“[a] recente concepção de constituição como concentrado de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, aponta para a necessidade da interpretação da constituição de acordo com as leis, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões económico-sociais. Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e a uma formação e uma constituição legal, paralela, pretensamente mais próxima dos momentos ‘metajurídicos’ (sociológicos e políticos)”*.¹⁴²

¹⁴¹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Tomo II*, p.261.

¹⁴² J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1230.

Cumpra, também, observar que o significado de omissão legislativa é diferente da omissão constitucional, uma vez que não existe o princípio da reserva constitucional como ocorre em relação à lei, porquanto a lei não pode relegar matéria de sua competência para o poder regulamentar, uma vez que não existe em nosso ordenamento decreto autônomo, exatamente em razão do princípio da reserva legal; o mesmo não ocorre em relação à Constituição que pode relegar matéria que poderia ser de sua competência para que o legislador infraconstitucional pudesse regular o assunto com maior liberdade de adequação às necessidades de alterações sociais. Decorre daí que as hipóteses de lacunas constitucionais, apenas, podem ser admitidas em casos excepcionais.

Demonstrada a necessidade de diferenciado tratamento interpretativo constitucional, passaremos a tratar da diferença entre princípios constitucionais e princípios da hermenêutica constitucional.

Conforme exposto em capítulo anterior, os princípios constitucionais refletem os valores eleitos pelos representantes do povo como os mais importantes do ordenamento jurídico, motivo pelo qual foram positivados na Constituição, a fim de incidirem sobre todo o ordenamento jurídico, enquanto que os princípios da hermenêutica constitucional consistem em métodos de interpretação constitucional.

A relação entre ambos consiste no fato de que: “Ao intérprete, não lhe é lícito desviar o instrumental teórico da hermenêutica jurídica dos princípios constitucionais. Ao contrário, ele é chamado a contribuir, por meio do interpretar, na concreção de tais objetivos e valores.”¹⁴³, ou seja, os princípios da hermenêutica são os meios colocados à disposição do intérprete para que ele busque por meio de sua atividade realizar os valores positivados na constituição através dos princípios constitucionais.

Os princípios da hermenêutica constitucional variam de acordo com as classificações e nomenclaturas utilizadas pelos estudiosos; entretanto, essas divergências não são substanciais e, embora não seja objetivo desse trabalho a análise de cada um desses princípios, passaremos a apresentar alguns princípios fundamentais, reconhecidos pela doutrina de forma majoritária e constantemente invocados pela jurisprudência, principalmente nos chamados *hard cases* (casos difíceis), isto é, aqueles em que aparentemente há um conflito de normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios, exigindo-se, então, um critério refinado para saber qual será a norma que prevalecerá, eis por que o sentido do texto constitucional nessas hipóteses estará adstrito ao critério de escolha da norma.

¹⁴³ Sergio Alves Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p.47.

Assim sendo, considerando que tal critério deverá ter como finalidade garantir os valores que permeiam a constituição e atentando para esse objetivo, valemo-nos dos vetores da interpretação constitucional destacados por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior¹⁴⁴ por entendermos que tais vetores fornecem meios suficientes para a resolução, inclusive dos aparentes conflitos de normas constitucionais. Vejamos:

a) Princípio da supremacia da Constituição, de forma que qualquer conflito entre norma constitucional e infraconstitucional deverá ser solucionada à luz desse princípio, uma vez que a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico;

b) Princípio da Unidade da Constituição - tal vetor remete o intérprete a uma análise sistemática, destacando-se sob esse enfoque a função dos princípios constitucionais que, segundo feliz síntese de Clémerson Merlin Clève: *“Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam standards de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional.”*¹⁴⁵;

c) Princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Tal princípio implica em tornar o mais abrangente possível o

¹⁴⁴ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de Direito Constitucional*, p.71/74.

¹⁴⁵ Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

conteúdo material do direito fundamental examinado. Também é vetor para solucionar a colisão de direitos constitucionais, sempre priorizando o direito fundamental em relação a qualquer outro direito. Importante ressaltar que a ampliação do conteúdo material do direito fundamental não pode implicar em supressão do outro direito constitucional que com este colidir;

d) Princípio da cedência recíproca, aplicável sempre que a colisão entre direitos constitucionais envolver duas normas fundamentais, ou duas normas que não integrem o rol dos direitos fundamentais; hipóteses em que o intérprete deverá extrair de cada norma em conflito uma função útil no interior do sistema, viabilizando a convivência de ambas, de modo a assegurar a concreção dos valores positivados na Constituição;

e) Princípio da coloquialidade –Tal princípio demonstra que, não obstante o sentido dos termos constitucionais deva ser aferido através de uma interpretação sistemática, há que se dar prioridade ao significado popular da expressão, a fim de viabilizar a compreensão do conteúdo da Constituição por parte do povo, pois se trata de um documento político;

f) Princípio da presunção de constitucionalidade. Esse princípio implica no fato de que o controle repressivo de constitucionalidade compete ao poder judiciário, de forma que todas as normas infraconstitucionais em vigor geram obrigações até que seja

reconhecida a sua inconstitucionalidade, quer através da via de ação direta, a qual enseja a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, quer através do controle difuso que isenta o interessado da submissão àquela norma. É essencial ressaltar que desse princípio decorre o princípio constantemente invocado pelos tribunais, em especial o STF que é o princípio da interpretação conforme a Constituição, segundo o qual o intérprete buscará conformar a interpretação das leis infraconstitucionais ao texto constitucional, de modo a aproveitar um dos sentidos possíveis de interpretação da norma desprezando as outras possibilidades que levariam à sua inconstitucionalidade;

g) Princípio da razoabilidade. Segundo Barroso: “ O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça . Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado,o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão , supondo equilíbrio , moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, ao valores vigentes em dado momento ou lugar. ”¹⁴⁶;

h)Princípio da proporcionalidade. Tal princípio pode ser considerado decorrência do princípio da razoabilidade que, conforme bem colocado pelos autores Luiz Alberto e Vidal Nunes, implica

¹⁴⁶ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, p.204-205, *apud* Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de Direito Constitucional* , p.73.

no fato de que “...o intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma.”¹⁴⁷;

i) Princípio da eficiência – Conduz o intérprete a buscar sempre a máxima efetividade da Constituição, inclusive através do controle de Constitucionalidade (da ação ou omissão).

3.3.4 O princípio da livre iniciativa em face do princípio da dignidade da pessoa humana

Fixados os critérios norteadores da interpretação, torna-se possível enfrentar a questão proposta no tópico relativa à conciliação da livre iniciativa com o princípio da dignidade da pessoa humana no contexto de um Estado social de direito.

Podemos enfrentar este desafio, apoiando-nos na lição de Alberto Venâncio Filho, que adverte: “*É de se lembrar o ensinamento de Santo Tomás de Aquino quando nos diz que o objetivo primordial do Estado é o bem comum, cuja essência consubstancia-se na vida humana digna de todos dentro do valor de cada um. Os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional são os limites à garantia da liberdade econômica, ou seja, à liberdade de iniciativa*”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de Direito Constitucional*, p.73.

¹⁴⁸ Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*, p.32, apud Alvacir Alfredo Nicz, *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*, p. 71.

Até porque o princípio da livre iniciativa é um pressuposto da ordem econômica que deve estar a serviço da dignidade do ser humano, que é o fim objetivado pela atividade econômica, conforme simples interpretação literal ou mesmo complexa interpretação sistemática.

Nessa mesma linha de raciocínio é a posição de Maria Garcia ao afirmar que “[na] constituição brasileira, como visto, a dignidade da pessoa humana figura entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, portanto, inserindo-se entre os valores superiores que fundamentam o Estado, a dignidade da pessoa representarão crivo pelo qual serão interpretados não somente os direitos fundamentais, mas, a nosso ver, todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas suas variadas incidências e considerações.”.¹⁴⁹

De acordo com os vetores eleitos, de interpretação constitucional, no presente trabalho, temos que a colisão do princípio da livre iniciativa, manifestado por qualquer atividade da ordem econômica, com o princípio da dignidade do ser humano deve ser dirimida pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, porque o conteúdo da dignidade do ser humano coincide com o respeito aos direitos fundamentais; portanto, qualquer violação a esses direitos implica em violar a dignidade do ser humano.

¹⁴⁹ Maria Garcia, *Limites da Ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*, p.207.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta: *“Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”*.¹⁵⁰

Isto posto, justificada a invocação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, podemos afirmar que o princípio da dignidade do ser humano deve prevalecer em relação ao princípio da livre iniciativa, não sendo necessário na hipótese invocar os demais vetores de interpretação. No entanto, importa salientar que a prevalência do princípio da dignidade não significa a supressão do princípio da livre iniciativa que se pautará pela própria finalidade da ordem econômica que é a garantia da vida digna.

Considerando a questão principiológica das normas constitucionais, a evolução constitucional tanto dos direitos sociais como da livre iniciativa, a ampliação do princípio da dignidade do ser humano e sua

¹⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p.84.

função no contexto constitucional, podemos por ora traçar uma conclusão preliminar. Sustentamos que havendo qualquer confronto entre o direito à saúde e a livre iniciativa, princípio este que se refere ao meio pelo qual é prestado o serviço de saúde suplementar, deve prevalecer o direito ao objeto da prestação, qual seja a saúde, sob pena de ferir-se uma série de princípios fundamentais da República Federativa brasileira, dentre eles o princípio da dignidade do ser humano, o que não se admite em sede de Direito Constitucional.

O princípio da livre iniciativa, assegurado pela Constituição, é um princípio geral setorial da ordem econômica segundo a classificação de Barroso, cujo alcance é delineado pelo Princípio da Dignidade da pessoa humana que prevalece sobre todos os demais princípios; eis por que sob a ótica constitucional, o homem é um fim e não um meio às realizações de outros direitos ou interesses, motivo pelo qual o princípio da dignidade humana se torna pressuposto de interpretação de qualquer outro princípio, possibilitando assim a aferição exata dos valores agregados pela nossa Constituição.

2ª.PARTE

O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL

CAPÍTULO 1: A REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Conforme já exposto, o direito à saúde encontra-se assegurado tanto implícita e expressamente em vários dispositivos constitucionais; entretanto a sua regulamentação específica se localiza no Título VIII da Constituição que trata da Ordem Social, o qual inclui a seguridade social. Esta por sua vez abrange tanto a área da saúde como a previdência e a assistência social.¹⁵¹

A atual Constituição, observando os objetivos da seguridade social, estabeleceu no artigo 195 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e previu no artigo 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um serviço único de saúde (SUS), que será estudado de forma mais detalhada no próximo capítulo.

A Constituição, paralelamente, deferiu à iniciativa privada de forma suplementar a assistência à saúde nos termos do artigo 197

¹⁵¹ Artigo 194 da Constituição de 1988 “ A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

mediante a obtenção de lucros, reconhecendo, entretanto, o caráter de relevância pública das ações e serviços de saúde, temas que serão explorados, respectivamente, no capítulo II da segunda parte desse trabalho.

Os citados sistemas constitucionais de saúde serão objeto de estudo dentro do contexto da seguridade social, inseridos constitucionalmente como subsistemas da seguridade.

Nessa parte do trabalho serão enfocados os princípios da Seguridade Social, o aspecto histórico específico, bem como os princípios do SUS e a regulamentação constitucional e legal, tanto do sistema público de saúde como do sistema suplementar. Analisar-se-á, também, a questão sob o enfoque da proteção do consumidor.

1.1 A Seguridade social e seus objetivos

Considerando que a Saúde se encontra inserida no contexto da seguridade social, é incontestável que os objetivos da seguridade se apliquem à Saúde tanto no que diz respeito ao SUS como ao que se refere à Saúde Suplementar, motivo pelo qual, entendemos ser de suma importância citá-los:

a) universalidade da cobertura e do atendimento;

- b)uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- c)seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- d)irredutibilidade do valor dos benefícios;
- e)eqüidade na forma de participação no custeio;
- f)diversidade da base de financiamento;
- g)caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, mediante a gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Dentre esses objetivos, enfocaremos os da universalidade e da eqüidade, já que apresentam relevância em matéria de saúde, cumprindo ressaltar que a eqüidade no subsistema da saúde se refere ao acesso às ações e aos serviços de saúde.

CAPÍTULO 2: OS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DE SAÚDE

2.1 O Sistema Único de Saúde

2.1.1 Histórico

Conforme já foi apresentado na primeira parte desse trabalho, originariamente, os serviços de saúde eram prestados pelas Caps e Iaps, sendo a implantação de uma política de saúde advinda somente com o movimento de urbanização, decorrente do desenvolvimento industrial.

Ocorre que em razão da ditadura militar de 1964 foi o serviço de saúde centralizado na União, de modo que uma autarquia federal denominada de INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social) foi incumbida de prestar direta ou indiretamente tais serviços à população.¹⁵²

Não vigorava, entretanto, o princípio da universalidade, uma vez que o INAMPS era vinculado à Previdência Social, de modo que

¹⁵² Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde(SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*,p.152/153.

apenas teriam acesso aos serviços de saúde aqueles que contribuíssem para a previdência social.

O INAMPS por não disponibilizar de infra-estrutura suficiente passou a comprar serviços dos hospitais privados, em vez de procurar expandir o número de leitos públicos.¹⁵³

A centralização do sistema de saúde gerava não somente uma administração burocrática, como também inviabilizava que as autoridades responsáveis pelas tomadas de decisões tivessem conhecimento das carências municipais em razão das grandes distâncias.

Diante desse contexto, o INAMPS mostrou-se ineficaz, não atendendo sequer as necessidades daqueles que lhe tinham acesso.

Com o início do processo de redemocratização, nos anos 80, “... [a] descentralização foi vista como instrumento de universalização do acesso e do aumento do controle dos beneficiários sobre os serviços sociais.”¹⁵⁴ e, a partir de 1983, a União repassou para alguns Estados e Municípios algumas das suas atribuições por meio do projeto de Ações Integradas de Saúde (AIS).

¹⁵³ Ibid., mesma página.

¹⁵⁴ Maria Hermínia Tavares de Almeida, *Federalismo e Políticas Sociais*, p.91.

A conclusão da VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986 no sentido de que “1-A reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deve resultar na criação de um Sistema Único de Saúde que efetivamente represente a construção de um novo arcabouço institucional separando totalmente saúde de previdência, através de uma ampla reforma sanitária.”¹⁵⁵, influenciou tanto a criação do SUS na Constituição de 1988 quanto a elaboração da Lei Orgânica de Saúde (8080/1990).

O processo de descentralização dos serviços de saúde continuou em 1987, pelo Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS).

Essa tendência descentralizadora em matéria de saúde culminou com a promulgação da Constituição de 1988 que delineou o novo sistema constitucional de saúde público, o SUS.

2.1.2 Os princípios que vigoram para o SUS

A apresentação dos princípios que vigoram para o SUS tem por objetivo demonstrar o delineamento constitucional do direito à saúde traçado na Constituição de 1988.

¹⁵⁵ Brasil, Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde p.384, apud Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde(SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*,p.157.

2.1.2.1 Princípio do acesso universal e igualitário

O artigo 196 da Constituição Federal prevê expressamente esses dois princípios norteadores do sistema de saúde.

O princípio da universalidade garante que todos tenham acesso aos serviços de saúde, sejam de natureza preventiva ou curativa, independentemente da condição social, financeira, racial, física, psíquica etc., isto é, não admite qualquer discriminação e independe de qualquer forma de contribuição prévia ou posterior. Ademais, traz insito em si o princípio da gratuidade, pelos motivos expostos a seguir:

a) O conceito de universalidade exclui o de onerosidade, pois a saúde, por ser um direito social subjetivo de todos, gera o dever de o Estado prestar os serviços integrais para sua promoção, proteção e recuperação;

b) A Constituição, ao tratar do serviço de saúde sob um prisma global, impossibilita a cobrança de taxas por referir-se a serviços públicos indivisíveis, bem como não comporta a cobrança de preço público, (pois não se trata de um serviço estatal prestado com fins lucrativos e mediante natureza contraprestacional);

c)A pobreza da maioria da população brasileira afasta qualquer outra possibilidade de concretização do princípio abstrato da universalidade que não seja pela gratuidade.

Cumprе ressaltar que o princípio da “... universalidade no acesso às ações de saúde não proíbe o Poder Público de buscar ressarcimento das despesas que incorre com o atendimento de cidadão que por opção voluntária ou decorrência de contrato de trabalho, possui seguro-saúde ou contrato de assistência médica com empresa privada. Isso porque a gratuidade incide nas relações Estado-cidadão, mas não impede que nos termos de disposição legal, pretenda o Poder Público reaver dessas empresas privadas partes das importâncias que o particular pagara, sob a forma de prêmio de seguro ou de mensalidade de plano de assistência médica, para a prestação dos serviços que acabaram sendo obtidos na rede pública. Essa espécie de ressarcimento cuida tão somente de evitar o enriquecimento do privado às custas da prestação pública do serviço de saúde. Se o cidadão rotineiramente faz aportes financeiros à empresa seguradora ou de assistência médica para garantir os custos do atendimento médico, e o tratamento- por qualquer motivo-termina por ser assumido pelo Poder Público (fazendo com que a empresa privada fique com a receita sem incorrer nos custos), nada mais justo do que ressarcir-se “sic” o erário pelo atendimento prestado. Do contrário, teríamos o enriquecimento sem causa do privado, em detrimento do coletivo. Esse, aliás, o espírito da Lei 9.656/98, art. 32 ao determinar que as operadoras de seguros e planos de saúde devem ressarcir as instituições públicas ou privadas

integrantes do SUS pelos serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos que tenham sido prestados pelo serviço público.”¹⁵⁶.

O acesso igualitário é um princípio setorial que consiste no desdobramento do princípio geral da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal, do qual decorrem as seguintes situações:

- a) Deferir tratamento igualitário a pessoas que se encontrem na mesma situação clínica, de forma abrangente, inclusive ao que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas, etc;
- b) Proibir a utilização de estruturas públicas de saúde (hospitais, clínicas, postos) para o atendimento privilegiado daqueles que paguem pelo serviço;
- c) Priorizar por parte do Poder Público ações estatais nas regiões com maior carência;
- d) Impossibilitar uma pessoa de ser discriminada e não lograr acesso ou tratamento igualitário em razão de sua origem ou domicílio;
- e) Garantir a gratuidade tanto dos serviços públicos como privados contratados, sob pena de ferir-se, inclusive, o princípio da universalidade.

¹⁵⁶ Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde(SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*, p.171/172.

2.1.2.2 Princípio da integralidade de assistência

A conjugação das normas constitucionais previstas nos artigos 196 e 198, II conduz à conclusão de que “a assistência integral combina, de forma harmônica e igualitária, as ações e os serviços de saúde preventivos como os assistenciais ou curativos.”¹⁵⁷ Constata-se daí que a dicotomia existente no antigo sistema de saúde (Lei n 6.229/75) entre as ações e os serviços de cunho preventivos e curativos desapareceu.

Importante, também, atentar que a igualdade de assistência prevista no artigo 7º, IV da Lei 8.080/90, que regulamenta o princípio da integralidade de assistência, enseja a atenção individualizada a cada caso, considerando suas exigências e em todos os níveis de complexidade.¹⁵⁸

O princípio da integralidade, previsto no artigo 198 da Constituição Federal e artigo 7º, II da Lei 8080/990, consiste na obrigação de o Estado oferecer serviços integrais à saúde para tratar de qualquer doença ou agravo, ainda que seja mal raro de grande complexidade e gere um elevado custo, porque a saúde não é passível de cisão, de modo que ou se

¹⁵⁷ Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos, *Sistema Único de Saúde. Comentários à Lei Orgânica da Saúde*, p.72.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p.73.

assegura ou não. Convém reforçar que a integralidade abarca também medicamentos e correlatos, mesmo para pacientes não-internados, a fim de atender à regra de prevenção prevista no inciso II do citado artigo. Negar esse princípio, sob qualquer fundamento, é inverter a ordem constitucional ao privilegiar os interesses econômicos em detrimento da vida, eis por que a saúde é um meio para assegurar a vida.

2.1.2.3 Princípio da Descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo

A descentralização político-administrativa das ações e serviços públicos de saúde decorreu da repartição de competências fixadas pela Constituição de 1988 e caracteriza-se como a “espinha dorsal”¹⁵⁹ do Sistema Único de Saúde.

O princípio da descentralização, ao ser interpretado conjuntamente com os princípios da regionalização e hierarquização, conduz à conclusão de que a execução dos serviços de saúde deve ser efetuado de forma prioritária pelo Município, corroborando a orientação preceituada no artigo 30,VII da Constituição Federal; entretanto, é fundamental salientar que essa descentralização deve ser feita de forma gradativa, de forma a que

¹⁵⁹ Ibid.,p.84.

a União e os Estados devam primeiro capacitar os entes locais, inclusive sob o ponto de vista técnico e financeiro, para depois transferirem os serviços que devem ser mantidos sob fiscalização , tanto para prestarem cooperação como para coibirem práticas ilegais. Cumpre ainda asseverar que a descentralização pode ser revertida temporariamente em caso de graves irregularidades nos termos do artigo 4º.parágrafo único, da Lei 8.142/90.

É bastante racional o critério constitucional ao viabilizar ao indivíduo o atendimento pelo órgão ou autoridade que estejam em contato com o fato, bem como ao permitir a identificação do responsável pela ação, de modo a possibilitar o aumento do controle social dos atos administrativos.

Decorre do princípio da descentralização que ao Estado e à União competem realizar as ações e serviços de saúde pública para os quais o município não estiver habilitado.

2.1.2.3.a Princípio da regionalização e hierarquização dos serviços e ações de saúde

A regionalização de serviços de saúde significa distribuí-los e organizá-los, por intermédio dos meios técnicos, dos recursos humanos e poder decisórios suficientes às necessidades da população do local.

Na hipótese de não-observância desses requisitos, um dos objetivos da regionalização previsto no artigo 7º., XIII, consistente em evitar duplicidade de meios para fins idênticos não será atendido, ensejando o descumprimento constitucional e legal de deixar de prover serviços onde estes sejam necessários ou ainda criar e mantê-los, quando desnecessários.

Importante, ainda, atentar para o fato de que a Constituição deferiu tratamento diferenciado em matéria de saúde; eis que não se trata de mera competência material nos termos do artigo 23, uma vez que aos Estados-membros e Municípios não foi facultada a cooperação, mas imposta a atuação conjunta observando as diretrizes nacionais, de modo que esses entes da federação não podem dispor livremente em matéria de política de saúde.

A regionalização e hierarquia foram previstas no artigo 198 da Constituição Federal.

Por último, cumpre realçar que a hierarquização se refere à rede dos serviços e não aos entes federativos, conforme se depreende da análise do artigo 7º, inciso IX, alínea “b” e artigo 8º, ambos da Lei 8080/90, até porque entendimento diverso se oporia ao princípio federativo que estabeleceu a isonomia entre os entes da federação.

2.1.2.3.b Direção única em cada esfera de governo

Essa regra constitucional tem por objetivo “evitar a fragmentação da direção e a ‘multiplicidade de órgãos nas diversas esferas de governo, com insatisfatório grau de integração programática e operacional’,(José Alberto Hermógenes de Souza) e, em especial a divisão política por vários órgãos das normalmente tentadoras verbas da saúde.”¹⁶⁰

O artigo 9º. da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90) estabelece que na direção única nos âmbitos federal, estadual e municipal será exercida respectivamente pelo Ministério da Saúde e Secretarias de Saúde Estadual e Municipal.

A coordenação da atuação de todos os membros do SUS e suas redes compete ao Ministério da Saúde, entretanto considerando a amplitude do conceito de saúde e atentando para o fato de que há outros fatores, assim como os ambientais e os de saneamento básico que afetam a saúde, e são controlados por outros órgãos, tais quais o Ministério do meio ambiente ou da infra-estrutura tem-se que o Ministério da Saúde não será o responsável pela administração dessas políticas, porém, apenas participará

¹⁶⁰ José Alberto Hermógenes de Souza, *O sistema unificado de saúde como instrumento de garantia de universalização e equidade*, in Brasil, Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde, p.143, apud Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde(SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*, p 176.

na formulação e execução das políticas, se forem matérias relacionadas com a prevenção da saúde nos termos previsto no artigo 200 da Constituição, em cujo sentido se dispõe a regra no artigo 15, inciso VII da Lei no. 8080/90.

Em sede de responsabilidade é importante observar que se considerarmos a proibição constitucional de duplicidade de serviços para um mesmo fim, de forma a caracterizar usurpação de competência, quando isso ocorrer, ficará patente que a responsabilidade pela execução das ações e serviços é do ente da federação ao qual é atribuída a competência para a execução das ações e serviços de saúde nos limites de seu território.

Nesse passo, importa esclarecer que a Lei 8080/90 previu nos artigos 5º. e 6º. a competência geral no âmbito do Sistema Único de Saúde, no artigo 15 atribuições comuns a todos os entes da federação, no artigo 16 as competências atribuídas à Direção nacional do Sistema Único de Saúde- SUS , no artigo 17 as Competências da direção estadual do Sistema Único de Saúde e no artigo 18 as competências da direção municipal do Sistema Único de Saúde.

Por esse motivo, é necessário identificar qual a entidade estatal interessada pela prevalência do interesse presente no caso concreto,

de modo a firmar a competência para as ações e serviços de saúde pública pelo SUS, bem como a responsabilidade.

2.1.2.4 Princípio da participação social

O princípio da participação social está previsto no artigo 198, III da Constituição Federal e artigo 7º., VIII da Lei 8080/90. Entretanto, esse princípio foi efetivamente tratado pela Lei 8.142/90 em seu artigo 1º. parágrafos 1º.e 2º. ao prever duas instâncias em cada nível de governo para a participação popular, quais sejam a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

Cumpramos ressaltar que, não obstante nos âmbitos estaduais e municipais a função de direção executiva do SUS seja das secretarias ou diretorias de saúde, é competência dos Conselhos as decisões relativas à forma de procedimento de execução da política de saúde.

Convém anotar que o descumprimento, por parte de agentes do Poder Executivo, de decisões do Conselho de Saúde garante aos seus membros o direito de recorrer ao Judiciário, seja diretamente, até mesmo por meio de MANDADO DE SEGURANÇA ou por intermédio do Ministério Público.

2.2 O sistema suplementar de saúde

2.2.1 Histórico

Conforme já estudado no tópico relativo ao surgimento do Estado social no Brasil, em um primeiro momento, as ações e serviços de assistência à saúde eram garantidas, apenas, àqueles que possuíam recursos para custeá-la; posteriormente destinou-se, também, aos trabalhadores que a financiassem, quer através das CAPs, dos IAPs, do INPS, de forma que não possuíam o caráter universalizante.

Por ocasião do surgimento do INPS, a Previdência Social adotou duas medidas importantes, a saber:

a) A expansão da cobertura da assistência médica para trabalhadores autônomos, se contribuintes da Previdência Social, e para os trabalhadores rurais, através do Funrural;

b) O financiamento de convênios-empresas para seus beneficiários, destarte, deixando o Estado de assumir o papel de provedor exclusivo da assistência médica.

*“É consenso na literatura que ‘Iniciam-se aí as modificações no mix público/privado no setor saúde, que alavancariam a expansão do mercado de serviços de assistência médica, por meio basicamente de duas estratégias convergentes: a compra de serviços pelo Estado e a transferência da função provedora para a iniciativa privada’(Almeida apud Donnangelo, 1975; Cordeiro, 1984; Oliveira e Teixeira, 1986; Luz, 1991 e Vianna, 1995).”*¹⁶¹

Os convênios-empresas deram origem às cooperativas médicas e às empresas de medicina de grupo, que decorreram tanto do incentivo da política previdenciária, quanto da necessidade das indústrias de grande porte das regiões Sudeste e Sul cumprirem as determinações da legislação trabalhista.

Celebrado o convênio com a empresa, não era permitido ao beneficiário fazer a escolha entre os serviços próprios previdenciários ou o conveniado.

Nesse contexto, o setor privado tornou-se o principal administrador da assistência médica dos trabalhadores e de seus familiares; incentivado pela política previdenciária, também, em relação à criação e à ampliação de serviços de saúde, tais quais, laboratórios, consultórios e até

¹⁶¹ Maria Cecília Sanchez, *Regulação como instrumento das Políticas Públicas do Estado Contemporâneo: Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS*, p.31.

mesmo hospitais, eis que “[s]egundo Bahia (apud Cordeiro, 1984), foi nessa época que se formou o complexo médico-empresarial, com a ampliação do número de hospitais privados e a consolidação da medicina de grupo enquanto grupo empresarial, iniciando-se as relações entre empresas médicas e os hoje denominados prestadores de serviços (hospitais, estabelecimentos especializados em exames complementares)

Para se dimensionar esta situação, basta observar que, em 1969, havia 74.543 leitos privados no país, chegando a 348.255 em 1984. Segundo Zioni (1997) o crescimento registrado nesses anos foi possível porque se pode contar ‘com recursos da Previdência Social, capital fixo subsidiado, baixíssimo risco empresarial, nenhuma competitividade e garantia de compra de serviços!’.”¹⁶².

A partir de 1974, criaram-se os incentivos fiscal e comercial aos convênios - empresas, consistentes, respectivamente, na possibilidade da pessoa física deduzir do Imposto de Renda as despesas efetuadas com saúde e na probabilidade de a pessoa jurídica transformar os gastos com assistência médica dos empregados em custos operacionais da empresa, de forma a permitir o repasse para o preço dos produtos.

A crise financeira da Previdência Social brasileira, decorrente dentre vários outros motivos de fraudes no sistema de pagamento e faturamento de serviços médicos, ensejou o rompimento dos convênios-

¹⁶² Ibid.,p32.

empresas, que passaram a ser celebrados diretamente entre as empresas empregadoras e as empresas médicas.¹⁶³

Traçado esse breve histórico da assistência médica suplementar no Brasil, cumpre, antes de discorrermos a respeito do tema, estabelecer o que a doutrina entende por assistência médica suplementar.

2.2.2 Conceito da Assistência Médica Suplementar

Nos termos da Lei Orgânica da Saúde, os serviços privados de assistência à saúde são aqueles que se caracterizam pela livre execução da iniciativa privada, seja por meio de pessoas físicas (profissionais liberais habilitados) ou por pessoas jurídicas (artigo 20 da Lei 8.080/90).

Em linhas gerais, a assistência médica suplementar designa um segmento do mercado de serviços privados de saúde, prestados mediante remuneração fixada em um contrato ou convênio, que dispõe que tanto o contrato como o pagamento pode ser feito diretamente pelo usuário, bem como por terceiros mediante contratos individuais, familiares ou coletivos.

¹⁶³Ibid., mesma página.

A princípio cumpre ressaltar o caráter seletivo e restrito da assistência médica suplementar à clientela, devido ao aspecto contratual.

“Apenas em 1991 surgiu uma classificação formulada por Médici, na qual identificavam-se quatro grandes segmentos do mercado privados de saúde no Brasil (Almeida, 1998):

‘1º.segmento privado contratado pelo setor público, clínicas e hospitais lucrativos e filantrópicos que vendem serviços para atendimento de uma clientela indiferenciada;

2º.segmento médico assistencial das empresas que, por meio de diversas modalidades, atendem a clientelas específicas vinculadas ao mercado formal de trabalho;

3º.segmento médico assistencial das famílias, cujas modalidades atendem a indivíduos e/ou famílias que voluntariamente comprem serviços diretamente de prestadores ou estabelecem contratos por meio de planos e seguros de saúde.

4º.segmento beneficente filantrópico voltado para clientelas abertas e fechadas’.”¹⁶⁴

Diante dessa classificação, constata-se que não é possível afirmar que a assistência médica suplementar tenha como traços caracterizadores a onerosidade ou a restrição à clientela decorrente do contrato.

¹⁶⁴ Ibid.,p.33.

As modalidades organizacionais existentes no Brasil, que compõem o setor privado autônomo, representado pelos segmentos descritos nos itens 2, 3 e 4, da classificação de Médici, são : 1) autogestão, 2) cooperativas médicas, 3) medicina de grupo, 4) seguradoras, as quais passaremos a analisar no próximo tópico.

2.2.3 Modalidades Organizacionais de Assistência Médica Suplementar

2.2.3.1 Autogestões

Datam da época das Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs e dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs. São sistemas fechados, que têm origem na política de benefícios conferida aos trabalhadores, dentre os quais se incluía a assistência médica. A administração dos serviços é própria da empresa, o que implica em redução de gastos.

As grandes empresas e a empresas estatais é que costumam adotar essa modalidade organizacional.

As co-gestões, que são uma espécie do gênero da auto-gestão, consistente na contratação de terceiros para administrar os planos próprios das empresas, foram excluídas da auto-gestão pela atual normatização.

2.2.3.2 Medicina de grupo

Essa modalidade organizacional surgiu nas grandes regiões industriais do ABC, por volta de 1956, e consiste na prestação de serviços de assistência à saúde por um grupo de médicos organizados entre si e com hospitais, através de planos coletivos baseados no modelo norte-americano de pré-pagamento. Normalmente, a clientela é constituída dos trabalhadores das empresas e seus familiares.

Em 1990, foi criado o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação das Empresas de Medicina de Grupo- Conamge.

2.2.3.3 Cooperativas Médicas

A Unimed, que teve origem em Santos, em 1967, foi a precursora dessa modalidade organizacional, cumprindo ressaltar que, no início, não havia sequer uma base hospitalar de referência. Difere-se da

medicina de grupo por defenderem a autonomia médica e por não visarem lucro.

Os médicos são simultaneamente sócios e prestadores de serviços e recebem a sua remuneração proporcional à sua produção, participando do rateio do lucro final auferido pelas unidades municipais, chamadas singulares. Os médicos cooperados atendem em seus consultórios particulares.

A legislação destinada às cooperativas em geral, adstritas às instruções do Ministério da Agricultura, também se aplica às cooperativas médicas.

2.2.3.4 Seguro-Saúde

Essa modalidade existe no Brasil desde 1966; entretanto, *“ganhou expressão no mercado, apenas a partir da década de 80(Bittar,1989). Sua forma de atuação, embora obrigue contratualmente o reembolso de despesas médicas, no Brasil se pauta pelo referenciamento de serviços.”*¹⁶⁵

¹⁶⁵ Ibid.,p35.

O Estado de São Paulo, devido ao seu desenvolvimento econômico no setor industrial somado ao fato de que possuía uma rede de serviços de saúde maior do que em outros Estados, foi o berço dessas organizações.

Importante realçar que todas essas modalidades operam os vários tipos de planos existentes: individuais, familiares e coletivos, que permitem a livre escolha por parte do cliente.

Cumpramos observar que a variação dos padrões dos planos comercializados, no mais das vezes, contraria o regime jurídico estabelecido pela Constituição para a prestação de serviço pela iniciativa privada, conforme será analisado ao final do presente capítulo.

2.2.4 As atribuições da saúde suplementar na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 deferiu à iniciativa privada a prestação de ações e serviços de saúde, facultando às instituições privadas, tanto a participação *“... de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferências as*

entidades filantrópicas e as sem fim lucrativos.”¹⁶⁶, como a prestação de serviços mediante a obtenção de lucro, conclusão a que se chega ao conjugar o teor do artigo 199 com o disposto no artigo 170 *caput* e parágrafo único, ambos da Constituição Federal.

Citados dispositivos estabelecem como fundamentos da ordem econômica tanto a valorização do trabalho como a livre iniciativa, bem como prevê que a existência digna a todos é o fim a ser alcançado pelo livre exercício de qualquer atividade econômica.

Integram também o conceito de saúde suplementar tanto as entidades filantrópicas, como as sem fins lucrativos, conforme já destacado, anteriormente, quando apresentada a classificação de Médici.

Importante atentar para o fato de que a saúde suplementar (tanto a que complementa o Sistema Único de Saúde, como aquela que presta assistência de forma filantrópica ou sem fins lucrativos, ou ainda, aquela que “...contrata diretamente com uma clientela própria, que a lei reguladora denominou de carteira.”¹⁶⁷) está submetida “...às diretrizes do Sistema Único de Saúde, com a disciplina legal que o Poder Público estabelece.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ Artigo 199 parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁷ Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*, p. 226.

¹⁶⁸ Ibid., mesma página.

Passemos então a analisar cada uma das formas de atuação da saúde suplementar.

2.2.4.1 A participação da iniciativa privada na prestação de serviços ao Sistema Único de Saúde

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo a falta de estrutura pública para atender as necessidades da população na prestação de assistência médica, deferiu à iniciativa privada a participação em caráter complementar; vale dizer que apenas quando os recursos públicos se mostrarem insuficientes é que pode a saúde suplementar participar do Sistema Único de Saúde nos termos do parágrafo 1º do artigo 199 da Constituição Federal.

Esse é o entendimento da administrativista Maria Sylvia Di Pietro ao afirmar que a participação complementar prevista na norma constitucional e repetida no artigo 24 da Lei n 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde-que disciplina o SUS) “ *...não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde;significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai **complementar** as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou*

convênio.”¹⁶⁹,isso quando as disponibilidades do SUS “ *...forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área....*” ¹⁷⁰

Considerando o teor da regra constitucional, determina-se que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos têm preferência para participarem do SUS, de modo que a contratação de empresas com fins lucrativos apenas pode ocorrer na hipótese daquelas entidades não possuírem condições de satisfazerem a demanda.¹⁷¹

Importante ressaltar que, conforme leciona Maria Sylvia Di Pietro, a participação complementar das instituições privadas no SUS por meio de convênio, apenas é “*...viável quando se tratar de entidade sem fins lucrativos, hipótese em que a mesma receberá auxílios ou subvenções provenientes de recursos do SUS, não se cogitando propriamente de remuneração por serviços prestados, se for o caso de remunerar por serviço prestado, cuida-se de contrato e não de convênio.*”¹⁷²

Na hipótese de não haver parceria, de forma a não se estabelecer convênio com as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativo, então não há que se falar em qualquer preferência, concorrendo em

¹⁶⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, p.186.

¹⁷⁰ Artigo 24 da Lei 8080/90.

¹⁷¹ Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde(SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*, p 209.

¹⁷² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*,p.209.

igualdade de condições com os demais interessados em celebrar contrato de prestação e serviços com o poder público.(Portaria Ministério da Saúde n 1695, de 23/9/94).

Uma interpretação sistemática da regra do artigo 199 parágrafo 1º conjugado com o artigo 175 parágrafo único (concessão de serviços públicos), à luz do princípio da igualdade, conduz à conclusão de que a participação complementar por parte da iniciativa privada no SUS não foi restrita às pessoas jurídicas.¹⁷³

A competência para aferir a insuficiência de recursos do SUS, ensejando a necessidade de reforço advindo da iniciativa privada, bem como a definição das áreas carentes, das especialidades ou serviços a serem contratados, a quantidade e o tempo necessário da contratação, é atribuição dos Conselhos de Saúde. À respectiva Secretária de Saúde compete a homologação ou não da decisão do conselho, bem como a contratação através do processo adequado, que nos termos do artigo 37, XXI é a licitação, regulamentada pela Lei 8.666/93.

A contratação dos serviços privados, em regra, compete aos Municípios, salvo na hipótese de que em função da hierarquização por

¹⁷³ Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos.*Sistema Único de Saúde.Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. p.199.

complexidade, os serviços sejam de competência do Estado ou da União; ou na hipótese do Município não estar capacitado para gerir o sistema local de saúde pode o Estado realizar a contratação, ou, ainda, na hipótese do Estado, também, não estar apto a gerir o sistema, a competência se deslocará, então, para a União.

Em observância ao princípio da regionalização dos serviços e da igualdade (no sentido de isonômica distribuição de serviços) pode o Poder Público, nos termos da deliberação do Conselho de Saúde, estabelecer critérios geográficos de localização, que inviabilizarão de concorrer aqueles que estejam situados fora da área carente de atendimento.¹⁷⁴

No tocante à responsabilidade por fatos decorrentes de atendimentos realizados pela rede de saúde pública, quer seja em unidades públicas ou estabelecimentos privados conveniados ou contratados pelo SUS, aplica-se a regra do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição.

Em relação ao atendimento pelo SUS de pessoas que possuem planos ou seguros de saúde, tanto o artigo 32 da Lei 9.656/98, quanto o artigo 2º. da Resolução do Consu 09 dispõem sobre a obrigação da

¹⁷⁴ Marlon Alberto Weichert, *Sistema Único de Saúde (SUS)- Características e sua inserção no contexto federativo*, p210.

operadora nos termos do artigo 1º da Lei 9.656/98 ressarcir os gastos efetuados pelo SUS, cumprindo assim um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, pois, caso contrário, os tributos recolhidos pelo Poder Público estariam sendo destinados a pagar por serviços contratados da iniciativa privada, que por sua vez se isentaria de prestá-lo, transferindo sua obrigação para o Estado, não obstante mantivesse o lucro; ou seja, estar-se-ia privilegiando um segmento da livre iniciativa, em detrimento das necessidades da população.

Ademais, conforme bem anotado pelo Procurador da República Marcelo Moscoliato¹⁷⁵, na medida em que os gastos com a saúde suplementar efetuados pelo consumidor são deduzidos do imposto de renda, estará este utilizando recursos financeiros que poderiam ser alocados para o SUS para custear um plano privado, motivo pelo qual não se justifica, em hipótese alguma, que a operadora deixe de reembolsar o SUS, caso este consumidor venha a ser atendido pelo sistema único de saúde.

Não há que se falar que tal cobrança fira o princípio da universalidade de atendimento, uma vez que do usuário não será cobrado

¹⁷⁵ Curso de Direito à Saúde, *Planos e Seguros de Saúde*, promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo em março de 2003 sob a Coordenação de Edson Antonio Miranda e Marcelo Moscoliato.

nada; entretanto, em hipótese alguma, é admissível que o poder público subsidie a atividade das operadoras de plano de assistência privada com fins de lucro, vedação esta Constitucional, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 199 da Constituição.

Diante dessa vedação, constata-se que qualquer forma de custeio público de ações contratadas com a iniciativa privada, ainda que respaldado pelo argumento do princípio da Universalidade que norteia o SUS, comumente invocado pelas operadoras de planos privados, implicaria em violação à regra constitucional anteriormente citada, dando margem a uma série de fraudes, através do exercício de uma atividade privada custeada pelo Poder Público, fenômeno usualmente designado pela expressão *“privatização do lucro e socialização o prejuízo”*.

Ademais, cumpre ressaltar que a Constituição prevê expressamente as hipóteses em que o ônus deve ser suportado por toda a sociedade, tal qual a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal; no caso ora em tela, a Constituição, inclusive, veda a dita *“socialização do prejuízo”*, que na realidade nada mais é do que o cumprimento da obrigação assumida pela empresa privada de oferecer o serviço ou a ação de saúde contratada.

Traçando um paralelo em relação à responsabilidade objetiva do Estado e a razão de ser para a adoção da responsabilidade objetiva prevista do Código de Defesa do Consumidor, consistente no equilíbrio entre as partes, a fim de proteger algumas espécies de direitos fundamentais, Ana Cláudia de Carvalho Pagano¹⁷⁶ considerando a hipossuficiência do indivíduo, tratando-se de prestação de serviços médicos em razão das especificidades dessa prestação de serviço que escapam à compreensão do leigo, somando-se ao fato de que havendo prestação de tais serviços por parte de pessoas jurídicas, considerando a relevância do objeto dessa prestação, sustenta que deve o Poder Público se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, no tocante à controvérsia da extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, em razão da ausência de remuneração, um dos requisitos necessários à configuração de uma relação de consumo, admite-se que não há como negar que a saúde pública, enquanto direito do cidadão e por ser custeada pelo contribuinte comporta a relação de consumo.

Nessa mesma linha de raciocínio é a lição de Rizzatto Nunes ao sustentar: “ *Para se estar diante de um serviço prestado sem remuneração será necessário que, de fato , o prestador de serviço não tenha, de maneira alguma, se*

¹⁷⁶ Ana Cláudia de Carvalho Pagano, *A Saúde Pública em face do Código de Defesa do Consumidor*, p. 89/90.

ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço não tenha cobrado o preço.”¹⁷⁷.

2.2.4.2 A iniciativa privada e a assistência à saúde mediante a obtenção de lucro

A Constituição, não obstante estabeleça no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, defere à iniciativa privada a liberdade de prestação de assistência à saúde mediante a obtenção de lucro, através da regra prevista no artigo 199.

A par disso, prevê, no artigo 197, que as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, motivo pelo qual impõe ao Poder Público a competência para “...dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle...” ratificando, assim, a idéia de que as ações e serviços de saúde são responsabilidade do Estado; entretanto, ainda no mesmo artigo, a Constituição previu que a execução de ações e serviços de saúde pode “... ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

¹⁷⁷ Rizzatto Nunes, *Curso de Direito do Consumidor*, p. 98.

Nestes termos, constata-se que de forma inequívoca a Constituição deferiu à iniciativa privada, quer seja por intermédio de pessoa física, quer por intermédio de pessoa jurídica, a possibilidade de prestação de serviços de saúde, mediante a obtenção de lucro.

Aparentemente há uma contradição no sistema de saúde traçado pela Constituição, na medida em que se reconhece que o objeto da prestação de serviço, qual seja a saúde, é direito de todos e dever do Estado, e por esse motivo, as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública.

Essa questão é passível de ser solucionada ante a aplicação dos princípios setoriais da seguridade social, bem como mediante mecanismos de regulamentação e fiscalização estatal desses serviços e ações, conforme será demonstrado nos capítulos subseqüentes.

É certo que será necessário discorrer a respeito do que se entende por serviços e ações de relevância pública, bem como no que consistem essa regulamentação e fiscalização por parte do Estado; entretanto, antes de ingressarmos nessa seara, passaremos a abordar o tema referente ao sistema de saúde suplementar que contrata diretamente com

uma clientela própria e presta a assistência à saúde mediante a obtenção de lucro.

A princípio cumpre observar que data de época recente a promulgação de Lei específica regulamentando a prestação de ações e serviços de saúde por parte da iniciativa privada; eis que apenas em 1998 com a promulgação da Lei 9.656 foi o assunto disciplinado, de forma que antes do advento dessa lei, as questões relativas às relações contratuais em termos de saúde eram submetidas à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Com o advento da Lei 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor passou a ser aplicado subsidiariamente no tocante às questões contratuais relativas à assistência privada à saúde.

O campo de abrangência da Lei 9.656/98 é bastante amplo, pois que, não obstante exclua a possibilidade de pessoa física operar os produtos denominados planos e seguros privados de assistência à saúde nos termos do parágrafo 4º. do artigo 1º. da Lei 9.656/98, o artigo 18 da citada lei em seu inciso I prevê que *“...qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o parágrafo 1º. desta Lei passa a ter*

*obrigações e direitos especificados, como impedir qualquer espécie de discriminação no atendimento de clientes das diversas operadoras com que esses prestadores de serviço possam contratar o atendimento de associados delas. Depois, que a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos, segundo o artigo 18, II, da Lei 9.656.*¹⁷⁸

Isto posto, evidencia-se que, embora às pessoas físicas tivesse sido vedada a operação dos planos e seguros-saúde, consta que também se submetem às disposições da Lei 9.656/98, juntamente com os demais sujeitos de sua disciplina que são as pessoas jurídicas de direito privado, que abrangem tanto as sociedades cooperativas (companhias ou de responsabilidade limitada, que explorem diretamente a atividade de planos de saúde, com instalações, pessoal e equipamentos próprios ou contratando com terceiros a disponibilidade de tais elementos da atividade, às seguradoras), como as seguradoras que explorem o ramo de seguros-saúde e as administradoras de plano de saúde, além das entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração, nos termos do parágrafo 2º. da citada lei e de outras sociedades e instituições que possam aparecer, dedicadas a essa atividade.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Maury Ângelo Bottesini e Machado, Mauro Conti, *Lei dos Planos e Seguros de Saúde, comentada e anotada*, p.28.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.27.

Cumprе ressaltar que, apesar de a lei possibilitar ao empresário do ramo de saúde suplementar com a *finalidade de lucro* organizar-se sob as vestes de uma pessoa jurídica, sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, ou ainda, conforme já dito, valer-se de uma cooperativa ou de uma entidade de autogestão, não se admite a utilização de uma microempresa, nem a constituição de uma sociedade civil sem fins lucrativos para a exploração do empreendimento.

Quanto ao produto cuja criação e comercialização a lei objetivou regulamentar, cumpre observar que, a princípio, foi delimitado pelo disposto no inciso I do artigo 1º, como sendo os Planos Privados de Assistência à Saúde, abrangendo nesse conceito a atividade das seguradoras; entretanto, no parágrafo 1º. do artigo 1 da citada lei “...menciona a possibilidade de que outros produtos, além daquele conceituado pelo inciso I, sejam oferecidos pelas operadoras de planos de assistência à saúde.”¹⁸⁰ demonstrando assim que a “conceituação inicial não é exaustiva ...”¹⁸¹

Definidos o campo de abrangência da lei e o produto, objeto da regulamentação, passaremos a analisar os avanços na regulamentação da proteção da saúde introduzidos pela Lei 9656/98.

¹⁸⁰ Ibid.,p.31.

¹⁸¹ Ibid.,mesma página.

A primeira inovação consagrou o princípio da integralidade também em matéria da saúde suplementar, na medida em que o artigo 10 prevê a obrigatoriedade de cobertura “... das doenças listadas na *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde*,...”

Antes da promulgação da citada lei, conforme dito anteriormente, tanto a doutrina como a jurisprudência se pautavam pela aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) para dirimir os litígios, e com base na regra prevista no artigo 51, IV do CDC, em várias ocasiões, já havia sido considerada ilegal a cláusula de exclusão de cobertura de algumas moléstias.

Nesse sentido é o entendimento da jurista Ada Pellegrini Grinover:

*“Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor”*¹⁸²

¹⁸² Ada Pellegrini Grinover et al, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p.411.

A segunda novidade foi a consagração do Princípio da Universalidade de acesso à assistência privada à saúde. Citado princípio que passou a vigorar, também, em relação à saúde suplementar, decorre da combinação do teor do artigo 11(que garante a contratação de ações ou serviços privados de saúde aos portadores de doenças preexistentes), com o artigo 14(que garante a qualquer pessoa, independentemente da idade ou do fato de ser portador de deficiência, o direito de contratar planos ou seguros de saúde, ambos da Lei 9656/98).

É conveniente verificar que a expressão deficiente empregada pelo legislador abrange tanto as deficiências físicas quanto as psíquicas, bem como os problemas decorrentes das condições de superdotados ou , ainda, dos hiperativos, que a rigor não têm um *déficit* ,mas um *plus*, e até mesmo aqueles que sofram em razão de um vício.¹⁸³

A resolução Consu 14, de 4.11.1998 dispõe sobre a cobertura em relação às lesões e às doenças preexistentes (definidas estas pela Resolução Consu 02,de 4.11.1998), bem como a respeito dos prazos de carência nessa hipótese.

¹⁸³Maury Ângelo Bottesini e Machado, Mauro Conti ,*Lei dos Planos e Seguros de Saúde ,comentada e anotada*, p 109/110.

As restrições contratuais, muito comuns antes da regulamentação da atividade de prestação de serviço de saúde suplementar, afrontavam não só o princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) - ao negar-se a possibilidade de aliviar as angústias e aflições decorrentes de uma doença em um idoso, ou ainda de problemas de locomoção em uma pessoa portadora de uma deficiência física, ou ainda dores físicas decorrentes dessa mesma dificuldade para locomover-se, ou ainda de um doente mental que não pudesse ser assistido e aliviar os sintomas de sua doença -, mas também o direito à vida(artigo 5º, *caput* da Constituição Federal), nas hipóteses em que a ausência de assistência médica pudesse ensejar a morte dessas pessoas.

A terceira inovação é a referente à oferta do produto, sob uma modalidade básica, destinada a atender a uma demanda grande de pessoas de menor poder aquisitivo ou de menor carência por serviços e assistência médica, quer em razão de maior e melhor oferta de condições ambientais, sanitárias, bem como maior oferta de serviços públicos de assistência médico-hospitalar e de pronto-socorro, ou ainda pelo fato do público alvo desse plano ser mais jovem.

Essa modalidade básica de prestação de serviço privado de saúde, que foi denominada pelo legislador de plano-referência, assegura

ao usuário um mínimo de serviços, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, nos termos do artigo 10 da Lei 9656/98- prevista a obrigatoriedade nos termos do parágrafo 2º. do citado artigo- e da Resolução Consu n 10, de 4.11.1998.

*“O plano-referência é o produto sem cuja oferta à contratação nenhuma operadora ou administradora poderá obter o registro para funcionar legalmente. Diz o parágrafo 2º que todas as operadoras e administradoras oferecerão obrigatoriamente, o plano-referência a todos os seus atuais e futuros consumidores, exceção feita apenas às que operam com autogestão e àquelas que operam exclusivamente planos de assistência odontológica”.*¹⁸⁴

A par do plano-referência introduzido pelo artigo 10, a lei facultou aos fornecedores que atuem em diversos segmentos, expressão esta que nos termos do inciso I do artigo 2º da Resolução Consu 02, significa modalidades ou espécies de planos, e que segundo a regra que deflui do artigo 12 da Lei 9656/98 consistem nos planos *ambulatorial, de internação hospitalar, de atendimento obstétrico e de atendimento odontológico* que podem ser oferecidos de forma isolada ou combinados, por exemplo, plano hospitalar com ou sem obstetrícia, etc.

¹⁸⁴Ibid., p 56.

*“...As modalidades de planos de saúde e de seguros que este artigo afirma possíveis correspondem a uma enumeração estanque, taxativa, sem deixar respiradouro para que as seguradoras e operadoras registrem e ofereçam produtos híbridos, com características parciais de cada modalidade.É certo , contudo , que os produtos básicos, que poderiam ser denominados como produtos típicos , podem ser acrescidos de outros atributos e vantagens, além do mínimo de cada espécie, para efeito de comercialização.”*¹⁸⁵

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Prof. Luiz Antônio Rizzatto Nunes, ao afirmar: *“ O relevante é que podem oferecer pacotes que, se adquiridos somados, custem menos do que se obtidos isoladamente(...) a oferta casada, nestes termos, não viola a legislação protecionista do consumidor, uma vez que é legal e plenamente justificável dentro da sistemática da lei que obriga outras ofertas, como a do plano-referência.”*¹⁸⁶

Vidal e Yolanda Serrano explicam a legalidade dessa oferta casada, esclarecendo que o Código de Defesa do Consumidor não proíbe a oferta casada desde que, também, sejam disponibilizados individualmente os produtos objetos da promoção.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ibid.,p 95/96.

¹⁸⁶ Rizzatto Nunes, *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*, p.42.

¹⁸⁷ Vidal Serrano Nunes Junior e Yolanda Alves Pinto Serrano, *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*, p.39.

É fundamental relembrar que para cada um desses planos segmentados, a lei estabeleceu exigências mínimas, como cobertura em número ilimitado para o plano ambulatorial (artigo 12, I “a” da Lei 9656/98) ou cobertura de internações sem limitação de prazo (artigo 12, II “a” da Lei 9656/98).

A limitação de consultas e de internações, prática contratual comum por parte das operadoras já vinha sendo considerada ilegal pela doutrina e jurisprudência, com base no artigo 51 do CDC antes da promulgação da Lei 9656/98.

Nesse sentido:

“CONVÊNIO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR- Cláusula contratual que prevê o limite de cinco dias para internação na UTI- Inadmissibilidade – Criação de vantagem exagerada para o convênio com restrição do direito do conveniado-Decretada a nulidade da restrição.” (Ap. 265.470-2/5-TJSP – 9ª.CâmCiv –j. 26.10.1995- Dês.Celso Bonilha).

A quarta inovação refere-se à limitação do prazo de carência prevista no artigo 12, inciso V da lei, bem como a proibição de recontagem de carência em decorrência de vencimento do contrato ou atraso no pagamento, regra que deflui do artigo 13, I do mesmo diploma legal; na

hipótese relativa ao atraso também se baseia na portaria 04/98 do Ministério da Justiça.

A limitação do prazo de carência para o máximo de cento e oitenta (180) dias como regra geral, à exceção dos partos a termo, cujo prazo de carência é de trezentos (300) dias, das coberturas dos casos de urgência e emergência, cujo prazo de carência é de vinte e quatro (24) horas, e nos casos de doenças preexistentes, cujo prazo é de vinte e quatro (24) meses, nos termos do artigo 11, foi uma medida muito salutar, eis por que o IDEC “... já encontrou planos de saúde em que certos procedimentos tinham carência de 36 meses, enquanto o contrato, curiosamente, era de apenas 12 meses...Ou seja o consumidor poderia deixar o plano , ao final do contrato , sem nunca ter o direito de usufruir certo benefícios.”¹⁸⁸

Antes da promulgação da Lei de Planos de Saúde, essa prática de carência por dia de atraso no pagamento já era vedada pelo CDC por exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (artigo 39, V) e por estabelecer ao consumidor obrigações consideradas abusivas e exageradamente desvantajosas (artigo 51, IV), além de tal entendimento já ter sido pacificado na jurisprudência.

¹⁸⁸ Planos de saúde, *guia do consumidor*, p.12.

A quinta inovação importante refere-se à proibição de rescisão unilateral do contrato (que será abordada sob o ponto de vista de resolução do contrato por parte das operadoras ou seguradoras, nos termos do artigo 13, II e III da lei), “*salvo por fraude ou por não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência*”, desde que o titular e os dependentes não estejam internados, eis que segundo ensina Rizzatto Nunes, a Lei 9656/98 foi elaborada para proteger os consumidores dos serviços privados de saúde, sejam estes titulares ou dependentes.¹⁸⁹

Essa também é a posição de Adalberto Pasqualotto que afirma: “*...a restrição contraria ao conceito básico de consumidor, que é aquele que adquire ou utiliza produtos ou serviços (art. 2º caput do CDC). Os dependentes são usuários do plano ou seguro contratado pelo titular. São consumidores de igual hierarquia, impondo-se a igualdade de tratamento.*”¹⁹⁰

Antes da promulgação da lei, a prática comum de “*expulsão*” daqueles consumidores que apresentassem muitos problemas de saúde, ou que atingissem idade avançada, era coibida pela regra do inciso IV do artigo 51 do CDC. Eis que se evidenciava o caráter de desvantagem

¹⁸⁹ Rizzatto Nunes, *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*, p.53.

¹⁹⁰ Adalberto Pasqualotto, *Saúde e responsabilidade. Seguros e Planos de Assistência privada à Saúde*, p.63.

exagerada em que o consumidor era colocado, bem como a má-fé por parte da operadora ou seguradora que, após cobrar do consumidor durante anos as mensalidades do plano de saúde, e tê-lo submetido a cumprir todos os períodos de carência, vinha surpreendê-lo pelo anúncio de que seu contrato seria rescindido, deixando de com isso oferecer a contra-prestação quando o usuário mais necessitava, ou seja, não cumprindo sua obrigação no contrato, pois quando o pagamento implicasse em necessidade de utilização dos serviços, o negócio deixava de ser interessante sob o ponto de vista financeiro.

A sexta inovação importante, refere-se à restrição de credenciamento de entidades hospitalares prestadoras de serviços, prevista no artigo 17 da lei.

Citada restrição, ao estabelecer a vinculação dos contratados e referenciados, pretendeu viabilizar “...a criação de uma rede estável de contratados, credenciados e referenciados, como meio de evitar os sofrimentos óbvios do cliente de um plano de saúde que forma um ciclo de médicos em que adquire a confiança e dos quais se torna bastante próximo, fenômeno que a técnica médica denomina *longitudinarity*. Isto é conveniente para um melhor atendimento , que seria prejudicado se de repente, sem maiores explicações, aquele médico fosse descredenciado

*pela ruptura do contrato que mantinha com a operadora ou seguradora, provocando uma mudança no atendimento habitual”.*¹⁹¹

O professor Rizzatto Nunes comenta a questão, apontando a sua gravidade, tendo em vista que pode repercutir de forma negativa no tratamento de saúde. Vejamos:

*“A questão é bastante grave e relevante, porque o consumidor, ao escolher e ingressar num plano de saúde avalia os serviços conveniados e credenciados e deles se utiliza, utilização essa que o acaba vinculando. Primeiro nos casos em que, por motivo de doença que exija acompanhamento, o atendimento passe a ser constante. Depois, porque, ainda que de forma eventual, o consumidor pode querer retornar ao mesmo médico, hospital, etc. que já o recebeu antes, tem seu histórico e pode fazer seu acompanhamento pessoal. Em termos de saúde isso é importante”.*¹⁹²

Ademais, Rizzatto Nunes destaca que a escolha por locais de atendimento médico-hospitalar próximo à residência ou local de trabalho é de suma importância em caso de urgência ou emergência.

A gravidade da questão foi considerada pela lei (parágrafo 2º do artigo 17) que previu que estando o usuário internado, e havendo substituição do estabelecimento hospitalar nos termos admitido

¹⁹¹Maury Ângelo Bottesini e Machado, Mauro Conti, *Lei dos Planos e Seguros de Saúde, comentada e anotada*, p.128.

¹⁹² Rizzatto Nunes, *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*, p.68.

pelo parágrafo 1º do artigo 17, fica o estabelecimento obrigado a manter a internação e a operadora, a arcar com os custos.

Entretanto, conforme se constata da análise do parágrafo 1º do artigo 17, a substituição de estabelecimento é admitida desde que seja oferecida equivalência dos serviços prestados. A competência para aferir esse requisito legal de equivalência foi conferida à ANS, que deve ser comunicada pela operadora com trinta (30) dias de antecedência, mesmo prazo estabelecido para a comunicação do usuário.

O professor Rizzatto Nunes sustenta que a expressão comunicação à ANS deve ser compreendida no sentido de pedido de autorização¹⁹³, eis que, caso contrário, seria inócua. Esse entendimento vem ao encontro da regra, segundo a qual compete à ANS aferir a equivalência dos serviços prestados.

Algumas substituições podem ensejar o rompimento do contrato, caso as modificações prejudiquem o usuário, ou ainda tornem desinteressante a manutenção do contrato, circunstâncias essas que devem ser comprovadas.¹⁹⁴

¹⁹³ Ibid., p.69.

¹⁹⁴ Maury Ângelo Bottesini e Machado, Mauro Conti, *Lei dos Planos e Seguros de Saúde, comentada e anotada*, p.129/130.

A sétima inovação refere-se ao direito conferido ao trabalhador e seu grupo familiar, entendendo-se como tal o conjunto de dependentes e agregados de manterem a condição de beneficiário do plano ou do seguro-saúde coletivo, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozavam quando da vigência do contrato de trabalho, desde que o titular assuma o pagamento integral.

Esse direito assegurado nos termos do artigo 30 da lei é denominado pela doutrina de filiação temporária.¹⁹⁵

São destinatários desse direito, segundo a doutrina, tanto os empregados, como os trabalhadores terceirizados sem vínculo empregatício, os trabalhadores avulsos e também os sócios das empresas da firma estipulante do seguro ou do plano de assistência, que venham a se desligar da sociedade por qualquer motivo, bem como os dependentes e agregados destes; isto porque, tanto as regras de isonomia decorrente do tratamento deferido aos consumidores em nosso ordenamento jurídico, como as normas constitucionais-sociais de proteção à saúde, tais quais as regras previstas nos artigos 5º, 6º, 7º, 196 e 225, que estabelecem que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, “...impedem tratamento discriminatório em razão da natureza jurídica do vínculo que tenha permitido ou motivado a filiação e o

¹⁹⁵ Ibid.,p.212.

desligamento do usuário, seus dependentes e agregados ao plano ou seguro privado de assistência à saúde, estipulado pela empresa.”¹⁹⁶

A lei estabeleceu como fato gerador do direito de filiação temporária a rescisão contratual sem justa causa, devendo-se entender abarcada nessa rescisão contratual tanto a demissão como a exoneração, ambas sem justa causa.

Essa interpretação literal não se mostra a mais adequada, já que o bem tutelado é a saúde e, ainda que o empregado tenha sido demitido por justa causa, não se admite que a sanção trabalhista tenha o condão de atingir a proteção da saúde do trabalhador, ou pior, de seus dependentes ou agregados, motivo pelo qual o Professor Rizzatto Nunes, dentre outros doutrinadores, assegura que o direito de filiação temporária se estende ao empregado demitido por justa causa, como àquele que pede demissão¹⁹⁷, ou ainda àqueles que aderem aos Planos de Desligamento Voluntário, os PDV,¹⁹⁸ uma vez que, conforme destaca o autor, o *tél*os da norma é garantir a continuidade do contrato preexistente ao término da relação empregatícia.

¹⁹⁶ Ibid., p.209/211.

¹⁹⁷ Rizzatto Nunes, *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*, p.84.

¹⁹⁸ Maury Ângelo Bottesini e Machado, Mauro Conti, *Lei dos Planos e Seguros de Saúde, comentada e anotada*, p.211.

A denominação direito de filiação temporária decorre do fato de que a lei no parágrafo 1º do artigo 30 estabeleceu que o tempo de manutenção da condição de beneficiário, depois de rompida a relação de trabalho que ensejou a contratação do plano ou seguro coletivo, corresponde a *um terço do tempo de permanência nos produtos*, o que equivale a dizer que é um terço do tempo em que esteve filiado ao plano de saúde coletivo empresarial, sendo 6 meses o piso de tempo de manutenção e 24 meses o teto; cumprindo observar que, em relação ao piso, não é necessária a filiação por 18 meses para garantir o direito de 6 meses de manutenção; por exemplo, um único mês de filiação já assegura o direito do piso, enquanto que em relação ao teto, o fato de o beneficiário haver ultrapassado 72 meses de filiação não lhe assegura tempo superior a 24 meses de manutenção da condição de beneficiário.

A oitava inovação pautou-se por cumprir a disposição constitucional de proteção ao idoso prevista no artigo 230 da Constituição Federal, que de forma implícita dispôs sobre a proteção específica da saúde dos indivíduos em idade avançada.

Louvável a inovação introduzida por força do artigo 31 da lei infraconstitucional, porque a manutenção dos benefícios de cobertura assistencial, nas mesmas condições da cobertura de que gozava quando da

vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral, reforça a regra prevista no artigo 14 do mesmo diploma legal que proibiu que os planos privados de assistência à saúde impedissem a participação de pessoas em razão de idade ou de deficiência física.

As mesmas considerações feitas em relação ao direito de filiação temporária aplicam-se em relação ao direito do aposentado previsto pelo artigo 31, com as devidas adaptações necessárias à adequação à hipótese versada no citado artigo.

O requisito temporal para a manutenção na condição de beneficiário por tempo indeterminado é a contribuição para planos de saúde pelo prazo mínimo de 10 anos, não importando se a contribuição foi feita para um único plano, de uma única operadora ou para vários planos distintos, também não importando o fato de ter havido ou não interrupção da contribuição.

Os dependentes e agregados dos aposentados também mantêm o direito à cobertura, enquanto ostentarem a condição de dependente ou agregado.

Àqueles que contribuíram para planos por período inferior foi assegurada a manutenção como beneficiário do plano por período proporcional ao do tempo de contribuição, à razão de um ano para cada ano de contribuição (artigo 31, parágrafo 1º).

A par dos avanços conquistados pela promulgação da Lei 9.656/98, há que se atentar para o retrocesso advindo de alguns de seus dispositivos legais, que no entender dos consumidores, que se manifestaram através de suas entidades de defesa, diminui a proteção assegurada por entendimento jurisprudencial já consolidado.

Passaremos a analisar os aspectos da Lei 9.656/98 criticados pela doutrina, valendo-nos da mesma sistemática adotada para arrolar os avanços advindos da sua promulgação, ou seja, analisaremos os temas na sequência legal.

Assim, o primeiro tema que passaremos a analisar refere-se à elevação do preço das mensalidades resultantes da criação do contrato-referência previsto no artigo 10 da citada lei, que, por ser um plano completo, apresenta um alto custo, tornando-se assim uma garantia formal, na medida em que é inacessível à maioria dos consumidores, motivo pelo

qual Pasqualotto, a exemplo de outros doutrinadores, temem o efeito desse dispositivo.

O argumento invocado pelas empresas que atuam no ramo suplementar da saúde, no sentido de que a lei ao prever no artigo 12 outras espécies de contratos de saúde deferiu ao consumidor a liberdade de optar pelos produtos mais baratos que são os planos segmentados, não tem o condão de tornar viável o direito que se buscou tutelar ao exigir a oferta de um plano-referência que, na realidade, é o único compatível com a real proteção ao direito à saúde.

O segundo retrocesso a ser destacado decorre da redação do artigo 10 da lei, pois, não obstante a análise do caput do artigo 10 combinado com o teor do artigo 11 e 12 demonstre que o legislador adotou o princípio da integralidade para pautar as relações de consumo relativas à saúde suplementar, uma vez que o caput do artigo 10 estabeleceu a cobertura obrigatória de todas as doenças listadas na CID (Classificação Internacional de Doenças); o artigo 11 tenha proibido a exclusão de coberturas e lesões preexistentes; o artigo 12 tenha proibido a restrição de números de consultas ou de exclusão de tratamentos, serviços ou procedimentos ambulatoriais, bem como tenha sido proibida a restrição de internação por prazo, quantidade ou valor, e ainda proibido a recusa de qualquer cobertura

necessária ao tratamento do consumidor, o artigo 10 em seus incisos estabelece exceções, ou seja, viabiliza a exclusão de coberturas e determina que tanto a amplitude das mesmas, como de transplantes e de procedimentos de alta complexidade sejam regulamentados por norma da ANS, anteriormente pelo Consu.

Nos termos do artigo 35-A da Lei 9656/98, o “...CONSUL (Conselho de Saúde Suplementar) é um órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competências para:

I- estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar;

II-aprovar o contrato de gestão da ANS;

III-supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS;

IV-fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre:

a) aspectos-econômicos-financeiros;

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas;

c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima;

d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em

bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores;

e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras;

V-deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Parágrafo único - A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.”

Depreende-se da análise do dispositivo ora transcrito que o Consu é um... *“órgão de formulação das políticas públicas de saúde, de supervisão , de assessoria e de consulta, integrado à estrutura do Ministério da Saúde(...)direcionando as ações da Agência Nacional de Saúde e sobrepondo-se a esta.”*¹⁹⁹. Em suma, controla e fiscaliza a atuação da saúde suplementar.

Esse controle é exercido pelo poder regulamentar conferido a esse órgão; conforme entendimento de Maury Bottesini e Mauro

¹⁹⁹ Ibid.,p.253/254.

Machado perigosas são as atribuições conferidas ao Consu pela regra do inciso IV do artigo 35 da citada lei, pois que, em decorrência dessa competência legal, tanto a “... ANS como o Consu vêm legislando extraordinariamente, quase sem controle, a não ser pelas próprias operadoras e seguradoras, às quais se dirige a maior parte dos regulamentos baixados por meio de Resoluções. Os usuários dos planos e seguros privados de assistência à saúde não são alertados para as normas regulamentares, a não ser alguns poucos itens divulgados na imprensa, de modo que se trata de leis dadas a conhecer a restrito universo de interessados, enquanto o grosso dos usuários não tem acesso a esse sistema regulamentar, o que impossibilita uma fiscalização a retalho da atuação das operadoras de planos e seguros.”²⁰⁰

Ademais, quanto ao poder regulamentar (resoluções) conferido ao Consu, cumpre ressaltar que não pode exorbitar os limites da lei, visto que em nosso ordenamento jurídico não se admite a existência de regulamento autônomo, em observância ao princípio da legalidade decorrente do Estado de Direito.

Nesse sentido, é a lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “O poder regulamentar (...) é ato normativo secundário, pois depende de lei. Sem ela, não teria existência.”²⁰¹

²⁰⁰ Ibid.p.254.

²⁰¹ Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p.287.

Considerando o que foi exposto, percebe-se, conforme apontado por Patrizia Dallemule,²⁰² que a Resolução n 10, do Consu, exorbitou de seu poder regulamentar ao dispor que os transplantes à exceção de córnea e rim, compõem o rol dos procedimentos médicos excluídos do plano hospitalar, ampliando assim uma hipótese de exceção prevista pela lei, através de um regulamento.

Confirmando a tendência apontada por Patrizia Dallemule, no sentido de que não raro as “...resoluções do Consu vêm exorbitando os limites do poder regulamentar, ferido o princípio constitucional da legalidade.”²⁰³, fica claro que o terceiro retrocesso decorreu do fato de que o Consu também exorbitou de seu poder regulamentar, ao dispor na Resolução n . 13 sobre a assistência médica nos casos de urgência e emergência, conforme será demonstrado.

Antes de analisarmos a questão regulamentar, cumpre esclarecer que os conceitos de emergência e urgência não se confundem. Segundo o critério legal estabelecido pelo artigo 35-C, atendimentos de emergência são aqueles que implicam em risco imediato de vida ou lesões

²⁰² Patrizia Bonfá Martucci Dallemule, *A nova regulamentação dos planos privados de assistência à saúde sob o enfoque da proteção ao consumidor*, p.65 e 67.

²⁰³ Ibid.,p. 66.

irreparáveis para o paciente, e são caracterizados por declaração do médico assistente; e atendimentos de urgência são aqueles resultantes de acidentes pessoais ou complicações no processo gestacional.

Definidos os conceitos de urgência e emergência, cumpre confrontar o teor da Resolução n 13 com o teor do artigo 12,V, “c”, eis que ambos dispõem a respeito de atendimento em casos de urgência ou emergência.

O artigo 12 V, “c”, buscando tutelar o direito à saúde, estabeleceu o prazo de carência de apenas 24(vinte e quatro) horas para esses atendimentos e, no *caput* do artigo 35- C, previu a obrigatoriedade da cobertura para atender tais casos.

Depreende-se da análise da Lei 9656/98 que a intenção foi ampliar esse dever, igualmente, aos casos de emergência que, embora não designem situações de atendimento imediato, trazem em si a idéia de perigo, o que justifica a tutela.

Assim sendo, comprova-se que a regra prevista no parágrafo único do artigo 35-C, ao deferir competências para a ANS publicar normas regulamentares a respeito do atendimento de urgência ou

emergência, tinha por escopo detalhar a tutela legal, a fim de viabilizar maior eficácia no atendimento desses casos.

Ocorre que, conforme já tratado nesse trabalho, antes da criação da ANS, esse poder de regulamentação competia ao Consu, que, por sua vez, ao expedir a Resolução n 13, ao invés de assegurar o direito previsto pela lei, trouxe limitações à cobertura dos casos de urgência e emergência, contrariando o teor da lei.

A citada resolução determinou que, tanto em caso de emergência como de urgência, seja o plano ambulatorial ou hospitalar, estando o consumidor em período de carência, fará jus à cobertura, apenas das primeiras 12 (doze) horas de atendimento, excluindo a cobertura para internação.(artigos 2º e 3º e parágrafo 1º respectivamente da Resolução n 13 de 4.11.1998).

Cumpre ressaltar que somente parte da regulamentação, advinda da citada resolução, não feriu a tutela legal, ao repetir parte do dispositivo legal e estabelecer que, tratando-se de atendimento de urgência, decorrente de acidente pessoal, em plano ou seguro do segmento hospitalar, não haverá restrições, após decorridas 24 (vinte e quatro) horas de vigência do contrato (artigo 2º.,parágrafo 2º. da Resolução n 13). Mas, por outro

lado, nada acresceu no sentido de incrementar a proteção legal. Ademais, verifica-se da análise desse dispositivo que tal proteção foi restrita, nessa hipótese, tão somente às pessoas que possuam planos ou seguro do segmento hospitalar, além de restringir o conceito de urgência que fará jus a essa tutela, por ter excluído a hipótese de complicações no processo gestacional, remetendo as pessoas que se encontrem nessa situação às mesmas regras previstas nos artigos 2º. e 3º. parágrafo 1º. da citada resolução).

O quarto ponto que pode ser indicado como retrocesso advindo com a promulgação da Lei 9656/98 foi a regra prevista no artigo 13, III. Apesar de ter restringido a possibilidade de rescisão unilateral do contrato às hipóteses de fraude ou inadimplência por período superior a sessenta dias consecutivos ou não, bem como proteger o consumidor que se encontrasse internado, proibindo a suspensão ou rescisão contratual unilateral, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação, tornou o dispositivo injusto ao se referir apenas ao titular do plano.

O dispositivo em análise, aparentemente, através de uma interpretação literal, induz à idéia de que *“...a internação de algum dos dependentes do titular não impediria a resolução do contrato, o que levaria a imediata assunção do encargo pelo titular inadimplente, ou na imediata desinternação do dependente, se não houver outra instalação hospitalar acessível ao paciente.”*

²⁰⁴Entretanto , por meio de uma análise sistemática, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor interpretado à luz da Constituição, conclui-se que “... isto , sabidamente, é ilegal e não pode ser feito , pena de responsabilidade porque não pode haver tratamento discriminatório dos usuários dos planos de saúde, sejam eles titulares ou dependentes do titular.”²⁰⁵

O quinto problema decorrente da Lei 9656/98 refere-se à autorização legal de mudança de preço por faixa etária, não obstante alguns doutrinadores, a exemplo de Rizzatto Nunes, Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado entendam que não há que se falar em reajuste, pois, na realidade, a lei estaria estabelecendo “..um produto – tipo de contrato- para cada faixa etária, que é determinante do preço das mensalidades dos planos e dos seguros-saúde.”²⁰⁶, configurando “...a continuação do contrato anterior com a estipulação do novo valor da mensalidade, sem que isso possa implicar obtenção de receitas adicionais, mediante a readequação das contraprestações pecuniárias em decorrência da aplicação dos parâmetros e critérios de variação de faixa etária estabelecidos na Resolução RDC 06, art.5º., infra.”²⁰⁷

Em que pese a veracidade das ponderações feitas pela doutrina, não há como afastar a razão daqueles que criticam a possibilidade

²⁰⁴ Maury Ângelo Bottesini e Machado, Mauro Conti, *Lei dos Planos e Seguros de Saúde ,comentada e anotada*, p .106.

²⁰⁵ Ibid., mesma página.

²⁰⁶ Ibid.,p.102.

²⁰⁷ Ibid.,p.113.

fática de alteração de valor da mensalidade do plano de saúde, que nos termos autorizado pelo Consu, deve estar adstrita a observância de sete faixas etárias, a saber:

- até 17 anos;
- de 18 a 29 anos;
- de 30 a 39 anos;
- de 40 a 49 anos;
- de 50 a 59 anos;
- de 60 a 69 anos;
- de 70 anos em diante.

O regramento, tomando por base as sete faixas etárias, procurou coibir o *“impasse criado pelos reajustes unilaterais impostos pelas operadoras e seguradoras, por meio dos quais elas se livravam dos clientes mais onerosos, como os idosos, ao fim de um pequeno período de controle individual em que observavam se o custo dos serviços utilizados por ele eram iguais aos maiores que o valor da mensalidade.”*²⁰⁸. No entanto, considerando que o Consu permitiu que as empresas distribuíssem os percentuais de aumento como bem entendessem, desde que observado o parâmetro estabelecido de que a variação de preço entre a primeira faixa (de 0 a 17 anos) e a última (de 70 anos em diante) pudesse ser de, no máximo, seis vezes, tem-se que se

²⁰⁸Ibid., p.113.

facultou às empresas impor aumentos menores nas primeiras faixas etárias, de modo a reservar os maiores percentuais para as idades mais avançadas, permitindo assim indiretamente “...a perpetuação da velha prática de expulsão dos idosos do plano, uma prática discriminatória e , portanto , ilegal.Então, a Justiça será o único caminho...”²⁰⁹.

É evidente que a prática da expulsão dos idosos do plano, ainda que de forma indireta, mediante um aumento maior para essa faixa etária, caracteriza prática discriminatória, tanto ilegal como inconstitucional, ante a ofensa ao Estatuto do idoso, que regulamenta a proteção constitucional ao idoso, inclusive, em matéria de saúde.

O Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003) proíbe, no parágrafo 3º do artigo 15, a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade; motivo pelo qual Wladimir Novaes Martinez afirma que “Na condição de *factum principis*, a disposição refere-se aos contratos vigentes e futuros, devendo os matemáticos assistentes de cada um deles promover, no regime financeiro do mutualismo, distribuição de encargos entre os demais participantes para atender ao ditame legal...”²¹⁰

²⁰⁹ IDEC.*Planos de Saúde-guia do consumidor*, p.21.

²¹⁰ Wladimir Novaes Martinez, *Comentários ao Estatuto do Idoso*, p.60.

Considerando que o Estatuto do Idoso é lei posterior à dos planos de saúde, e principalmente por ser lei específica, tem-se que revoga os dispositivos, referentes aos idosos, contrários previstos na lei da saúde suplementar.

A inconstitucionalidade da discriminação praticada contra os idosos em razão de aumento de preço, em virtude da faixa etária, decorre do fato de que o preceito jurídico somente pode ser fundamentalmente concebido, plenamente, quando se parte da totalidade da Constituição política²¹¹, isto porque, conforme ensina Eros Grau, os textos de direito não podem ser interpretados isoladamente, mas sim em face do direito como um todo.²¹²

Depreende-se da análise do texto constitucional que foi conferida proteção especial aos idosos nos termos do artigo 230, e em especial em relação à vida, da análise dessa regra, interpretada à luz dos valores constitucionais a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana; infere-se ainda que se torna evidente que qualquer discriminação do idoso em matéria de saúde ofende ao princípio da igualdade, implicando em discriminação inconstitucional.

²¹¹ Hermann Heller. *Teoria del Estado*. Trad de Luís Tobío. México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p.274.

²¹² Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO*, p.121.

Nesse sentido é o entendimento do Idec ao sustentar: “... Essa prática é ilegal, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º, I, VI, 6º, IV, 51, XV, parágrafo 1º, I a III), e também inconstitucional, por ser nitidamente discriminatória.”²¹³

Por outro lado, cumpre observar que o parágrafo único do artigo 15 trouxe uma regra de proteção aos idosos com mais de sessenta anos ao isentá-los da variação das contraprestações; entretanto, limitou essa proteção àqueles que participarem do plano por mais de dez anos, excluindo os demais consumidores idosos que possuam tempo de contribuição inferior.

Ainda em relação à regra do parágrafo único do artigo 15, cumpre ressaltar que, nos termos da Resolução Consu n 06, a contagem de 10 anos, “... deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independentemente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada a sucessão.”²¹⁴

Importante, ainda, observar que a expressão consumidor nos termos da Lei 9656/98 “compreende também os dependentes e agregados aos planos e seguros...”, motivo pelo qual a proteção prevista no parágrafo único

²¹³ IDEC, *Planos de Saúde*, 2002, p.33.

²¹⁴ Redação do parágrafo 2º do artigo 2º da Resolução Consu 06.

do artigo 15 abrange além do titular idoso, também dependentes ou agregados.

O sexto aspecto negativo da Lei é o referente à questão da constitucionalidade do artigo 35-E, eis que não obstante a louvável intenção do legislador de submeter os contratos antigos às normas protetivas da Lei 9656/98, tal determinação violou a garantia constitucional do ato jurídico perfeito, previstas no artigo 5º.XXXVI, da Constituição Federal.

Tal garantia constitucional ostenta a condição de cláusula pétrea, ou seja, sequer uma emenda constitucional pode atingir um ato jurídico perfeito, isto porque conforme ensina Luiz Guilherme de Andrade V. Loureiro: *“A irretroatividade da lei, portanto, é corolário necessário para a segurança das relações jurídicas e para a paz social. Neste contexto, os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei 9656/98(05.06.98) não podem ser atingidos por suas disposições, uma vez que constituem atos jurídicos perfeitos e acabados, celebrados segundo as regras então vigentes e que correspondem, em tese, à vontade das partes.”*²¹⁵

Segundo o Idec: *“... Para os consumidores desses planos firmados antes de 1999, não incide a nova legislação composta pela lei, pelas medidas provisórias e pelas resoluções do Consu e da ANS, com exceção de algumas regras*

²¹⁵Luiz Guilherme de Andrade V. Loureiro, *Seguro saúde (Lei 9656/98)*,p.208.

importantes que valem para todos...”, pois os contratos antigos embora continuem sob o regime do Código de Defesa do Consumidor são beneficiados pela definição legal de proteção ao consumidor de saúde, estabelecida especificamente por meio da Lei 9656/98; eis por que a Lei 9656/98 não inovou o ordenamento jurídico, apenas especificou a proteção já conferida pelo Código de Defesa do Consumidor por meio de normas gerais.

Nesse sentido é o entendimento de Cláudia Lima Marques:

*“Para os contratos anteriores, pois, vige apenas o Código de Defesa do Consumidor, mas sob a luz do que agora foi positivado legalmente abusivo (limitações, cláusulas de exclusão muito amplas, como a de doenças pré-existentes, aumentos desmesurados e não informados face a idade, etc.)....”*²¹⁶

Assim, segundo o Idec²¹⁷, as novas regras estabelecidas pela Lei 9656/98 que também valem para os contratos antigos são:

a) Clareza nos contratos, pois o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 46 exige que os contratos que regulam as relações de consumo sejam redigidos em termos claros, de maneira que a nova lei, apenas, veio reforçar essa regra geral de proteção ao consumidor;

²¹⁶ Claudia Lima Marques et al, *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*, p 118/119.

²¹⁷ IDEC, *Planos de Saúde*, p.15/19.

b) Proibição do cancelamento do contrato pela empresa, pois o Código de Defesa do Consumidor proíbe tal prática com base no artigo 51, XI do CDC;

c) Necessidade de autorização da ANS para a implementação de aumentos; tal regra tem o intuito de coibir a cobrança de aumentos abusivos;

d) Proibição da interrupção da internação;

e) Proibição de recontagem de carência por dia de atraso do pagamento.

Regina Parizi, presidente do Conselho Regional de Medicina de São Paulo-Cremesp, à época, ao analisar os planos e seguros de saúde à Luz da Lei 9656/98, apresentando a visão do Conselho Regional de Medicina no curso de Direito à Saúde²¹⁸, criticou a ausência de regulamentação dos seguintes aspectos:

a)Abrangência restrita a planos individuais;

b)Mobilidade;

c)Relações entre operadoras e prestadores de serviços;

d)Financiamento do sistema;

²¹⁸ *Curso de Direito à Saúde, Planos e Seguros de Saúde*, promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo em março de 2003 sob a Coordenação de Edson Antonio Miranda e Marcelo Moscogliato.

e)Assistência farmacêutica e prevenção;

f)Fluxo de ressarcimento.

O conselho médico apresentou uma proposta sob um novo enfoque da regulamentação²¹⁹, que consiste em:

a)Definição do papel da saúde suplementar;

b)Adequação aos referenciais do SUS e à legislação vigente;

c)Debate com a sociedade.

Por último, refutando a teoria da “*convergência estatista*” tem-se que a responsabilidade pelos danos suportados pelos particulares, em razão da prestação de ações e serviços de saúde suplementar mediante a obtenção de lucro, não gera em regra a responsabilidade civil do Estado; isto porque conforme ensina Alexy²²⁰ o simples fato de ser facultado à iniciativa privada o desempenho de algumas atividades não implica em uma participação do Estado na sua realização.

²¹⁹ Curso de Direito à Saúde, Planos e Seguros de Saúde, promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo em março de 2003 sob a Coordenação de Edson Antonio Miranda e Marcelo Moscogliato.

²²⁰R. Alexy(*Theorie der Grundrechte*) (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, p443-44) apud Ingo Wolfgang Sarlet(Organizador) *A Constituição Concretizada- Construindo pontes com o público e o privado*,p. 136/137.

Diante disso, constata-se que apenas será possível responsabilizar o Estado por danos decorrentes de atividades desempenhadas pelos particulares em matéria de saúde suplementar, mediante a obtenção de lucro, na hipótese em que o Estado falhar no dever de proteção do direito à saúde, em razão de ação ou omissão do particular, quando o dano ocorreu por ausência da fiscalização que lhe cabia.

Atentando para o fato de que a Ordem Econômica nos termos da Constituição de 1988 é regida pelo primado da defesa do consumidor, dentre outros, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor encontra suas raízes na Constituição e se presta a nortear toda relação de consumo.

Considerando que a atividade desempenhada pela saúde suplementar caracteriza-se como relação de consumo, tendo em um dos pólos as operadoras no conceito de fornecedor previsto pelo CDC e no outro pólo os consumidores que adquirem ou utilizam esses serviços como destinatários finais ou equiparados, nos termos definidos no CDC, admite-se que os planos privados de assistência à saúde são contratos de consumo.

Assim sendo, a saúde suplementar submete-se ao comando do Código de Defesa do Consumidor por se tratar de relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei geral e principiológica, pois criou um microssistema das relações de consumo, de modo que subordina qualquer legislação extravagante que tratar da matéria de consumo.²²¹

Isto posto, afirma-se que na presença de antinomias na Lei 9.656/98 deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor de forma complementar e não subsidiária, no sentido de nortear a interpretação das normas relativas à saúde.²²²

²²¹ Maria Stella Gregori, *A normatização dos Planos Privados de Assistência à Saúde no Brasil sob a Ótica da proteção do consumidor*, p.259.

²²² Ibid.,p. 262.

CAPÍTULO 3: A SAÚDE SUPLEMENTAR E O PODER REGULATÓRIO DO ESTADO

Antes de discorrermos de modo específico a respeito da Agência Nacional de Saúde, traçaremos breves considerações relativamente ao gênero a que pertence essa espécie.

3.1 Agências reguladoras

Para abordarmos esse tópico, nos valeremos, a princípio, de um panorama geral apresentado no XXIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, promovido pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, não só em razão da autoridade dos palestrantes, mas também por causa da atualidade de suas ponderações.

ADILSON DE ABREU DALLARI sustentou em relação às agências reguladoras as seguintes constatações:

a) Só cuidam da implantação das políticas públicas e, quem tem competências para defini-las são os representantes do povo;

b) Quanto aos contratos de concessão, esclareceu que a razão de serem longos é viabilizar a recuperação do investimento, bem como evitar a ingerência do poder público decorrente da alternatividade de partidos políticos no governo (característica da democracia); para que isso ocorra, assegura-se aos dirigentes dessas entidades a garantia de não serem demitidos “ad nutum”, apenas, sendo possível ocorrer a demissão na hipótese de descumprimento de suas funções;

c) A função é dirimir conflitos entre os consumidores, os prestadores de serviço, e também do governo; no mais das vezes os conflitos referem-se a questões técnicas, eis que as jurídicas são dirimidas pelo Poder Judiciário;

d) Possuem poder normativo consistente em expedir regulamentos e, considerando que a concessão é um contrato, compete à agência reguladora expedir normas para fiel execução dos contratos;

e) O poder regulador não lhe confere um poder excessivo, uma vez que esse poder normativo, bem como as próprias agências se submetem ao controle efetuado tanto pelo Poder Judiciário como pelo Poder Executivo e Legislativo que pode sustar atos normativos que exorbitem o poder regulamentar (artigo 49, V da CF).

Diante dessas ponderações, o palestrante concluiu que as prerrogativas dadas às agências para fiel desempenho de suas funções não inviabilizam o controle exercido pelos poderes da União.

CARLOS ARY SUNDFELD informou que a principal preocupação em relação às agências reguladoras era a suspeita de que elas pudessem interferir no equilíbrio dos poderes e por via indireta fossem consideradas, então, inconstitucionais.

Esclareceu que a preocupação seria a usurpação do Poder Legislativo em razão do poder regulamentar das agências reguladoras que fosse exercido por delegação do Legislativo, ou ainda a usurpação do Poder Regulamentar do Presidente da República, o que motivaria a argumentação de inconstitucionalidade por parte dos críticos.

O palestrante declarou que a criação das agências reguladoras tornou a lei muito mais ampla, extensa e complexa, ante a necessidade de se dispor sobre o contexto no qual estão inseridas as agências, assim como dispor sobre suas funções.

Sundfeld afirmou que o diálogo entre o legislador e o regulador tem sido intenso no Brasil e citou como exemplo o Banco Central

e o Conselho Monetário Nacional que, na década de 1960, tiveram a possibilidade de exercer o poder normativo e, ao longo dos anos, evidenciou-se uma atividade intensa e complexa de “*parceria entre a legislação e o poder normativo*”.

O autor elucidou ainda que as agências reguladoras, tão somente, implementam o poder normativo no Brasil, como ocorre em qualquer outra parte do mundo e declarou que hoje nos deparamos com uma inflação tanto legislativa como normativa, o que ensejou uma atuação mais ampla das cortes constitucionais; diante disso realçou que o STF, ao analisar a constitucionalidade das leis e ao fixar as interpretações para salvar essa legislação impugnada, torna-se, também, um agente normativo.

Além disso, acrescentou que hoje esse poder regulamentar das agências prima pela participação da sociedade, a qual não existia anteriormente, como se pode notar pela análise dos contratos de plano de extensão da telefonia, uma vez que tais contratos eram de adesão.

Disse Sundfeld que as grandes questões que se apresentam são relativas ao modo de consulta pública, eis por que sob o enfoque do consumidor a questão ganha relevo, dada a hipossuficiência deste; e, em

contraposição, deve-se averiguar se o aprofundamento da ação normativa não compromete a liberdade.

Em suma, o que o autor citado quer nos assegurar é que:

a)O importante é que o Estado crie mecanismos que impulsionem os setores mais fracos, a fim de assegurar uma participação efetiva desses setores;

b)Há necessidade de mudança no processo legislativo.

Sustentou que o poder normativo que advém das agências reguladoras vem ampliando o debate democrático, que reflete, inclusive, na própria ação regulamentadora do Poder Regulamentar do Presidente da República; para ilustrar, citou a hipótese em que o Ministro da Justiça, pioneiramente, submeteu à consulta pública a regulamentação da lei de desarmamento. Elogiou tal postura, uma vez que, historicamente, o próprio Presidente da República regulamentava a lei através do decreto e não pedia a opinião da sociedade, nem mesmo prestava satisfação.

Nas palavras de outro autor, OSCAR CORREA JUNIOR, a agência reguladora foi criada para estabelecer o equilíbrio entre o concessionário, aquele que delega e o usuário. Entende que esse poder

normativo conferido às agências reguladoras tem que ser controlado, pois, segundo o painalista, o legislativo não tem condições de fazê-lo, porque não tem conhecimento para solucionar as questões técnicas relativas à prestação de serviço, ou, ainda, aferir as necessidades do usuário em face das prestações dos serviços, o mesmo ocorrendo em relação ao Poder Executivo.

Afirmou que o governo verificou que as agências reguladoras deveriam ter um controle social mais intenso. Além disso, defendeu a idéia de que os mandatos do Presidente e dos diretores das agências reguladoras não devem coincidir com o mandato do Presidente da República para assegurar a independência das agências.

O palestrante ressaltou que o poder discricionário das agências deve ser submetido ao controle do colegiado (composto pelo Presidente e os diretores da agência). Destacou que, não obstante as agências reguladoras terem autonomia financeira e administrativa, submetem-se ao orçamento elaborado pelo poder executivo, possibilitando , assim, uma ingerência significativa do Executivo, pois a maior forma de controle que pode ser exercida é o relativo a recursos orçamentários.

Trazidas à colação essas importantes considerações preliminares a respeito das agências reguladoras, passaremos a apontar

algumas questões enfrentadas em todos os países nos quais foram adotadas as citadas agências.

*“...em todo sistema jurídico em que foram adotadas , as agências reguladoras independentes levantaram polêmicas e candentes questões quanto à incolumidade do poder de direção da Administração central e ao amplo poder normativo do qual são dotadas.”*²²³

*“As autoridades independentes são, pois, ordenamentos apoiados em outro ordenamento possuindo, portanto, natureza derivada.”*²²⁴

O modelo organizativo das agências reguladoras foi originariamente adotado nos E.U.A, eis que *“... no final do século XIX era tradicional na literatura norte americana a distinção entre poder executivo e poder administrativo. O primeiro era diretamente atribuído ao Presidente pela Constituição , e não ia muito além das atribuições concretas do artigo II (relações internacionais, defesa,etc.)e tinha substância política. O segundo era , em tese , um poder basicamente apolítico, que deveria ser exercido principalmente por especialistas e sobre cujos titulares decidia o Congresso...”*²²⁵

²²³ Alexandre Santos de Aragão, *As agências Reguladoras Independentes: Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*, p.09.

²²⁴ Luciano Parejo Alfonso, *La Potestad Normativa de las Administraciones Independientes*, constante da obra coletiva *Administración Instrumental- Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Vol I, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 651 apud Alexandre Santos de Aragão – *As agências Reguladoras Independentes:Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*,p.15-.

²²⁵ Mariano Magide Herreri, *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000,p.170, apud Alexandre Santos de Aragão – *As agências Reguladoras Independentes :Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*,p.11.

“A primeira agência reguladora independente de que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário.”²²⁶

A razão de ser da implantação desse modelo organizatório, quer nos Estados Unidos, quer nos demais países, tanto da Europa quanto da América, foi a transição de um liberalismo para o Estado do Bem-Estar social que jamais atingiu o ideário desejado, o que motivou a desestatização acompanhada dos setores passados à iniciativa privada.²²⁷

Isto posto, conclui Alexandre Aragão que o citado modelo organizatório ensejará no percurso de seu desenvolvimento as mesmas indagações e conflitos, quanto a sua natureza e estrutura, os quais já foram enfrentados e superados por países que implantaram o sistema há mais tempo.²²⁸

²²⁶ Bernard Schwartz, *American Administrative Law*, Sir Isaac Pitman & Sons Ltda, London, 1950, pp 6 e 7. “O objetivo das agências reguladoras não era o de limitar o Mercado, mas sim o de organizá-lo e racionalizá-lo, evitando inclusive concorrência predatória e o desperdício de recursos, como ocorreria, por exemplo, se fossem construídas várias ferrovias no mesmo percurso” apud Alexandre Santos de Aragão – *As agências Reguladoras Independentes: Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*, p.11.

²²⁷ Alexandre Santos de Aragão – *As agências Reguladoras Independentes: Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*, passim.

²²⁸ *Ibid.*, p.18.

No Brasil, “ [a]s restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, principal nota características da sua ‘independência’ , foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN n 1949-0...”²²⁹, além do STF haver reconhecido a constitucionalidade do modelo de autonomia reforçado inerente às agências reguladoras.²³⁰

A conclusão de que as agências reguladoras não ferem a separação de Poderes, repousa na observância da regra de que “os amplos poderes regulamentares que geralmente possuem são admitidos desde que a lei fixe os standards em que deverão se desenvolver.”²³¹

Esse é o entendimento da doutrina dominante no tocante à questão de que “restariam, então, para as agências reguladoras, apenas e tão-somente, não inovando a ordem jurídica, editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas”²³².

²²⁹ Ibid., mesma página.

²³⁰ ADIn n 1.668-5.

²³¹ Alexandre Santos de Aragão – *As agências Reguladoras Independentes: Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*, p.18.

²³² Paulo Roberto Ferreira Motta, *Agências Reguladoras*, p.168.

Isto porque, conforme já dito, não há no Brasil regulamento autônomo, de acordo com Bandeira de Mello²³³ e Clémerson Merlin Cléve.²³⁴

Traçado o contorno das agências reguladoras, passaremos então a analisar a questão específica da Agência Nacional de Saúde.

3.2 Agência Nacional de Saúde

A agência Nacional de Saúde criada pela Medida Provisória n 1928, de 1999, reeditada na Medida Provisória n 2012-2, e regulamentada pelo Decreto n 3.327, de 5 de janeiro de 2000 “...é uma pessoa jurídica de direito público, com natureza de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com o propósito de regular o mercado privado de saúde , normatizando e controlando as atividades que garantam a sua assistência suplementar.”²³⁵.

Cumprido esclarecer que os destinatários da regulação da ANS são, apenas, as pessoas jurídicas responsáveis pela comercialização de planos, denominadas operadoras de planos privados de assistência à saúde.

²³³ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Poder regulamentar ante o princípio da legalidade*, p 71 e ss.

²³⁴ Clémerson Merlin Cléve , *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p.241.

²³⁵ Paulo César Melo da Cunha, *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*,p.91.

O objetivo da agência é harmonizar interesses dos consumidores e operadoras de planos de saúde, compatibilizando a defesa da livre iniciativa e concorrência com a defesa do consumidor, ambas previstas expressamente como princípios da ordem econômica no artigo 170, *caput*, IV e V, respectivamente.

Da análise do citado artigo, infere-se que o livre exercício das atividades econômicas, bem como da livre concorrência se encontram limitadas pela defesa do consumidor.²³⁶

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso ensina que: “*Cabe, nesse passo, uma breve anotação sobre a teoria dos princípios e como eles se inserem na ordem jurídica como um todo. Como já assinalado, nenhum princípio é absoluto. O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento.*”²³⁷.

²³⁶ Ibid.,p.158.

²³⁷ Luís Roberto Barroso, *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à atuação Estatal no Controle de Preços*. Apud Fórum Administrativo, Direito Público, v.1 n 6.Belo Horizonte:Ed.Fórum, 2001, p.712/713.

A defesa da concorrência decorre da inexistência de um mercado (no sentido técnico) perfeito, enquanto que a defesa do consumidor pressupõe a proteção do destinatário do produto ou serviço; na hipótese da saúde suplementar, evidencia-se a condição de hipossuficiência do beneficiário do plano de saúde em relação às operadoras, motivo pelo qual, considerando que a finalidade da ordem econômica nos termos do caput do artigo 170 é assegurar a dignidade humana, tem-se que ao ser autorizada à iniciativa privada a prestação à assistência à saúde mediante a obtenção de lucro, nos termos do artigo 199 da Constituição Federal, e atentando para a relevância do segmento, tanto quanto para a imperfeição do mercado, “...pode e deve o poder público instituir mecanismos voltados ao seu controle, com vistas a manter um equilíbrio na relação entre titular da atividade/fornecedor e consumidor, procurando alcançar um ponto médio diante da tensão entre interesses, especialmente quando um deles, o consumidor, é a parte mais fraca numa relação que envolve o fornecimento de um bem essencial à dignidade da pessoa humana.”²³⁸

Justificada a atuação da Agência Nacional de Saúde, cumpre agora esclarecer no que consiste o poder de regulação, para o que nos valem da lição de Maria Sylvia Di Pietro, que diferencia regulação de regulamentação, ao expor:

“Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dita, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da

²³⁸ Ibid.,p.79.

Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de um vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Em consequência, quando se fala em desregular, como um dos instrumentos ora utilizados para reforma do Estado, quer-se significar que deve diminuir o regramento da atividade privada, para diminuir a intervenção do Estado nas liberdades do cidadão. Por outras palavras, quer-se diminuir o poder de polícia do Estado, pela diminuição das limitações ao exercício dos direitos individuais(...)

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis”²³⁹

Compartilha desse entendimento Sérgio de Andréa Ferreira e acrescenta que “a distinção entre ‘regular’ e ‘regulamentar’ é importante na fixação de limites do controle jurisdicional, segundo inteligência do Supremo Tribunal Federal” e “ Entende este que ‘não cabe ação direta contra norma que regulamenta lei, porquanto se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade’.Foi sob esse fundamento que o Supremo Tribunal Federal, por maioria , não conheceu da ADIn n 2.387-DF, aforada pelo Partido Socialista Brasileiro- PSB contra o Decreto 3.721/2001, que fixou o limite mínimo de idade para o início do recebimento da complementação da aposentadoria , alterando o Decreto 81.240/1978,

²³⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública- Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*, p.150/151.

regulamentador do art 3º da Lei 6.435/1977(rela. para o acórdão Min. Ellen Gracie, j.21.2.2001, Informativo STF 218/1)

(...)

Com efeito, se ‘regular’ não é ‘regulamentar’, constituindo segmento próprio do poder normativo estatal e tendo, por destinatários, terceiros, vinculados ao cumprimento da norma reguladora, pode haver vício direto de inconstitucionalidade, o que alarga os lindes do controle jurisdicional (CF, arts. 102, I, “a”, e art. 103 parágrafo 5º, cabe a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo).

(...)

A regulação normativa tem uma função de complementaridade em relação às normas constitucionais e legais.”²⁴⁰

Estabelecido o conceito, depreende-se do artigo 174 da Constituição o fundamento da atividade regulatória²⁴¹, e, conforme entendimento sustentado por Maria Sylvia Di Pietro, considerando que no Brasil não há diferença entre Poder Executivo e Administração Pública, não há possibilidade de que as agências reguladoras escapem à direção superior do Presidente da República, como se depreende do artigo 84, II da Constituição; e ainda por ter a natureza jurídica de uma autarquia compõe

²⁴⁰ Sérgio de Andréa Ferreira, *A regulação como expressão do Poder Normativo Governamental* apud Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (coordenadores), *Estudos de Direito Constitucional*, p.362/363.

²⁴¹ Paulo César Melo da Cunha, *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2003 p.136. No mesmo sentido é o entendimento de Sérgio de Andréa Ferreira, *A regulação como expressão do poder normativo governamental* apud Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (coordenadores), *Estudos de Direito Constitucional*, p.354.

necessariamente a administração pública indireta, submetendo-se, por isso, ao regime jurídico próprio da administração pública, inclusive no tocante ao controle exercido pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 49, X, bem como pelo Tribunal de Contas. Ressalva, no entanto, a possibilidade de estabilidade de dirigentes, eis por que alguns dirigentes de entidades da administração indireta, tais quais universidades públicas, já gozam dessa estabilidade.²⁴²

Embora tanto a melhor doutrina como o STF entendam não haver qualquer inconstitucionalidade na criação da agência reguladora de saúde, sua atuação tem contrariado suas atribuições originárias, visto que tem expedido regulamentos autônomos na medida em que cria direitos e obrigações. Ademais, a quantidade de regras expedidas, inclusive em sentido contrário ao indicado pela lei, tem ferido tanto o princípio constitucional da legalidade, como da publicidade dos atos administrativos, desviando-se, ainda, de sua função de assegurar a prestação da saúde aos consumidores e violando, por consequência, o princípio da moralidade administrativa.

²⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública- Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*, p.155.

3ª.PARTE

O REGIME CONSTITUCIONAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

CAPÍTULO 1: O DIREITO À SAÚDE E A ATIVIDADE DA INICIATIVA PRIVADA MEDIANTE A OBTENÇÃO DE LUCRO

Na primeira parte, apresentamos o conceito de saúde adotado para a elaboração desse trabalho, o desenvolvimento histórico no Brasil do direito à saúde na qualidade de direito social, bem como o histórico da livre iniciativa no Brasil. Além disso, apresentamos o contorno delineado pela Constituição de 1988 sob a contextualização de um Estado Social Capitalista, considerando os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles o princípio da dignidade humana, vetor de interpretação para realizar a ponderação dos princípios constitucionais, conforme já demonstrado e justificado no capítulo relativo à dignidade da pessoa humana.

Em relação à função dos princípios, já destacado em capítulo próprio, vale frisar que “...*por natural, a vinculação aos princípios se aplica à interpretação da própria Constituição, de modo que também as normas da Carta deverão ser interpretadas sob a orientação dos princípios próprios (...)tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.*”²⁴³

²⁴³ Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p.147/148.

Na segunda parte do trabalho, desenvolvemos um panorama dos sistemas constitucionais de saúde, traçando, inclusive, considerações sobre a regulamentação infraconstitucional, aprofundando a discussão a respeito do tema, a fim de encaminharmos o raciocínio para demonstrar que o regime constitucional do SUS é extensível à saúde suplementar.

Nessa terceira parte objetivando expor qual foi o regime jurídico eleito pela Constituição de 1988 em matéria de saúde suplementar, passaremos, em um primeiro momento, a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana em face do direito à saúde, que por ser um direito social integra o gênero de direitos fundamentais. Por este motivo, na sequência, abordaremos a questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais, dando ênfase para a denominada eficácia horizontal desses direitos, demonstrando que as regras aplicáveis ao setor público se estendem à iniciativa privada em razão da natureza jurídica do objeto da prestação das ações e serviços de saúde.

Justificada a razão do desenvolvimento dos temas já expostos e sua correlação com os temas a serem desenvolvidos, passaremos à abordagem específica de cada um deles, a fim de sistematizar o estudo.

1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

Conforme demonstrado anteriormente, o direito à saúde é um direito fundamental da espécie social em razão da sua característica de direito prestacional.

Importante observar que não existem duas espécies de direito à saúde, embora, paralelamente à prestação de ações e serviços de saúde pelo sistema público, a Constituição admita a assistência à saúde por parte da iniciativa privada.

Cumpramos ressaltar que o sistema prestacional de serviços e ações de saúde não tem o condão de alterar o conteúdo desse direito.

Feitas essas considerações, passaremos, inicialmente, a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana em face do direito à saúde prestado pelo sistema único de saúde pelos seguintes motivos:

a) Sendo o direito à saúde um dever do Estado, a Constituição previu que a regra é a prestação das ações e serviços de saúde pelo sistema único, com acesso universal e igualitário para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além de prever que o Estado garantirá

mediante políticas sociais e econômicas a redução do risco de doenças e de outros agravos;

b)O sistema único de saúde, por ser a regra, tem seu regime jurídico detalhado no corpo da Constituição, não obstante admita complementação de suas atividades no sentido indicado pelas normas constitucionais programáticas que vinculam o legislador infraconstitucional;

c)Em razão da natureza jurídica de direito social que a saúde ostenta, forçosamente devemos analisar em primeiro lugar qual o conteúdo da obrigação estatal nessa seara, em decorrência da Constituição de 1988 haver estabelecido que o Brasil é um Estado social;

d)Finalmente, considerando a eficácia dos direitos fundamentais, gênero ao qual pertence o direito à saúde, poderemos estender as obrigações impostas ao Estado à iniciativa privada que desempenhe atividades que se caracterizem como direitos fundamentais.

Isto posto, abordaremos o tema, desenvolvendo as duas correntes doutrinárias majoritárias, considerando as divergências jurisprudenciais.

O cerne da discussão em torno do tema consiste em admitir que a carência de recursos em matéria de saúde implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; entretanto, a dificuldade reside em

aferir qual a eficácia jurídica atribuída ao princípio da dignidade humana, e em que medida.

Nessa fase, convém assegurar que, apesar de grande parte da doutrina reconhecer apenas uma eficácia jurídica, limitada a muitas das normas que cuidam de direitos sociais (no sentido de vincular negativamente o legislador, não admitindo disposição legal em sentido contrário ao objetivo proposto pela norma constitucional), vários doutrinadores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁴ chegam, inclusive, a reconhecer eficácia positiva em algumas normas programáticas.

Canotilho²⁴⁵ enfrenta com propriedade a questão relativa à função da Constituição em um Estado de direito, ao afirmar que “...‘os fins políticos supremos’ e as tarefas de uma república encontram-se normatizados na constituição.”, motivo pelo qual sustenta a “*otimização vinculante das normas constitucionais*” sob a argumentação de que os elementos dirigentes de uma constituição, tais quais “...os princípios constitucionais, os preceitos determinadores de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado.”, no conjunto, estabelecem o denominado “*programa constitucional*”²⁴⁶ e, prossegue ensinando que, “[a]s normas programáticas (em sentido amplo), não obstante poderem ser princípios ou

²⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*, RDP n 57/58, 1991, p.233 e ss.

²⁴⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p 462.

²⁴⁶ É evidente que neste programa constitucional se incluem as imposições legiferantes e os direitos econômicos, sociais e culturais (nota do autor).

normas abertas, carecidos de concretização, nem por isso deixam de ter força normativa vinculante no momento da concretização ou da interpretação constitucional.”²⁴⁷

Para este autor, a vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política decorrente das normas programáticas “...*não é apenas uma ‘vinculação através de limites’, mas uma verdadeira vinculação material que exige um ‘fundamento constitucional’ para esses mesmos actos. Só este entendimento se afigura compatível com o sentido actual do Estado de Direito Democrático: o poder estadual não é uma entidade substancial preexistente à constituição e limitada a posteriori por esta; é um poder com fundamento na constituição , devendo os seus actos considerar-se também , e em qualquer caso, constitucionalmente ‘determinados’.*”²⁴⁸

No esteio do entendimento do Professor Canotilho, reiteramos que os princípios, mais do que uma eficácia jurídica limitada, apresentam uma eficácia positiva.

Tendo elucidado esse aspecto, atentaremos para a questão do princípio da dignidade da pessoa humana e, nesse particular, ressaltaremos a valiosa lição de Cármen Lúcia ao declarar que “ *[e]ste princípio [da dignidade da pessoa humana] vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem , ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído(constitucionalizado). É*

²⁴⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p 462.

²⁴⁸ Ibid.,p 464.

esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções”²⁴⁹.

Diante dessas considerações preliminares a respeito do papel da Constituição, da função dos princípios já tratada inclusive em capítulo próprio, bem como analisando em especial o princípio da dignidade humana no tocante à sua eficácia, podemos, a princípio, afastar interpretações no sentido de que as normas constitucionais pertinentes à saúde, por serem meramente programáticas, não asseguram esse direito.²⁵⁰

Ao que se refere à eficácia positiva do princípio da dignidade da pessoa humana, seria oportuno lançar os olhos sobre a lição de Bandeira de Mello no sentido de que “...*tem-se que aceitar logicamente , por uma irrefragável imposição racional, que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum*

²⁴⁹ Cármen Lucia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, *Revista Interesse Público* n. 4 , p. 34.

²⁵⁰ STJ, ROMS 6564/RS, Rel MinDemócrito Reinaldo, DJ 17.06.96, p.21448: “ Normas constitucionais meramente programáticas- *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia , não conferem , aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação- pela via do *mandamus*- eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão antes que o legislador exerça o *munus* de completá-la através de legislação integrativa.(...)Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘Todos têm direito e o Estado dever’ – dever de saúde- como afiançam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações , pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’.No sistema jurídico pátrio , a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas”.No mesmo sentido :TJSP , 2ª. Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, AI n 42.530.5/4, j 11.11.97 e TJSP, 9ª.Câmara de Direito Público , Rel. Des. Rui Cascardi, AI 48.608-5/4, j 11.02.98.

conteúdo determinável, isto é , certa densidade mínima, pois , se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras.”²⁵¹

Isto posto, fica evidente que tal princípio per si gera efeitos, independentemente da intermediação de norma infraconstitucional que forneça um conceito legal, isso porque de acordo com os princípios de hermenêutica constitucional, já estudados em capítulo próprio, os significados das expressões normativas constitucionais devem ser aferidos dentro do próprio sistema da Constituição.

Assim sendo, conforme demonstraremos ao final dessa exposição, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana em sede de direito à saúde é maximizado dentro do contexto do princípio da unidade constitucional.

No esteio do entendimento de Ana Paula de Barcellos²⁵² sustentamos que não há dúvida de que as normas constitucionais referentes à saúde geram efeitos em si mesmas, no sentido de que todas as pessoas tenham acesso universal e igualitário a todas as ações e serviços necessários para promoção, proteção e recuperação da saúde, além do que o Estado deve

²⁵¹ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, p.28/29.

²⁵² Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p.177.

desenvolver políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos.

Não nos parece compatível com o comando constitucional o posicionamento de Barcellos quando propõe que as normas relativas ao direito à saúde interpretadas sob o enfoque sistemático não geram o mesmo efeito, ou seja, interpretadas no contexto constitucional não possuem eficácia jurídica positiva ou simétrica, inviabilizando assim a possibilidade de pleitear-se do Poder Público qualquer benefício em matéria de saúde que não seja previsto em lei.

Para demonstrarmos por que tal tese²⁵³ destoa do regramento constitucional, contra-argumentaremos os pontos que dão sustentação ao seu posicionamento. Iniciaremos tal empreitada, citando-os em apertada síntese, pois que alguns pressupostos para o desenvolvimento de ambas as posições são convergentes. Vejamos:

a) Ressalta-se a importância de apresentar os contornos constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a sua eficácia jurídica, eis por que em razão de sua fundamentabilidade, na condição de vetor de interpretação, é invocado como princípio de ponderação.

²⁵³Ibid., *passim*.

Para tanto a autora sustenta que, em matéria de princípio da dignidade, há um núcleo de condições materiais essenciais que devem ser respeitados, sob pena de que tal princípio venha a ser ferido, de modo que tão somente em relação a esse núcleo o princípio da dignidade humana gerará a eficácia positiva ou simétrica, de tal forma que “...*além desse núcleo a norma mantém sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meio diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.*”²⁵⁴

Esse núcleo é denominado para alguns como piso mínimo vital, para outros como mínimo existencial (termo esse adotado pela autora).

b) Para aferir qual é o mínimo existencial em matéria de direito à saúde, a autora analisa a questão sob o enfoque da eficácia jurídica dos princípios constitucionais que envolvem prestações positivas; para tanto, considera questões pertinentes à separação de poderes, bem como um elemento fático denominado *A reserva do possível*.

c) No tocante à questão relativa à separação de poderes, a abordagem visa destacar que tal princípio é um instrumento derivado da percepção histórica de preservação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual deve ser respeitado. Também sob esse enfoque foi destacada a importância do sistema presidencialista no nosso sistema de

²⁵⁴Ibid.,p.194.

maioria democrática, questionando se ao poder jurisdicional é dado concretizar diretamente determinado comando constitucional.

A primeira conclusão apresentada pela autora, ao considerar tanto o princípio da separação dos poderes como o princípio majoritário, foi no sentido de que ambos buscam promover não somente os direitos fundamentais, mas ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual são meios para a obtenção do fim almejado, de modo que se admite a relativização desses princípios.

Importante nesse diapasão ressaltar que o Poder Judiciário criado pela Constituição exerce, juntamente com o Executivo e o Legislativo, o Poder Político nacional, motivo pelo qual os órgãos de cúpula daquele são formados pela vontade conjunta do Executivo e Legislativo, sendo assegurados aos magistrados prerrogativas capazes de garantir a independência de suas decisões sempre fundamentadas, que, por sua vez, se baseiam no próprio ordenamento jurídico (Constituição ou normas infraconstitucionais). É essencial também destacar que tais decisões são passíveis de recursos, e, segundo a regra de acesso universal ao poder judiciário, prevista no artigo 5º,XXXV da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de maneira que as minorias, mesmo não tendo representatividade no processo

político, sempre terão acesso ao Poder Judiciário para a preservação de seus direitos.

Diante dessas considerações, Barcellos conclui “...que a coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro , da separação de poderes e do princípio majoritário , depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado mínimo existencial, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação.”²⁵⁵

Ante a conclusão de que em relação ao mínimo existencial “há direito subjetivo de exigir judicialmente que seu efeito ideal seja realizado concreta e diretamente...”²⁵⁶ a autora lança sua atenção para um elemento fático relativo aos recursos disponíveis à implementação das prestações sociais em matéria de saúde , sob a argumentação da necessidade da consideração de tal aspecto, em decorrência do fato de ser a realidade indissociável do pensamento jurídico, deduzindo que para existir uma comunicação entre o mundo do ser (fático) e do dever ser(normativo) há que se manter uma distância que não ultrapasse a máxima.

²⁵⁵ Ibid.,p.233.

²⁵⁶ Ibid.,p.134.

Ante a proposição desse elemento fático, passa a autora a analisar a questão de disponibilidade financeira do Estado para atender às prestações positivas que podem ser exigidas judicialmente, denominada pela doutrina da “*reserva do possível*”.

Sob esse aspecto foi considerado que em um Estado constitucional de direito, a ação do Poder Público está juridicamente vinculada aos termos da Constituição Federal que prevê tanto os meios de apuração de recursos, como a previsão orçamentária para a efetivação das despesas públicas, devendo “...os recursos disponíveis serem aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.”²⁵⁷

A autora com propriedade discorre: “A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se

²⁵⁷ Ibid.,p 242.

*deverá investir. O mínimo existencial, como se vê , associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”*²⁵⁸

Embora os argumentos invocados por Barcellos sejam per si verdadeiros, conjugá-los nos termo proposto pela autora não conduz a uma interpretação axiologicamente leal da Constituição. Isto se verifica porque a conclusão obtida no sentido de que há em matéria de saúde aspectos que não integram o mínimo existencial, não é compatível com os valores protegidos pela Constituição.

Compartilhando tal entendimento e justificando inclusive com conhecimento médico a respeito da importância da saúde para a manutenção da vida, Regina Parise ressalta com muita propriedade o fato de que a saúde não é **indivível**, portanto, é inadmissível afirmar que a recusa por parte de quem preste serviços ou desenvolva ações de saúde não atingirá o núcleo protegido pelo princípio da dignidade.²⁵⁹

A tese de que, em matéria de saúde, apenas há eficácia positiva ou simétrica no tocante ao mínimo existencial não procede, ou seja,

²⁵⁸ Ibid.,p 246.

²⁵⁹ *Curso de Direito à Saúde, Planos e Seguros de Saúde*, promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo em março de 2003 sob a Coordenação de Edson Antonio Miranda e Marcelo Moscoliato.

uma fiel interpretação da constituição não admite a conclusão de que: “O judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõe o mínimo, mas não poderá fazê-lo em relação a outras, que esteja fora desse conjunto.”.²⁶⁰

Citada tese tem por pressuposto o fato de que uma constituição democrática possui dois objetivos fundamentais a serem considerados e compatibilizados, quais sejam, o consenso mínimo por alguns chamados de reserva de justiça da constituição, fazendo menção “..às *clausulas superconstitucionais - por sua função de proteger as condições básicas de realização da dignidade humana e de permitir a continuidade do processo democrático, enquanto procedimento voltado à tomada de decisões públicas, entre seres racionais, iguais e livres – devem cristalizar apenas os princípios e direitos que estabeleçam uma autêntica reserva de justiça constitucional.*”²⁶¹, e o pluralismo político.

Conforme o citado entendimento esposado por Oscar Vilhena, ambos os objetivos se complementam, na medida em que esse consenso representa democraticamente a vontade do povo manifestada pelo Poder Constituinte Originário, e compreende “...aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimento para a

²⁶⁰ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 274.

²⁶¹ Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua reserva de justiça um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p.246/247.

*tomada de decisões entre seres racionais, iguais e livres , devem ser protegidos como superconstitucionais – estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos **princípios adotados pela Constituição(...)**, o que é expressamente admitido pelo parágrafo 2º. do artigo 5º. da Constituição.”*²⁶² (grifos nossos)

A relação apontada por Barcellos entre a eficácia positiva ou simétrica, o consenso mínimo e o da liberdade democrática consiste no entendimento de que em razão da imprecisão do princípio da dignidade da pessoa humana, interpretações opostas podem ser adotadas sob a invocação desse princípio, razão por que sustenta: *“Esse é o campo reservado à deliberação democrática (...) Essa é a esfera do político e faz parte das particularidades da constituição garantir que esse campo seja reservado.”*²⁶³

José Carlos Vieira de Andrade realça que o emprego do termo imposições constitucionais, em vez de normas programáticas, significa que o legislador infraconstitucional está obrigado a agir nos termos vinculados jurídico-constitucionalmente pela directivas materiais das normas que impõem tarefas concretas. No entanto, afirma que *“...só o **conteúdo mínimo***

²⁶² Ibid.,p 246.

²⁶³ Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p 251.

dos direitos sociais pode considerar-se constitucionalmente determinado.”²⁶⁴(grifos no original)

Compartilhando desse entendimento, Barcellos propõe que a identificação do mínimo existencial em sede de saúde deve ser considerado em relação “...às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá ao paciente.”²⁶⁵

Para viabilizar a identificação desse mínimo existencial em matéria de saúde, a autora invoca dois critérios, a saber:

a) Maximização de atendimento e minimização de custos, reconhecendo que tal critério implica em uma lógica utilitarista que admite a imposição do sacrifício de alguns em benefício da coletividade;

b) Aplicação do princípio da isonomia, a fim de “...assegurar que **todos** tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana...”²⁶⁶(grifos no original), entendendo por prestações básicas de saúde prioritariamente aquelas de que todas as pessoas necessitaram,

²⁶⁴ José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 250 apud Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 252.

²⁶⁵ Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 277.

²⁶⁶ Ibid., p. 281.

necessitam ou necessitarão, tais quais o pré-natal e pós-natal, o saneamento básico e o atendimento médico preventivo, bem como o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade.

Interessante notar que, não obstante Barcellos afirme que as demais prestações e ações de saúde que não compuserem o mínimo existencial não podem ser concedidas pelo Poder Judiciário sem que haja previsão legal ou programa governamental, a autora fala em “***inclusão prioritária no mínimo existencial...***”²⁶⁷ e aponta a coincidência entre a conclusão obtida pelos critérios adotados e as **prioridades** estabelecidas pela Constituição em matéria de saúde, ressaltando assim a idéia de **prioridade**, prevista inclusive constitucionalmente, **à qual se opõe a idéia de exclusão de outras prestações e ações de saúde**.(grifos nossos)

Demonstraremos, a seguir, por que tais critérios não podem ser aceitos como decorrentes da sistemática constitucional. Vejamos:

a) A consideração do custo da prestação de saúde em face do número de pessoas atingidas, “... *não se harmoniza com a idéia de igualdade essencial de todos.*”²⁶⁸, ferindo a segurança jurídica, elemento primordial no Estado de direito, eis por que o interesse público sempre deva prevalecer sobre o interesse privado. Mister anotar que interesse público é

²⁶⁷ Ibid.,p 280/281.

²⁶⁸ Ibid.,p 280.

gênero das espécies interesse público primário e secundário: o primário designa o cumprimento da lei e o secundário, o interesse da pessoa jurídica de direito público²⁶⁹, de modo que “os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.”²⁷⁰

Antes de traçarmos considerações a respeito da incidência do princípio da isonomia a fim de identificar quais prestações e ações de saúde constituem o núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, denominado mínimo existencial, torna-se importante apresentar o critério que viabiliza aferir quais discriminações ferem o princípio da isonomia.Examinemos:

“A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um dos seus pilares estruturais.”²⁷¹, impondo tanto ao legislador como ao aplicador da lei a dispensa de tratamento igualitário a todos , sem distinção de qualquer natureza.

²⁶⁹ Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31/32.

²⁷⁰ Ibid.,p.32.

²⁷¹ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de Direito Constitucional*, p.102.

O cerne da questão consiste em identificar o conteúdo desse princípio. Aristóteles ao afirmar que deve ser concedido tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade procurou demonstrar que o tratamento desigual nem sempre implica em ofensa ao princípio da igualdade, pelo contrário, muitas vezes a desigualdade visa assegurar tal princípio; entretanto, tal locução não é suficiente para garantir a aplicação do princípio da igualdade, já que não permite a aferição do seu alcance no caso concreto, por não esclarecer quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

Buscando viabilizar a aferição do alcance do princípio da isonomia no caso concreto, Luiz Alberto e Vidal Serrano, adotando as diretrizes oferecidas pelo Prof. Bandeira de Mello em sua obra Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3^a.ed., Malheiros Ed , ensinam que “ *O princípio da isonomia ver-se-á implementado, então, quando reconhecidos e harmonizados os seguintes elementos:*

- a) O fator adotado como critério discriminatório;*
- b) correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada;*
- c) afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional.*

Dessa maneira, nenhum elemento, em si, poderá ser tido como válido ou inválido para a verificação da isonomia.”²⁷²

Levando-se em conta os critérios oferecidos para aferir se a discriminação é constitucional ou inconstitucional, analisaremos a questão relativa à saúde.

A citada ofensa ao princípio da isonomia por parte do Poder Judiciário ao conceder benefícios pleiteados em matéria de saúde, com fundamento na Constituição, em detrimento de muitas pessoas que sequer conseguem ter acesso ao judiciário, não se coaduna com os critérios de identificação do princípio da isonomia, pelos motivos que passaremos a demonstrar:

a) **O fator adotado como critério discriminatório** para a concessão do benefício pretendido é **a necessidade de assistência médica** igualmente assegurada pela Constituição nos termos do artigo 5º. *caput*, a qualquer pessoa que se encontre nessa condição;

b) A correlação lógica entre **o fator discriminatório (necessidade de assistência médica)** e **o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade (concessão do benefício de saúde pretendido)** decorre da conjugação das normas que tratam do direito

²⁷² Ibid., p.103.

à vida (art.5º.*caput*), do acesso ao judiciário(art.5º.XXXV), bem como do direito à saúde(artigo 196 e seguintes), todos direitos constitucionais universais;

c)A afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional decorre da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, que necessariamente pressupõe vida e saúde para garantir a existência e o direito de recorrer ao poder judiciário para assegurar a tutela desse bem que é o maior bem que o homem possui.

Portanto, não procede a alegação de que o mínimo existencial (consistente em ações e assistências pré ou pós-natal, sanitárias e preventivas) é decorrência de uma interpretação sistemática à luz do princípio da igualdade; até porque a ausência de acesso ao poder judiciário não decorre de ausência de regulamentação constitucional a respeito, mas, ou de mora do legislativo, ou de descumprimento das obrigações sociais por parte do executivo, que não implementa condições suficientes para que as pessoas possam custear seus próprios gastos com a justiça ou defender seus direitos, por intermédio dos serviços da defensoria pública.

Nesse passo, importa salientar que a ausência de regulamentação infraconstitucional a respeito de defensoria pública, ou a

ausência de estrutura fornecida pelo poder executivo para implantação de tal serviço, não descaracteriza o direito público subjetivo do cidadão, hipossuficiente financeiramente, de receber assistência judiciária gratuita para a defesa de qualquer interesse judicial ou extrajudicial, porque se assegura tal direito no texto constitucional.

Dada a similaridade entre as normas constitucionais que se referem aos serviços de assistência judiciária gratuita e aos serviços de saúde, que, inclusive, nos termos da constituição contemplam a todos igualitariamente, não há como negar que tais normas constitucionais asseguram ao cidadão direito público subjetivo, ou seja, não há que se falar em mínimo existencial em matéria de saúde, pois a saúde é em si uma das condições mínimas essenciais necessárias para a subsistência digna do ser humano, portanto é em si mesma um mínimo existencial.

Não há como negar que a saúde é o bem mais importante para a garantia da dignidade da pessoa humana, de modo que qualquer agravo ou ameaça de agravo a esta, fere frontalmente a dignidade do ser humano.

Quanto à questão de usurpação da função do legislativo ou do executivo por parte do Judiciário ao conceder os benefícios pleiteados

em matéria de saúde, na hipótese de ausência de lei ou programa governamental a respeito do tema, também, não procede pelos argumentos a seguir expostos:

a) Impedir que o poder judiciário fundamente suas decisões na Constituição implica em inversão da ordem hierárquica do ordenamento jurídico;

b) Negar competência ao Poder Judiciário nessa hipótese, implica em ofensa à cláusula pétrea, na medida em que tal assertiva estará excluindo da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça de direito , contrariando frontalmente a regra do artigo 5º.XXXV;

c) Excluir a questão da competência do poder judiciário equivale a negar direito à própria existência que é uma das facetas do direito à vida, assegurado no *caput* do artigo 5º, o que equivale a uma pena de morte por omissão, também proibida nos termos do artigo 5º.XLVII, “a”;

d) Ademais, o Poder Judiciário, ao conceder benefícios com base em disposições constitucionais, estará cumprindo o princípio majoritário tendo em vista que o processo de criação ou alteração de uma constituição democrática é bem mais complexo e difícil do que o processo de elaboração de uma norma infraconstitucional. Assim sendo, não obstante o constituinte tenha deixado a regulamentação dos temas para a legislação infraconstitucional, traçou o sentido em que devem ser elaboradas

essas normas, isso porque a constituição abriga os valores considerados mais importantes de um Estado;

e)Cumpre reafirmar que, nessa hipótese, se encontram presentes todas as características da função jurisdicional, quais sejam, o princípio da subsunção da decisão proveniente do Judiciário à Lei Maior, o poder de tornar definitiva a sua decisão através da coisa julgada e o poder de cumprir suas decisões coercitivamente;

f) No que se refere ao custo dos direitos de caráter prestacionais, cumpre ressaltar que foi previsto na constituição, quando da indicação dos objetivos do Estado Social Brasileiro, bem como os meios para se obterem os recursos através do sistema constitucional tributário, conforme já exposto. Dessa maneira, a decisão judiciária não estará exorbitando sua competência, apenas, embasando-se na Lei Maior que é o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais.

Expostos os fundamentos jurídicos reorganizados a fim de possibilitar uma interpretação mais fiel da Constituição, afastando os argumentos que sustentam a tese de que existe um mínimo existencial em matéria de saúde, passaremos a traçar algumas considerações sobre elementos fáticos para demonstrarmos que, em hipótese alguma, deve prevalecer o entendimento do mínimo existencial em matéria de saúde.

Conforme já demonstrado em termos de disposição normativa constitucional, compatibilizada a questão da reserva do possível com a obrigação do Estado em garantir o direito à saúde, considerando-o, em si próprio, um mínimo existencial, cumpre agora traçarmos algumas considerações de elementos fáticos, invocados para o desenvolvimento da tese da reserva do possível.

No Estado de Direito, a questão primordial é a segurança jurídica, motivo pelo qual o interesse público primário sempre prevalece em relação ao interesse público secundário, de modo que com base na argumentação de falta de verbas, ainda que sob a alegação de falta de previsão orçamentária, não se admite o descumprimento das normas constitucionais e de seus programas.

Importante retomar a questão da separação de poderes, ressaltando que, desde sua origem, tem por escopo evitar desvio de poder por parte dos exercentes, motivo pelo qual ao Poder Judiciário é conferida a competência de tutelar direitos previstos constitucionalmente, ainda que descumpridos por mora do legislativo ou desídia do executivo, eis que a ausência de tutela jurisdicional dará margens a desvios por parte dos outros dois poderes, ensejando o descumprimento dos objetivos constitucionais.

Por fim, Barcellos sugere que ao Poder Público se apliquem as disposições de condições mínimas obrigatórias para os planos de saúde privados, invertendo a regra constitucional de que a saúde é obrigação do Estado, prestada de forma suplementar pela iniciativa privada. Devido a isto, as regras a serem estendidas são as aplicáveis ao Poder Público, que deverão também incidir nas relações contratuais que envolvam serviços de relevância pública, tema a ser enfrentado no próximo tópico, ao tratarmos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Diante dessa análise, concluímos que, por ser a saúde um direito prestacional social, compete ao Estado, *“...então assumir distintas obrigações, como promover e facilitar o acesso da população as prestações de saúde, não perturbar o desenvolvimento lícito dos prestadores de saúde, oferecer tais serviços quando a atividade privada resulte insuficiente ou excessivamente onerosa, imediatamente seja mediante planos de saúde, de criação de centros assistenciais ou da provisão de medicamentos. Também os particulares são sujeitos obrigados do direito à saúde quando se comprometem a atuar como prestadores.”*²⁷³

1.2. A eficácia dos direitos fundamentais

Antes de abordarmos a questão da eficácia horizontal, faz-se necessário traçar algumas considerações pontuais a respeito da

²⁷³ Eduardo Luis Tinant, *Antologia para una Bioética Jurídica*, p.110/111.

eficácia dos direitos fundamentais, pois que a eficácia horizontal é uma espécie do gênero eficácia dos direitos fundamentais. Será analisada de forma breve, sem a pretensão de aprofundar neste tema.

Para abordarmos o tema eficácia dos direitos fundamentais, é necessário destacar que qualquer preceito constitucional é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, em razão da posição de destaque que a constituição ocupa no ordenamento jurídico, da qual é corolário o princípio da supremacia constitucional.

No tocante à eficácia dos direitos fundamentais há que se reconhecer, conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet,²⁷⁴ a íntima correlação entre a função precípua do direito fundamental (direito de defesa ou prestacional) com sua forma de positivação no texto constitucional, visto que, dentre os direitos prestacionais, os que têm por objeto prestações materiais, normalmente, são positivados de modo a necessitar de uma regulamentação legislativa ou do desenvolvimento de um programa governamental, a fim de que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade.

²⁷⁴Ibid., p. 251/252.

Importante, também, para desvendar a eficácia dos direitos fundamentais, aferir o alcance do princípio da aplicabilidade imediata previsto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição.

1.2.1. O Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais foi uma inovação introduzida em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição de 1988, advinda da influência exercida por outras ordens constitucionais.

A despeito do avanço proposto por tal expressão, não há consenso na doutrina pátria, como ocorre no direito comparado, a respeito do significado e alcance do citado preceito. Portanto, para refletirmos a respeito do seu significado e alcance, é mister examinar a abrangência da norma.

Na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet²⁷⁵, sustentamos que o princípio da aplicabilidade imediata abrange todos os direitos fundamentais, inclusive os decorrentes, nos termos do parágrafo 2º. do artigo 5º da Constituição Federal , eis que qualquer critério hermenêutico adotado conduz a essa conclusão.

Segundo o critério da interpretação literal, constatamos que a expressão citada no parágrafo 1º do artigo 5º abrange os direitos e garantias fundamentais sem excluir nenhum desse regime, diversamente do mecanismo adotado pela Constituição portuguesa, a qual exclui os direitos econômicos, sociais e culturais.

Abandonando o critério de interpretação literal e adotando uma interpretação sistemática e teleológica, também percebemos que a abrangência da expressão atinge todos os direitos fundamentais, dada a sua fundamentabilidade (D. Político, Nacionalidade e Direitos Sociais).

Por fim, cumpre ressaltar que a nossa Constituição não deferiu tratamento distinto aos direitos fundamentais em razão de sua função.

²⁷⁵Ibid., p 253/255.

O cerne da problemática em relação ao princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não reside em sua abrangência, mas sim em seu significado e alcance.

A discussão doutrinária oscila entre dois extremos, havendo alguns posicionamentos intermediários. Destacam-se entre tais discussões três correntes, a saber:

A primeira corrente de pensamento a respeito do tema representa o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁷⁶ ao atestar que o princípio de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não tem o condão de transformar a norma constitucional desprovida de eficácia plena em norma apta a gerar efeitos independentemente dos termos da lei.

Em posicionamento extremo oposto, entre nós encontramos o pensamento de Eros Grau²⁷⁷, segundo o qual, em decorrência do princípio da imediata aplicabilidade, até mesmo as normas de cunho programáticas ensejam direito subjetivo individual, independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional, ou ainda do desenvolvimento dos programas governamentais. Citado autor alega que o princípio da

²⁷⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho in RPPSP n 29 (1988), p. 35 e ss.

²⁷⁷ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p.289/294.

aplicabilidade imediata previsto no parágrafo 1º do artigo 5º, conjuntamente com o remédio constitucional Mandado de Injunção previsto no artigo 5º.LXXI, ambos dispositivos da Constituição Federal demonstram a inexistência de normas programáticas; eis que o Constituinte previu mecanismos aptos a combater a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, evitando assim o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Localizando-se em uma esfera intermediária encontramos o posicionamento de Celso Bastos²⁷⁸, segundo o qual a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é a regra, a qual comporta exceções em duas hipóteses:

a) quando a constituição expressamente prevê a concretização do citado direito através de uma *interpositio legislatoris*;

b) quando ausente a normatividade suficiente para ensejar a imediata aplicabilidade e eficácia plena da norma, sem que haja a intervenção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁷⁹, sem ingressar na seara da discussão a respeito da terminologia adotada para designar normas que

²⁷⁸ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, p. 393.

²⁷⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. p 259/260.

prevêem programas,²⁸⁰ finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos estatais, afirma a necessidade de se reconhecer a existência de tais normas que são características de um Estado Social de Direito, eis por que representam compromissos políticos, decorrentes de anseios populares de distintos grupos sociais, assumidos quando da elaboração e promulgação da Constituição.

Diante de tal constatação, o autor²⁸¹ posiciona-se ao lado de Canotilho, no âmbito do direito comparado, e de Flávia Piovesan, entre nós, no sentido de que *“... a melhor exegese da norma contida no artigo 5º do parágrafo 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (...)”, de modo que, “...o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se , a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas(e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio) , de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é , o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é , da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso(e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame*

²⁸⁰ Tal assertiva decorre do fato de haver discussão na doutrina a respeito da existência ou não de normas programáticas, as quais Eros R.Grau não reconhece em face dos já citados instrumentos constitucionais previstos para sanar as omissões legislativas , e Gomes Canotilho que sustenta a inexistência de normas programáticas no sentido de tais normas serem destituídas de juridicidade, não negando a existência de normas que impõe obrigações ao Poder Público, quer ao legislador , quer ao administrador.

²⁸¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p264/265.

o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata da normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação , em virtude da ausência de ato concretizador , deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais....”. Em suma, na esteira de García de Enterría, é possível sustentar “...que o artigo 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental constitui , na verdade um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais , que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.”

Para aferir-se o alcance do princípio da aplicabilidade imediata, Ingo Wolfgang Sarlet formulou a distinção entre dois grupos de direitos fundamentais, adotando para isso, como critério, sua função preponderante, já que “... a forma de positivação e a função exercida pelos direitos fundamentais se encontram umbilicalmente ligadas à sua eficácia e aplicabilidade”²⁸², quais sejam os denominados direitos de defesa e os direitos a prestações.

No que se refere à eficácia dos direitos de defesa, não há maiores dificuldades a serem enfrentadas, na medida em que, segundo a acertada classificação proposta por Bandeira de Mello²⁸³, essa espécie de direito fundamental confere ao particular uma situação imediatamente

²⁸² Ibid.,p268.

²⁸³ Bandeira de Mello, in RDP n 57-58(1981), p 242.

desfrutável, decorrente apenas de uma abstenção por parte do destinatário da norma, que é o Estado, de modo que a lei é dispensável à fruição do direito.

Nesse sentido é o entendimento sustentado por Vieira de Andrade ao afirmar que “...o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”²⁸⁴.

A maior dificuldade, referente à eficácia dos direitos fundamentais, reside no aspecto relativo aos denominados direitos sociais prestacionais, ensejando polémica no tocante ao princípio da aplicabilidade imediata previsto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Com o intuito de tornar clara a natureza peculiar dos direitos sociais prestacionais, Ingo Wolfgang²⁸⁵ apresenta a distinção entre estes e os direitos de defesa, a fim de justificar a razão de ser da diferença entre a eficácia jurídica de ambos os grupos.

²⁸⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 256-7 apud Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.270.

²⁸⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p 277/280.

Os aspectos mais importantes abordados pelo autor referiram-se ao objeto dos direitos sociais prestacionais em contraposição ao dos direitos de defesa, podendo-se, em suma, apontar as seguintes distinções:

a) os direitos de defesa têm por objeto principal abstenção por parte do Estado, enquanto que os direitos sociais prestacionais, em regra, possuem por objeto precípua conduta positiva do Estado ou dos particulares destinatários da norma;

b) A função principal dos direitos de defesa consiste em colocar limites ao poder público, enquanto que, no tocante aos direitos sociais prestacionais, exige-se que o Estado atue de forma crescente, tanto no âmbito social como econômico;

c) Os direitos de defesa tutelam uma situação existente, enquanto que os direitos sociais prestacionais, ao objetivarem a realização da igualdade material, pressupõem que seja disponibilizada a prestação que constitui seu objeto;

d) Os direitos sociais prestacionais, diversamente dos direitos de defesa, não tutelam a proteção abstrata da liberdade e da igualdade, mas referem-se a prestações sociais concretas.

Estabelecido o objeto dos direitos sociais prestacionais, deparamo-nos com o primeiro obstáculo apresentado pela doutrina, que

consiste na chamada reserva do possível. Embora não haja maiores controvérsias em se reconhecer que todos os direitos fundamentais apresentem um aspecto de direito positivo, no sentido de exigirem atuações positivas do Estado, tal “*custo*” apenas assume relevância no que diz respeito à eficácia e à efetivação dos direitos sociais prestacionais. É importante evidenciar que, em sentido amplo, a “*reserva do possível*” abrange tanto a possibilidade de prestação do objeto, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.²⁸⁶

A par disso há que se considerar a distinção relativa à positivação entre os direitos de defesa, os quais, em regra, são positivados de forma a dispensar uma *interpositio legislatoris*, possuindo por esse motivo eficácia plena; e os direitos sociais prestacionais, em relação aos quais se convencionou, tanto no direito pátrio como no direito comparado, condicionar os contornos do seu objeto à ação legislativa ou política governamental no sentido de promover o desenvolvimento de programas aptos a viabilizar a obtenção dos citados direitos previstos de forma vaga pela Constituição. Isto porque a natureza do objeto desses direitos enseja a problemática da reserva do possível, cumprindo atentar que a dinâmica da

²⁸⁶ Isso significa que para a efetivação dos direitos sociais prestacionais é necessário a disponibilidade do objeto, e ainda que haja recursos para a prestação de tal direito, cumpre ao Estado através do legislador dispor a respeito do venha a ser razoável, ou seja, não obstante hajam verbas destinadas ao serviço social, essas não devem ser destinadas a beneficiar uma pessoa que disponha de recursos suficientes para seu sustento.

esfera socioeconômica não se coaduna com disposições com maior grau de estabilidade, em virtude das necessárias mudanças legislativas, a fim de acompanhar a realidade socioeconômica.

Em razão dessa peculiaridade dos direitos sociais prestacionais referente à forma de positivação decorrente da função desempenhada pela norma que enseja o objeto prestacional, de forma controversa é negada aos direitos sociais de natureza prestacional a condição de direitos subjetivos estrito senso, ensejando polêmica no tocante à sua justiciabilidade.

Prosseguindo no exame da eficácia dos direitos sociais prestacionais, mister se faz a análise das normas constitucionais de “*cunho programático*” (expressão adotada por Ingo Wolfgang Sarlet para designar todas as normas que, em princípio e independentemente da terminologia adotada, necessitem de uma concretização legislativa, não obstante sejam dotadas de eficácia, mesmo na ausência de qualquer ato concretizador).²⁸⁷

Referida análise limitar-se-á a apontar cargas eficaciais atribuídas a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, inclusive às normas de cunho programático.

²⁸⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.287.

Em suma, a doutrina aponta as seguintes espécies de eficácias:

a) Eficácia derogatória, consistente em revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental;

b) Eficácia vinculativa, consistente em vincular o legislador a concretizar programas, tarefas, fins e ordens, bem como orientar a função legislativa de acordo com os parâmetros impostos pelas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações;

c) Prevalência das normas que consagram os direitos fundamentais sobre qualquer ato normativo editado após a vigência da Constituição;

d) Função de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (tanto das normas constitucionais como infraconstitucionais) assumida pelos direitos fundamentais prestacionais de cunho programático, isto porque possuem princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais, condicionando a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, bem como influenciam toda a ordem jurídica;

e) Dimensão negativa dos direitos prestacionais, consistente no fato de que, nos termos da nossa doutrina pátria, os direitos fundamentais a prestações, ainda que necessitem de uma *interpositio*

legislatoris, conferem direitos subjetivos no sentido negativo, de modo que garantem ao indivíduo o direito de exigir do Estado que se abstenha em atuar em sentido contrário ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental;

f) “*Proibição de Retrocesso*”, efeito aceito por considerável parte da doutrina, que preceitua que à medida que concretiza o direito social prestacional, transforma-se num típico direito de defesa.

O reconhecimento por parte da doutrina de eficácia conferida a todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais prestacionais de cunho programático, e o reconhecimento de direito subjetivo negativo dos direitos sociais prestacionais não superam a controvérsia relativa ao problema referente à eficácia dos direitos sociais prestacionais, enquanto direitos subjetivos, aspecto sobre o qual passaremos a enfocar a atenção.

Os direitos sociais prestacionais podem ser classificados em dois grupos:

a) Os direitos originários a prestações sociais, os quais designam a possibilidade de extrair da própria norma constitucional sem mediação legislativa um direito subjetivo à prestação, objeto do direito fundamental;

b) Os direitos derivados a prestações, que consistem em direitos já regulamentados pelo legislador infraconstitucional, de modo que, em regra, não ensejem maiores discussões a respeito da possibilidade de gerarem direito subjetivo com base na lei, motivo pelo qual o enfoque da discussão girará ao redor dos denominados direitos originários a prestações sociais.

No tocante ao cerne dessa controvérsia, podemos compilar os principais argumentos, considerando duas visões doutrinárias e utilizando como critério a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais.

Doutrinadores respeitáveis em nossa doutrina pátria como Eros Grau e Bandeira de Mello encampam o entendimento de que o Poder Judiciário pode suprir a lacuna gerada por ausência de uma atuação do legislador, no caso concreto, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais do direito sem usurpar competência do Poder Legislativo, admitindo, portanto o reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma prestação estatal²⁸⁸.

Os argumentos invocados pelos que defendem essa linha de pensamento são mencionados a seguir:

²⁸⁸ Nesse sentido Celso Antonio Bandeira de Mello, in **RDP** n 57-58(1981) e Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p 289/294.

a) Considerando que é tarefa afeta ao Poder Judiciário a determinação do conteúdo das normas no momento de sua aplicação, a natureza aberta e vaga das normas relativas aos direitos sociais prestacionais não pode ser considerada empecilho à imediata aplicabilidade e à plena eficácia da norma;

b) Considerando a supremacia constitucional, sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso da norma constitucional, é possível a aplicação direta da norma sem a mediação legislativa;

c) O princípio de aplicabilidade imediata, previsto no artigo 5º. parágrafo 1º da Constituição Federal, combinado com o princípio da inafastabilidade do controle judiciário, assegura a obtenção de direito subjetivo à prestação social;

d) O suficiente contorno constitucional do conteúdo de uma prestação social, bem como a previsão constitucional do procedimento para sua realização, quer expressa quer implicitamente, enseja a existência de um direito subjetivo individual à prestação.

Em contraposição a essa linha de pensamento que admite a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, inclusive de cunho programático, nos deparamos com dois principais argumentos colacionados do direito comparado, em especial do direito germânico.

Os dois postulados que dão sustentação a essa linha de pensamento, em síntese, são: a reserva do possível, sobre a qual já traçamos considerações anteriores; e as atribuições funcionais de competências constitucionais, eis por que se argumenta que as decisões referentes ao conteúdo do objeto das prestações sociais, no mais das vezes, devem ser objeto da norma infraconstitucional, na medida em que envolvem decisões políticas, pois abrangem inclusive matéria orçamentária. Ademais, por serem afetas ao Poder Legislativo, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário referentes a esses direitos desrespeitariam os limites da separação de poderes.

Feitas essas breves considerações de forma genérica, sem a pretensão de abordar todos os aspectos e especificidades do tema eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que pertence à seara distinta do objeto principal de nosso estudo, passaremos, então, a analisar, também, de forma pontual, a questão da vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais, com o escopo de traçarmos os contornos principais da denominada eficácia privada ou horizontal.

Considerando que o tema referente à vinculatividade dos direitos fundamentais é uma das principais dimensões da eficácia de citados direitos, exporemos brevemente sobre a vinculação do poder público aos

direitos fundamentais, preparando o terreno para a apresentação da problemática da vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

1.2.2 A eficácia vinculativa dos direitos fundamentais

Já foi desenvolvida nesse capítulo a idéia de que o princípio da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, incide em relação a todos os direitos fundamentais, inclusive, sobre os sociais prestacionais de cunho programático, sendo variável o grau de vinculação de acordo com a densidade normativa e o grau de concretude destas normas.

Abordaremos o tema, adotando como critério a vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais, sem a pretensão de maior aprofundamento no tema, motivo pelo qual não será objeto de análise a especificidade das diversas categorias desses direitos.

1.2.2.1 A vinculação do poder público aos direitos fundamentais

A amplitude da vinculação do poder público aos direitos fundamentais é delineada na medida em que “...os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que numa acepção positiva os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.”²⁸⁹.

A vinculação do poder público aos direitos fundamentais abrange os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais comporta dupla dimensão, conforme lição de Gomes Canotilho²⁹⁰, tendo em vista que apresenta um sentido negativo (ou proibitivo) consistente na proibição da elaboração de leis contrárias aos direitos fundamentais, assim como uma acepção positiva, de modo que a atividade legislativa infraconstitucional deva conformar-se aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais.

Ademais, acertado o entendimento da doutrina alemã, encampado em nosso ordenamento jurídico, no sentido de que o dever do legislador de aperfeiçoar o ordenamento jurídico decorre da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais, eis que na ausência de legislação que

²⁸⁹ Cf. K Hesse, in: EuGRZ 1978,p.433 apud Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 353.

²⁹⁰ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p 440/441.

assegure direitos previstos na Constituição, o constituinte de 1988 previu a hipótese da ação de inconstitucionalidade por omissão.²⁹¹

Importante ainda ressaltar que todos os atos normativos são abarcados pela eficácia vinculante, ou seja, tanto os legislativos como os normativos praticados por entidades públicas, como os atos editados por entidades privadas, aos quais a lei outorgou força de norma jurídico-pública, conforme interpretação extensiva adotada por Canotilho²⁹² ; caso contrário, haveria uma inversão de hierarquia dentro do ordenamento jurídico que afrontaria o princípio de supremacia da Constituição.

O critério para apontar quem são os destinatários da vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais, segundo lição de Vieira de Andrade, reside na “...*existência (ou inexistência), na relação jurídica em causa, de entidades com poderes públicos, com privilégios ou prerrogativas de autoridade.*”²⁹³.

Em suma, para evitar o que a doutrina alemã denomina de fuga para o direito privado, é possível afirmar que “... *os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestações e*

²⁹¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.355.

²⁹² J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 441.

²⁹³ J.C. Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais*, p. 268-9 apud Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.356.

atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade.”²⁹⁴.

Como decorrência do princípio da constitucionalidade imediata da administração, surge uma grande controvérsia no tocante ao grau de vinculação dos órgãos da administração aos direitos fundamentais, pois que em tese significa que os órgãos administrativos apenas devem executar leis conformes aos direitos fundamentais, tomando a cautela de aplicá-las e interpretá-las no sentido traçado por tais direitos; entretanto, citada atividade consiste em controle dos atos legislativos por parte do executivo, e, por isso, a administração pública se depara com a difícil tarefa de conciliar a vinculação simultânea da administração ao princípio da legalidade e da constitucionalidade.

A doutrina de forma consensual admite que à administração é deferido recusar-se a cumprir a lei quando a mesma afrontar de forma evidente e inequívoca os direitos fundamentais, ou seja, quando a aplicação da lei ensejar a prática de um crime, ou quando violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em especial quando atingir os direitos à vida e a integridade pessoal, hipóteses em que Canotilho e Jorge Miranda²⁹⁵

²⁹⁴ Cf. W. Höfling, in: M Sachs(Org), Grundgesetz, p. 130, apud Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.356.

²⁹⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p.596-597 e J. Miranda. *Manual IV*, p. 283.

alegam ser cabível o direito de resistência por parte dos particulares.

Convém atentar que, no âmbito da discricionariedade do Poder Executivo, maior é a necessidade de os órgãos administrativos observarem a conformação de seus atos às diretrizes constitucionais traçadas pelos direitos fundamentais.

Por último, cumpre ressaltar que a vinculação em sede dos direitos sociais prestacionais positivados em regra, através de normas de eficácia limitada, embora enseje uma vinculação menor dos órgãos da administração pública em razão da densidade normativa da norma impositiva, implica em obrigação por parte da administração pública, mesmo no âmbito de sua discricionariedade, atender aos parâmetros constitucionais contidos nas normas de direitos fundamentais a prestações.

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais apresenta duas dimensões a serem consideradas. Uma negativa no sentido de que os direitos fundamentais são vetores de interpretação dos procedimentos judiciais, e vinculam o próprio conteúdo dos atos jurisdicionais estatais através da função de controle de constitucionalidade, de modo que, havendo eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade, ambos vinculantes do Poder Judiciário, deve

prevalecer em observância ao princípio da Supremacia Constitucional o princípio da constitucionalidade; e uma dimensão positiva, sob o ponto de vista que o Poder Judiciário está obrigado a interpretar e aplicar as leis, em conformidade com os direitos fundamentais, bem como colmatar eventuais lacunas de modo a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do ordenamento jurídico, cumprindo ressaltar os próprios atos judiciais estão sujeitos ao controle jurisdicional de sua constitucionalidade.

No tocante aos direitos sociais prestacionais, a vinculação do Poder Judiciário assume uma dimensão diferenciada, em razão do menor grau de densidade normativa da norma impositiva ou programática, de modo a relativizar a eficácia vinculante dos direitos à prestação sem afastá-la, de maneira que, em regra, as questões relativas aos direitos prestacionais sociais serão solucionadas pelo Poder Judiciário à luz do princípio da proporcionalidade.

1.2.2.2 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A eficácia vinculante na esfera jurídico-privada alcançou maior grau de desenvolvimento na Alemanha, apesar de, posteriormente, ter despertado atenções da doutrina européia.

O tema é controvertido, não havendo consenso sequer no que concerne à denominação, pois o termo eficácia, em relação a terceiros ou eficácia externa, é criticado em virtude do fato dos direitos incidirem nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si, não caracterizando um terceiro nível eficaz; enquanto que a expressão eficácia horizontal é criticada por não considerar o grau de desigualdade existente entre o poder dos particulares e o titularizado pelo Poder Público, motivo pelo qual Ingo Wolfgang Sarlet defende que o mais apropriado é falar-se na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.²⁹⁶

Feita essa ressalva quanto à discussão da nomenclatura mais apropriada, a abandonaremos, por não apresentar relevância à proposta abordada pelo tema.

Optamos por filiar-mos a doutrina que tem apontado a eficácia privada dos direitos fundamentais como uma faceta da perspectiva objetiva de tais direitos;²⁹⁷ eis por que adotando a concepção social de direitos fundamentais a par da primeira concepção (liberal) de direitos fundamentais, constatamos que os direitos fundamentais exercem uma

²⁹⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p 363, nota de rodapé 388.

²⁹⁷ Walter Claudius Rothenburg, *Revista dos Tribunais-Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n 29 – outubro-dezembro de 1999.

função dirigente que impõe ações positivas ao Estado (e ao particular), com o intuito de proteger os direitos, de forma a transcender o enfoque dos direitos subjetivos conferidos a seus titulares, garantindo a fixação de situações jurídico-objetivas, de modo que a perspectiva objetiva implica em adotar os direitos fundamentais como critério de interpretação/aplicação do Direito em geral.

Esclarecido este ponto, tem-se que a relação entre a perspectiva objetiva e a eficácia horizontal repousa no fato de ser possível exigir dos particulares que não violem os direitos fundamentais, inclusive cobrando deles concurso para a implementação desses direitos.

Considerando que o Estado social de direito, caracterizado atualmente pela ampliação das funções do Estado, bem como pela tendência da expansão da participação da sociedade no exercício do poder, inclusive por meio de realizações de atividades que originariamente são de competência do Poder Público, constata-se que o indivíduo carece de proteção tanto contra os poderes públicos como contra aqueles detentores de poder socioeconômico, o que nos leva a admitir que nesse âmbito as liberdades individuais se encontram ameaçadas.

Ademais, o princípio da unidade do ordenamento jurídico enseja a aplicação dos direitos fundamentais em relação a toda ordem jurídica, de maneira a atingir também aquela que rege as relações jurídico-privadas.

No tocante aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, cumpre estabelecer a distinção quanto à intensidade da vinculação, em razão das desigualdades existentes entre as partes envolvidas na relação.

A doutrina majoritária sustenta que aos particulares detentores de poder socioeconômico, que se encontram em relações de desigualdades de poder, aplica-se a vinculação aos direitos fundamentais na mesma intensidade da vinculação imposta ao Poder Público²⁹⁸; e, diversamente, no tocante às relações entre particulares em condições de relativa igualdade, em regra, predomina o princípio da liberdade, devendo prevalecer a eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada, tão somente, quando houver ingerência indevida na esfera da intimidade

²⁹⁸ Cf. V.M.P.D. Pereira da Silva, in: RDP n 82 (1987), p-48-50 apud Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 368.

pessoal, ou , ainda quando a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça.²⁹⁹

Ingo Wolfgang Sarlet³⁰⁰ reafirma uma vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos fundamentais em decorrência do princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais previsto em nossa Constituição, no artigo 5º parágrafo 1º, o qual já foi objeto de algumas considerações no corpo desse trabalho, reconhecendo na esteira de Canotilho e outros que o problema da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares deve ser resolvido à luz do caso concreto, norteadas pelo princípio da ponderação.

Daniel Sarmento³⁰¹ aponta três critérios de suma importância para aferir-se pela ponderação de interesses qual o grau de importância deve ser atribuída à autonomia privada no caso concreto, quais sejam: o grau de desigualdade dos particulares envolvidos na relação jurídica, a natureza da questão examinada e a essencialidade do bem.

²⁹⁹ José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p.293-4 apud Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.369.

³⁰⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p 370.

³⁰¹ Luis Roberto Barroso (organizador), *A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p.273/279.

Passemos a analisar rapidamente cada um desses critérios:

a) o grau de desigualdade dos particulares envolvidos na relação jurídica, evidentemente, demanda um reforço à proteção dos direitos fundamentais, motivo pelo qual em relação aos particulares detentores de poder socioeconômico, os quais se encontram em relações de desigualdades de poder, incide a vinculação aos direitos fundamentais na mesma intensidade da vinculação imposta ao Poder Público; contudo, a autonomia do particular detentor do poder socioeconômico não poderá ser aniquilada, eis que, também, titular dos direitos fundamentais;

b) A natureza da questão examinada é outra variante que influi no peso conferido à autonomia privada, razão por que em nossa ordem constitucional, a exemplo do que ocorre nos Estados–Unidos e Alemanha, é assegurada a tutela da autonomia privada de forma muito mais intensa nas questões existenciais (que refletem os direitos de privacidade, em especial de personalidade) do que nas questões de caráter econômico-patrimonial, sendo, em relação a essas questões, a autonomia privada considerada de acordo com a essencialidade do bem envolvido na relação jurídica;

c) A essencialidade do bem afeta diretamente o grau de autonomia privada na proporção inversa, ou seja, quanto mais

essencial para a vida for o bem envolvido na relação jurídica, maior será, então, a proteção do direito fundamental em jogo e, por consequência, menor o grau de incidência da tutela da autonomia privada.

Atentando para os critérios citados por Daniel Sarmento, no tocante à questão de saúde, constatamos que, ante a gritante desigualdade de poderes existente entre aqueles que prestam ações e serviços de saúde mediante a obtenção de lucro e os particulares consumidores, fica evidente que o grau de vinculação desses prestadores de saúde suplementar aos direitos fundamentais deve ser equiparado à vinculação imposta ao Poder Público; considerando o caráter econômico-patrimonial da relação jurídica, tem-se a minimização da autonomia privada, e o grau de importância conferido à autonomia privada nesse particular será verificado em função da essencialidade da saúde à vida humana, de modo a prevalecer o direito à saúde em face da livre iniciativa.

Considerando que o intérprete constrói a norma no processo de concretização consistente na interpretação do texto jurídico, a fim de definir a norma de decisão capaz de dirimir o conflito que consubstancia o caso concreto, e que no caso de colisão de princípios deve

solucionar a questão, norteado pelo princípio da ponderação³⁰², tem-se que nessa mesma linha de raciocínio já foi construída a norma reconhecendo a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais em matéria de saúde suplementar, norteadas a interpretação pelo princípio da dignidade da pessoa humana que, ponderado em face da livre iniciativa, em razão do bem objeto da prestação ser a saúde, acabou por prevalecer para assegurar o cumprimento dos valores constitucionais. Examinemos:

ACÓRDÃO : 0264003-9 Apelação (Cv) Ano: 1988

Comarca: Belo Horizonte

Órgão Julg.: Quarta Câmara Cível

Relator: Juíza Maria Elza

Data Julg.: 12/05/1999

Dados Publ.: DJU 12.05.99

Decisão: Unânime

Ementa

“Indenização – Transplante de órgão – Plano de saúde – Prestação de serviço – Cláusula contratual – Nulidade – CF – Lei 8.078/90. A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas.

³⁰² Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p.84/86.

O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no Texto Constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor, mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também o risco.

Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado.”

1.3. O Conceito Constitucional de Serviço de Relevância Pública

Segundo lição de Eros R. Grau “... conceito é a representação de uma idéia universal que, quando intencionada, conduz à formulação, no pensamento do intérprete.”.³⁰³

O conceito essencialista busca a formulação da idéia universal através de singularidades, essencialidades do objeto, ponto este no qual se diferencia do conceito jurídico, eis que esse não se refere a um objeto, mas a uma significação, conforme ilustra o exemplo referente ao

³⁰³ Eros Roberto Grau, O conceito de “Relevância Pública” na Constituição de 1988, série direito e saúde n 1. ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, 1992.p 15.

conceito jurídico de território, o qual se refere à significação de incidência de um poder sobre determinado espaço físico.³⁰⁴

A finalidade do conceito jurídico é viabilizar a aplicação de determinadas normas jurídicas.³⁰⁵

Antes de buscar o conceito jurídico da expressão “*serviços de relevância pública*” prevista tanto no artigo 129, II como no artigo 197, ambos da Constituição Federal, a fim de estabelecer o seu alcance, mister se faz a análise dos vocábulos “*relevância*” e “*público*”.

Em linhas gerais, determina-se que o termo relevante designa algo importante, de grande valor ou interesse; enquanto que o termo público, mesmo sendo um vocábulo plurívoco, pode-se afirmar que designa uma idéia oposta à idéia de privado, ou seja, algo que pode ser usufruído ou que pertence a todos, ou, ainda, ao governo.

Ainda que haja a complexidade do tema e a divergência doutrinária quanto ao conceito jurídico de interesse público, nos serviremos do conceito jurídico oferecido por Bandeira de Mello, cuja percepção nos apresenta o interesse público em duas dimensões, uma primária consistente

³⁰⁴ Ibid., mesma página.

³⁰⁵ Ibid., p 17.

no cumprimento das normas do ordenamento jurídico, garantindo assim a segurança jurídica que é pilar de um Estado de Direito, e uma dimensão secundária que representa os interesses da pessoa jurídica de direito público; em outras palavras, o interesse do Estado.

O interesse público motivador da intervenção por parte do Ministério Público é o referente ao respeito ao Estado de Direito, ou seja, o primário.

No que diz respeito ao conceito de serviço público, embora as classificações da doutrina clássica permaneçam válidas, algumas de suas características não se ajustam aos comandos constitucionais, tal qual a idéia de que serviços públicos essenciais são aqueles que, por seu caráter de indispensabilidade para a sobrevivência do grupo social ou do Estado, apenas poderia ser prestado pelo Estado, não se admitindo a delegação.

Ora, torna-se evidente a essencialidade dos serviços e ações de saúde, os quais, no entanto, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, são prestados também pela iniciativa privada.

Essa prestação de atividades essenciais como a saúde por parte da iniciativa privada implica em algumas peculiaridades impostas pela

Constituição. Considerando que a saúde é um direito social nos termos preconizados pelo artigo 6º, bem como a sua condição de universalidade, ou seja, o fato de ser um direito de todos nos termos do artigo 196, além de ser um dever do Estado, tem-se que é mantida a responsabilidade do Estado, quando, por delegação, a iniciativa privada passa a ofertar serviços de saúde.³⁰⁶

Depreende-se da conjugação do artigo 129, II com o artigo 197, ambos da Constituição Federal, que existem outros serviços, além dos referentes à saúde, a serem apontados pela doutrina e pela jurisprudência com essa característica de relevância pública.

O elemento diferenciador dos serviços de relevância pública consiste no objeto do serviço, que em razão de sua essencialidade, acarreta para o estado o dever-poder de prestá-lo e, quando não o faz, assegura um poder de intervenção estatal maior do que em relação a outros serviços prestados por particulares, conforme se depreende da análise do artigo 197 da Constituição, que atrela a noção de relevância pública à regulamentação, à fiscalização e ao controle por parte do Poder Público.³⁰⁷

³⁰⁶ Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. SÉRIE DIREITO E SAÚDE N 1. ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, 1992.p 35.

³⁰⁷ Ibid.,p 38.

Para aferir qual o conceito constitucional da expressão “*serviços de relevância pública*”, Luis Alberto David Araújo³⁰⁸, com acerto, identifica os princípios constitucionais que conduzirão à interpretação constitucional apropriada a esta expressão, e as conseqüências jurídicas advindas dessa conceituação.

Para tanto, o citado autor faz menção aos princípios expressos e implícitos da Constituição e demonstra como identificar os princípios constitucionais, invocando os mesmos critérios citados nesse trabalho, no capítulo referente aos princípios constitucionais.

Dessa análise infere-se que tudo o que é principiológico é relevante, de forma que, ao efetuar uma interpretação sistemática à luz dos princípios fundamentais compreendidos nos artigo 1º e 3º em conjugação com as normas referentes à saúde prevista nos artigos 196 e 197, conclui-se que todos os serviços de saúde, por serem relevantes, deverão ser objeto de fiscalização por parte do Ministério Público, instituição à qual competirá promover as medidas necessárias à garantia de que todos os serviços de saúde sejam desempenhados respeitando os direitos assegurados na Constituição, assegurando ao Ministério Público a legitimidade para a

³⁰⁸ Luis Alberto David Araújo. O conceito de “Relevância Pública” na Constituição de 1988, SÉRIE DIREITO E SAÚDE N 1. ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, 1992,p.21/25.

propositura de qualquer ação referente à prestação de serviços e ações de saúde, eis por que a fiscalização por parte do Ministério Público abrange tanto a legalidade quanto a constitucionalidade, tanto dos atos normativos quanto das ações, ou até mesmo omissões governamentais, no sentido de cumprimento dos programas governamentais.

CONCLUSÕES FINAIS

- 1) A OMS conceitua a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças ou outros agravos.
- 2) A Constituição Federal de 1988 adotou o conceito da OMS em matéria de saúde, motivo pelo qual previu que o direito à saúde envolve tanto o saneamento básico, como pré-natal e pós-natal, além de atendimento médico preventivo e de recuperação.
- 3) Considerando o caráter democrático da Constituição pautada pelo princípio da igualdade material, foi assegurado em matéria de direito à saúde a todos os indivíduos, indistintamente, o direito de ser são e de manter-se são, abrangendo o direito à habilitação e à reabilitação.
- 4) O constituinte priorizou a tutela ao direito à saúde mediante previsão expressa em vários dispositivos, bem como sua previsão implícita através dos princípios norteadores do Estado brasileiro.

- 5) O direito social à saúde interpretado à luz do princípio da igualdade implica no fato de que todo o ser humano tem direito a obter um tratamento adequado ao seu problema, cumprindo esclarecer que o critério invocado para aferir-se o que significa a expressão tratamento adequado, é o desenvolvimento de técnicas e terapias da medicina, e não a situação econômica do indivíduo destinatário das ações ou serviços de saúde, pois que a Constituição consagrou a saúde como um direito de todos e dever do Estado.
- 6) O direito à saúde integra a seguridade social, e sua regulamentação específica localiza-se no Título VIII da Constituição que trata da Ordem Social.
- 7) As ações e serviços de saúde prestados pelo Estado integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um serviço único de saúde (SUS), tendo sido deferida à iniciativa privada participar do SUS de forma complementar, por meio de convênio ou contrato, ou ainda de forma suplementar, prestar serviços e ações de saúde mediante a obtenção de lucro.

- 8) As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública.
- 9) A saúde suplementar por envolver prestação de um direito social, por parte da iniciativa privada mediante a obtenção de lucro, exige a compatibilização do Princípio do Estado de Direito com o Princípio da Livre Iniciativa.
- 10) Tal compatibilização exige uma rigorosa apuração dos valores constitucionais e da função dos princípios, cumprindo observar que é pacífico o entendimento na doutrina de que os princípios constitucionais guardam os valores sociais, os quais em um Estado democrático representam os anseios populares abrigados na Lei Maior.
- 11) O constitucionalismo moderno potencializa a força normativa da Constituição, garantido-lhe qualidade de norma jurídica, de modo a vincular tanto o Poder Público como os particulares aos valores plasmados nos princípios constitucionais e nas regras programáticas, conformadores da ação estatal e social.

- 12) Os princípios têm por função prover a sistematização do documento constitucional, bem como servir como critério de integração e interpretação, na medida em que fornecem ao intérprete elementos axiológicos para uma razoável interpretação.
- 13) A colisão de dois princípios é denominada de antinomia imprópria e deve ser dirimida pelo princípio da ponderação.
- 14) Considerando que a livre iniciativa é um dos princípios fundantes da ordem econômica que tem por fim garantir a todos a existência digna, a ponderação deverá ser feita à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, a invocação desse princípio como vetor de interpretação repousa no fato de ser ele o pressuposto de todos os direitos fundamentais, gênero ao qual pertence o direito à saúde.
- 15) O limite imposto à livre iniciativa em matéria de saúde decorre da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.
- 16) A análise constitucional do sistema único de saúde e da saúde suplementar, assim como o avanço da regulamentação infraconstitucional relativa à saúde suplementar, demonstram a

tendência, inclusive legislativa, de reconhecimento de que a saúde suplementar se submete às diretrizes do Sistema Único de Saúde.

17) A comprovação dessa assertiva pode ser facilmente constatada pela análise da Lei 9656/98 que inovou, ao consagrar no artigo 10 o princípio da integralidade em matéria de saúde suplementar, quando estabeleceu a obrigatoriedade de cobertura de qualquer doença listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionadas com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde; bem como ao consagrar, nos artigos 11 e 14, o princípio da Universalidade de acesso à assistência privada à saúde, que garante a qualquer pessoa independentemente de idade, ou de ser portador de qualquer doença preexistente ou deficiência, a contratação de ações ou serviços privados de saúde.

18) O Conselho Regional de Medicina também é favorável a que a saúde suplementar se pautar pelos referenciais do SUS, no sentido de viabilizar um aperfeiçoamento legislativo, de modo a proporcionar a efetividade máxima dos direitos fundamentais, tornando a regulamentação infraconstitucional mais fiel às diretrizes constitucionais.

- 19) O poder regulatório exercido pela Agência Nacional de Saúde será considerado constitucional na medida em que cumpra sua função de assegurar a prestação da saúde suplementar como mais uma estratégia a garantir o direito à saúde, de tal forma que a atuação da agência deva ser sempre pautada pelos princípios constitucionais que norteiam a atuação do Poder Público, ou seja, pelo princípio da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e todos eles devem ser orientados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob pena da regulamentação expedida pela Agência Nacional de Saúde se tornar inconstitucional.
- 20) A saúde é um mínimo existencial em si próprio, de modo que qualquer negativa no tocante à prestação de ações ou serviços de saúde fere o núcleo intangível do princípio da dignidade da pessoa humana.
- 21) Compete ao Poder Público atender todas as necessidades dos indivíduos em matéria de saúde, quer através do desenvolvimento de programas governamentais a fim de atingir essa meta; quer pelo aperfeiçoamento da legislação infraconstitucional no sentido de viabilizar a maximização da aplicabilidade dos direitos fundamentais, dentre eles, em especial do direito à saúde; e através

da prestação jurisdicional, concedendo benefícios pleiteados em matéria de saúde, porque ao Poder Judiciário cabe, ao exercer a jurisdição através do princípio da subsunção, aplicar em última análise as diretrizes constitucionais para dirimir conflitos.

22) A concessão por parte do Poder Judiciário de benefícios em matéria de saúde não caracteriza usurpação de competência do legislativo, haja vista a Constituição ter estabelecido de forma prioritária os mecanismos de arrecadação e custeio de atividades essenciais, tal qual a saúde; por outro lado, não há que se falar em ofensa ao princípio da igualdade, por serem garantidos a todos de forma igualitária não só o direito à assistência à saúde, como o direito subjetivo público de uma prestação jurisdicional em matéria de saúde, quando o Executivo ou Legislativo incidirem em mora.

23) O reconhecimento da saúde como direito subjetivo público, ou seja, como direito exigível em juízo, reforça a própria separação dos poderes, na medida em que configura a atividade de controle por parte do Judiciário das atividades do Poder Executivo e Legislativo, no sentido de garantir a supremacia constitucional, evitando o descumprimento dos objetivos constitucionais, de modo

a garantir a segurança jurídica, nota característica de um Estado de direito.

24) As ações e serviços de saúde, por possuírem a natureza jurídica de serviços de relevância pública, em razão de sua essencialidade, impõem ao Estado o dever de prestá-los e confere um maior poder de intervenção quando a ação ou serviço é ofertado pela iniciativa privada, de modo a viabilizar a regulamentação, a fiscalização e o controle por parte do Poder Público.

25) O maior poder de intervenção do Estado na iniciativa privada em matéria de saúde suplementar decorre da vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, de modo que aos detentores do poder socioeconômico que se encontrem em relação de desigualdade de poder na relação jurídico-privada, tal qual ocorre em relação àqueles que prestam ações e serviços de saúde no âmbito da iniciativa privada mediante a obtenção de lucro, é imposta a mesma intensidade de vinculação dos direitos fundamentais imposta ao Poder Público.

26) Essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em relação àqueles que prestam os serviços da saúde suplementar

enseja a possibilidade de exigir a não-violação dos direitos fundamentais, inclusive cobrando deles o concurso para a implementação desses direitos.

27) Considerando que a eficácia privada dos direitos fundamentais é uma faceta da perspectiva objetiva de tais direitos, tem-se que os direitos fundamentais exercem uma função dirigente impondo ações positivas ao Estado e ao particular, transcendendo o enfoque dos direitos subjetivos, de modo que os direitos fundamentais passam a ser adotados como interpretação/aplicação do Direito em geral.

28) A abrangência dos princípios da universalidade e igualdade de acesso à assistência privada à saúde refere-se ao universo de consumidores que não podem ser impedidos por qualquer motivo - idade, sexo, origem, condição social, raça, nacionalidade e até mesmo por serem portadores de qualquer doença preexistente ou qualquer deficiência - de contratarem planos ou seguros de saúde.

29) O princípio do atendimento igualitário refere-se à prevalência do objeto em relação ao meio, ou seja, prevalece o direito à saúde em relação ao lucro a ser obtido pela assistência privada à saúde,

de forma que não há como se admitir constitucional a regra, segundo a qual, em relação aos contratos realizados anteriormente à promulgação da Lei 9656/98, por caracterizarem atos jurídicos perfeitos, é possível excluir coberturas. Isso se deve ao fato de que o princípio do atendimento igualitário tem por critério o tratamento da doença e os recursos disponíveis na medicina para combater o mal e não o tipo de plano aderido, que admitia a exclusão de coberturas.

30) O princípio da integralidade, reiterado nos termos da Lei 9656/98, reforça o delineamento constitucional, segundo o qual a saúde, por não ser cindível, não comporta exclusão de algumas doenças, pois a cobertura de um mal e a exclusão de outro que poderá ser desencadeado pelo primeiro, corresponde à ausência de contratação de assistência à saúde.

31) A prestação de assistência privada à saúde que estabelece recusas de atendimento em razão da espécie de plano contratado não é compatível com o regime constitucional, porquanto toma por pressuposto a possibilidade falsa de prever e conter os problemas de saúde dentro de alguns limites preestabelecidos pelo tipo de plano contratado, ou seja, hospitalar ou ambulatorial, critério

refutado em vários países onde o grau do desenvolvimento dos direitos fundamentais atinge de forma mais plena a realidade.

32) Ante todo o exposto, conclui-se que o regime constitucional da saúde suplementar é o mesmo delineado para a saúde pública, cabendo à iniciativa privada ofertar as ações e serviços de saúde de forma a assegurar aos consumidores o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças ou outros agravos, de modo que qualquer disposição legal que não assegure de forma universal, igualitária e integral o direito à saúde, ou qualquer conflito de interesses ensejado por uma interpretação, segundo a qual o direito à saúde pode ser compreendido como algo cindível, ou ainda em que não priorize o direito à saúde, por certo, fere as diretrizes constitucionais relativas a tal direito e, portanto, devem ser refutadas.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos. *As agências Reguladoras Independentes: Algumas Desmistificações à Luz do Direito Comparado*. Publicação Oficial

do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Ano VIII- Edição 17-
Março/2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2ed.Brasília: Corde, 1997.

_____. *A Proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANTUNES, José Pinto. *Os direitos do homem no regime capitalista*. São Paulo, 1947.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *RDP* n 57-58(1981).

_____. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. *RDP* n 57/58. 1992.

_____. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. ***Poder regulamentar ante o princípio da legalidade.*** Revista trimestral de direito público. São Paulo n 4, 1993.

_____. ***Curso de Direito Administrativo.*** São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. ***Princípios constitucionais Brasileiros.*** Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n.01:168-185, 1993.

_____. ***Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar.*** São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. (org.) ***A Nova Interpretação Constitucional.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro ; Martins, Ives Gandra da Silva. ***Comentários à Constituição do Brasil, v.II.*** São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS Celso Ribeiro. ***Curso de Direito Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. ***Direito Econômico Brasileiro***. São Paulo: IBDC, 2000.

_____. ***Hermenêutica e Interpretação Constitucional***. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. ***A Era dos Direitos***. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, (tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier 1992).

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***, São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, José Souto Maior. ***Pro-Dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais n.01:140-146***, 1993.

BOTTESINI, Maury Ângelo; Machado, Mauro Conti. ***Lei dos Planos e Seguros de Saúde***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL.Ministério da Saúde. *Agência Nacional de Saúde Suplementar.Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*-Rio de Janeiro: ANS, 2002.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org)1988-1998: *Uma década de Constituição*.Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____.*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Guido Ivan de Santos, Lenir.*Sistema Único de Saúde.Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José.*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1992.

CHAVES DE CAMARGO, A L. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.XXIV. Promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo. 2004.

CUNHA, Paulo César Melo. *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2003.

CURSO DE DIREITO À SAÚDE: **Planos e seguros de Saúde**.Promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi.*Direito à Saúde: Responsabilidade e Garantias, in O Direito Sanitário na Constituição Brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social*. Série Direito e Saúde, n 4: Brasília, 1994.

_____.*Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. 1995.

DALLEMULE, Patrizia Bonfá Martucci.A *Nova regulação dos planos privados de assistência à saúde sob o enfoque da proteção ao*

consumidor. Monografia elaborada como conclusão do curso de especialização PUC, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Norma Constitucional e Seus Efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves in **RPGESP**, n 29 (1988).

_____. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FRIEDE, Reis. ***Curso analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado***. 3^a.ed.,Rio de Janeiro:Forense,2002.

GARCIA, Maria. ***Limites da Ciência.A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Sérgio Alves. ***Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático***.Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Grau, Eros Roberto.***Ensaio e Discurso sobre a INTERPRETAÇÃO /APLICAÇÃO DO DIREITO***.São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. ***A Ordem Econômica na Constituição de 1988***.São Paulo: Malheiros, 2004.

Grau, Eros Roberto;Cunha Sérgio Sérulo(coords.) ***Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva***.São Paulo: Malheiros, 2003.

GREGORI, Maria Stella. *A normatização dos Planos Privados de Assistência à Saúde no Brasil sob a Ótica da Proteção do Consumidor*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2004.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI et al. *Código Brasileira de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* (Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation.) Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HELLER, Hermann. *Teoria Del Estado*. Trad. de Luís Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

Instituto de Defesa do Consumidor. *Planos de Saúde*. São Paulo: Globo, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. *Seguro saúde (Lei 9656/98)*. São Paulo: Lejus, 2000.

MACHADO NETO, A L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1973.

MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima et al. ***Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. ***Comentários ao Estatuto do Idoso***. São Paulo: LTR, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. ***Hermenêutica e Aplicação do Direito***. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Jorge. ***Manual de direito constitucional***. Coimbra: Coimbra. 1983.

MONTESQUIEU. ***Do espírito das Leis, II, cap. VI. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues***. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção – Os pensadores).

MORAES, Alexandre. ***Direito Constitucional***. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo. ***O problema do sindicato único no Brasil. Seus fundamentos sociológicos***. 2^a.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. ***Agências Reguladoras***. Barueri: Editora Manole, 2003.

NADER, Paulo. ***Introdução ao Estudo do Direito***. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. ***Pessoa Natural: Sujeito de Direito***. Tese de Doutora. PUC-SP, 1998.

NICZ, Alvacir Alfredo. ***A liberdade de iniciativa na Constituição***.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO Yolanda Alves Pinto. ***Código de Defesa do Consumidor Interpretado***. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAGANO, Ana Claudia de Carvalho. ***A Saúde Pública em Face do Código de Defesa do Consumidor***. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. ***Saúde e responsabilidade. Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde***.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento(orgs.) ***Os Princípios da Constituição de 1988***.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.) ***História da Cidadania***.São Paulo: Contexto, 2003.

PORTO, MAURÍCIO COSTA.***Os Princípios da República e da Livre Iniciativa nas Constituições Brasileiras.(A evolução das ciências pela alteração de paradigmas)***. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 1997.

REALE, Miguel.***Teoria Tridimensional do Direito***.

_____.***Filosofia do Direito***.São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. ***Lições Preliminares de Direito***.São Paulo: Saraiva, 1996.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. ***Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde***.São Paulo: Saraiva, 2000.

_____.***Manual da Monografia Jurídica***.São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. ***O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana***. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, CÁRMEN LUCIA ANTUNES. ***O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social***. Revista Interesse Público n 4. 1999.

ROCHA, Júlio César de Sá da. ***Direito da Saúde- Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos***. São Paulo: LTR, 1999.

ROTHENBURG, Walter Caudius. ***Princípios Constitucionais***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROURE, Agenor de. ***Formação Constitucional do Brasil: Jornal do Comércio & C, 1914***

SANCHEZ, Maria Cecília. ***"Regulação como Instrumento das Políticas Públicas do Estado Contemporâneo: Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS"***. Dissertação de Mestrado. USP, Faculdade de Saúde Pública, 2001.

SANTOS, Roberto. ***Leis sociais e custo da mão de obra no Brasil***. São Paulo: LTR: EDSP, 1973.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. ***Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira.*** Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.) ***A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. ***Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. ***Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2004.

SARMENTO, Daniel. ***A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.*** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso. ***Curso de Direito Constitucional Positivo.*** São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. ***O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito.***São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ary.***Fundamentos de Direito Público.***São Paulo: Malheiros, 1992.

TALAMINI, Eduardo.***Dignidade humana, soberania popular e pena de morte.*** Revista Trimestral de Direito Público n 11/178.

TAVARES, André Ramos. ***Curso de Direito Constitucional.*** São Paulo: Saraiva, 2002.

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

TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia.***Federalismo e Políticas Sociais.*** Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, ANPOCS, n28, ano, junho 1995, p.91.

TINANT, Eduardo Luis. *Antología para uma Bioética Jurídica*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Tribunal Regional Federal da 1^a Região. *A Constituição na Visão dos Tribunais. Interpretação e Julgados artigo por artigo*. Volume 3. Brasília: Gabinete da Revista; São Paulo: Saraiva, 1997.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Sistema Único de Saúde (SUS). Características e sua Inserção no Contexto Federativo*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZOUAIN, Renato Sorroce. *Livre Iniciativa e Livre Concorrência nas Constituições do Brasil*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2002.

ZUCCHI, Paola. *Seguro Saúde no Brasil: Tendências de Consumo*. Tese de doutorado. USP- Faculdade de Saúde Pública, 2002.

