

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 3

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2008

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 3 Julho/Dezembro de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof^ª. Salete Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:

**O PAPEL DAS EMPRESAS OPERADORAS DE
PLANOS DE SAÚDE NA BUSCA PELA
EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À SAÚDE
NO MODELO BRASILEIRO DE ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
Garantia de dignidade da pessoa humana**

**THE ROLE OF THE HEALTH PLANS COMPANIES OPERATORS IN
SEARCH FOR EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHT TO HEALTH
IN THE BRAZILIAN MODEL OF DEMOCRATIC STATE OF LAW:
Guarantee of human dignity**

*Elisa Bonesi Jardim
Carolina Bonadiman Esteves*

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o papel das empresas de planos de saúde para efetividade do direito fundamental à saúde. O método utilizado foi o dedutivo. O trabalho foi dividido em cinco capítulos. Na introdução foi apresentada a problemática. No segundo capítulo tratou-se da abrangência do termo “direito à saúde”, de quem tem dever de prestar a saúde no Brasil, das principais normas e do porquê desse direito ser humano e fundamental. No terceiro capítulo apresentam-se o conceito de saúde suplementar, o contexto do surgimento dos planos de saúde no Brasil, sua evolução, bem como analisa-se a lei dos planos de saúde. No quarto e quinto capítulos discorreu-se sobre o modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito e a atuação dos planos de saúde dentro dele para se chegar à efetividade da prestação do direito à saúde, bem como dos conceitos de efetividade e dignidade da pessoa humana, além da aná-

lise de se as empresas estão cumprindo seu papel. Concluiu-se que no Estado Democrático de Direito o papel das empresas operadoras de planos de saúde é também o de garantir a efetividade da prestação da saúde, na busca pela dignidade da pessoa humana, e respeitar os direitos fundamentais. No entanto, esta é questão delicada, pois envolve interesses do mercado, e está longe de um equilíbrio.

Palavras-chave: Empresas de planos de saúde, efetividade, direito fundamental à saúde.

Abstract: The purpose of this article is to examine the role of enterprises of health plans for effectiveness of the fundamental right to health. The deductive method was used. The work was divided into five chapters. Its introduction presented the issue. The second chapter dealt with the scope of the term “right to health”, who has the duty to provide health in Brazil, the main standards and why it is a human and fundamental right. The third chapter presents the concept of health supplement, the context of the emergence of health plans in Brazil, its evolution and analyze the law of health plans. In the fourth and fifth chapters it was showed the democratic rule of law and the performance of health plans within the same to reach the effectiveness of the provision of the right to health as well as the concepts of effectiveness and dignity, in addition to the analysis of if the companies are fulfilling their role. It was concluded that the democratic rule of law the role of business operators of health plans is also to ensure the effectiveness of the provision of health, in the quest for human dignity, and to respect the fundamental rights. However, this is a delicate issue, because it involves interests of the market, and it is far from an equilibrium.

Keywords: Enterprises of health plans, effectiveness, fundamental right to health.

1. Introdução

Os direitos humanos estão em foco atualmente. Tenta-se na comunidade jurídica nacional e internacional não apenas enunciá-

los, mas fazer com que eles sejam efetivamente cumpridos, após anos de descaso e massacre. Não é diferente com o direito à saúde. De fato, ele é hoje no Brasil tema dos mais debatidos, seja no mundo jurídico ou social. O caos que se instalou pelo país no âmbito da saúde explodiu em todas as esferas e causa alarde até mesmo aos mais otimistas.

É um dos direitos que sofre de forma mais direta o descaso com os direitos humanos, seja no plano público, seja no plano privado. Ambas as esferas deveriam garantir o acesso a esse direito humano; no entanto, o que se vê é um abandono a esse direito.

No plano da saúde pública, há falta de medicamentos, de leitos, de médicos e de respeito ao ser humano. Já no âmbito da saúde suplementar, o desrespeito também prepondera, haja vista que as empresas de planos de saúde e demais entidades privadas não cumprem, muitas vezes, com seu papel de prestadores de serviço essencial e também direito humano, mesmo quando a contraprestação é paga de forma adequada.

Mas qual a relação do direito fundamental à saúde com o direito de empresa?

De fato, a saúde no Brasil se desenvolve em duas vias: a saúde pública e a saúde suplementar. A Constituição Federal assegurou também a empresas privadas a tarefa de dividir com o Estado a prestação da saúde no Brasil. Vieram as empresas de planos de saúde de inúmera monta a prestar esse serviço público essencial.

Dada a ineficiência e ineficácia da prestação de saúde diretamente pelo poder público, os indivíduos tentam “apertar” seus orçamentos e pagar uma mensalidade a uma empresa privada para que ela financie os serviços de saúde necessários.

Ocorre que as prestadoras muitas vezes se esquecem de que o seu “negócio” é também prestação de serviços para realização de um direito humano e de que esse serviço contribui para a dignidade ou indignidade da pessoa humana. Apesar de ser exercida por parti-

culares, tornando-se um empreendimento lucrativo, a saúde suplementar evidencia o princípio da dignidade da pessoa humana, direito humano por excelência.

Diante desse quadro, busca-se responder à seguinte questão: qual é o papel dessas empresas para a efetivação do direito humano à saúde no modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito?

Nesse contexto, outros questionamentos também podem ser feitos: por que o direito à saúde é direito humano? Por que é também um direito fundamental? Quais são as principais normas que regulam o direito humano à saúde no Brasil? O que está abrangido pela expressão “direito à saúde”? Quem tem o dever de exercer o direito humano à saúde no Brasil? O que é saúde suplementar? Como foram criadas as empresas de planos de saúde no Brasil e qual a legislação adotada? O que é efetividade de um direito? As empresas de planos de saúde estão exercendo sua função na efetivação do direito fundamental à saúde?

O presente artigo pretende responder a essas questões, utilizando-se do método dedutivo. Assim, o segundo capítulo tratará: da abrangência do termo “direito à saúde”, do porquê desse direito ser humano e fundamental, das principais normas sobre o assunto e, por fim, de quem tem dever de prestar a saúde no Brasil.

No terceiro capítulo, apresentam-se o conceito de saúde suplementar, o contexto do surgimento dos planos de saúde no Brasil e sua evolução, bem como analisa-se a lei dos planos de saúde.

O quarto e o quinto capítulos discorrem sobre o Estado Democrático de Direito e a atuação dos planos de saúde dentro dele para se chegar à efetividade da prestação do direito à saúde. Esses capítulos tratam também dos conceitos de efetividade e dignidade da pessoa humana, além das ações judiciais existentes em face das empresas de planos de saúde, que evidenciam que o seu papel de efetivação de direito fundamental não está sendo feito de forma satisfatória.

2. O direito à saúde no Brasil: uma questão de direito humano e fundamental

Antes de se adentrar propriamente o estudo do papel das empresas prestadoras de planos de saúde para a efetividade desse direito fundamental, cumpre analisar exatamente o que se pretende estudar.

Em um primeiro momento, cumpre saber o que pode ser entendido por “direito à saúde”. Na primeira metade do século XX, com o isolamento de germes causadores de enfermidades, afirmava-se que a saúde consistia em procedimentos para curar doenças, mas, com a Segunda Guerra Mundial, afirmou-se ser o “direito à saúde” expressão englobadora de todos os esforços relacionados à vida saudável e ao bem-estar, seja ele físico, psíquico ou moral do ser humano. A segunda opinião, por ser mais ampla, parece ser a mais adequada.

De fato, o direito à saúde no Brasil não pode ser entendido apenas como recuperação de indivíduos acometidos por doenças. Segundo o disposto no artigo 196 da Constituição (BRASIL, p. 61), “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ou seja, a Constituição Federal, Lei Maior do país, entende que saúde é o direito de redução do risco de doenças e acesso a serviços não só de recuperação, mas também de proteção e promoção da saúde. Em assim sendo, não há como se entender de forma reduzida o direito à saúde.

No entanto, o entendimento da expressão não estaciona nas dimensões informadas pela Constituição. Voltando-se à Antiguidade, os filósofos já afirmavam que o direito à saúde relacionava-se com o meio em que as pessoas vivem, assim como na Idade Média e no século XIX. Nas palavras de Sueli Gandolfi Dallari (1988):

Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV a.C., refere à influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências. Do mesmo modo, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Devido a sua experiência como mineiro pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho. Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações .

Essa idéia fica completamente estabelecida depois da Segunda Guerra Mundial. Com os países da Europa destruídos pela segunda vez e sem condições econômicas de prover as necessidades da população, o meio levou à falta de saúde da população. Criou-se a Organização das Nações Unidas, que, entendendo a saúde como direito essencial, instituiu a Organização Mundial da Saúde — OMS.

Para ela, a expressão “direito à saúde” tem uma concepção ampla e abrangente. Tanto é assim, que no preâmbulo da Constituição da OMS (2008) afirma-se o seguinte:

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE.

Os Estados parte na Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são básicos para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afeições ou enfermidades.

A fruição do grau máximo de saúde pode ser visto como um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é condição fundamental para se chegar à paz e à seguridade, e depende da mais ampla cooperação das pessoas e dos Estados. (Tradução livre. Grifou-se)

E novamente segundo Sueli Gandolfi Dallari (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 48):

Pode-se verificar, portanto, que conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, abrangendo desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificado no direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana. Isso sem esquecer do direito à igualdade, implícito nas ações de saúde de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias, por exemplo.

Assim, por tudo o que foi dito acima, pode-se concluir que o conceito de direito à saúde é o mais amplo possível, indicando bem-estar físico, mental e psicológico da população. Tanto é assim que os artigos 225, 230 e 277 da CF podem ser considerados como proteção à saúde, porque dispõem, respectivamente, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente o direito à saúde, que ao idoso é garantido o direito à vida e, por fim, que o meio ambiente equilibrado é essencial à vida sadia, tudo na concepção ampla da expressão “direito à saúde”.

Mas quem teria o dever de prestar a saúde no Brasil? Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 39) afirma que “a Constituição de 1988 mudou profundamente o sistema de competências da área da saúde. A parte global das matérias pode ser legislada nos três planos – federal, estadual e municipal.”

Assim, percebe-se que as três esferas do Estado têm o dever de prestar a saúde no Brasil, informação corroborada pelo artigo 196 da Constituição Federal, o qual afirma o dever do “Estado” de prestar a saúde no Brasil, não especificando qual de suas esferas.

No entanto, os três entes políticos do Estado brasileiro não estão sozinhos na prestação do direito à saúde, uma vez que, segundo os artigos 197 e 199 da Constituição Federal (BRASIL, p. 61 e 62):

Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente **ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

[...]

Art. 199: **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada** (grifou-se)

Ou seja, também as entidades privadas prestam a saúde no Brasil. E têm o dever de prestá-la com a consciência de que se trata, conforme artigo 197, de ações de “relevância pública”.

Tanto é assim que as principais normas sobre saúde no Brasil não são apenas a Constituição Federal de 1988 e as leis que criaram o SUS (lei nº 8080/90) e a ANS – Agência de Saúde Suplementar (lei nº 9961/2000), mas também a lei que regulamenta a atividade das empresas operadoras de planos de saúde, lei nº 9656/98, alterada pela MP nº 2177-44. Apesar de recém chegada (apenas 10 anos de regulação), é norma abrangente que determina as regras de relacionamento das empresas com o direito fundamental e humano à saúde.

Mas por que o direito à saúde seria um direito humano e também fundamental? Certo é que o direito à saúde já constava da Declaração Francesa, mas é no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da Organização das Nações Unidas (2008) que ele se apresenta como direito humano:

Artigo XXV.

1. **Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, **cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis**, e direito à segurança em caso de desempre-

go, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (grifou-se)

Ora, sendo o direito à saúde relacionado à própria vida dos indivíduos, e sendo ela um bem maior protegido universalmente, como não entender a saúde como direito humano? Tanto é assim que Peres Luño, citado por André Ramos Tavares (2007, p. 433), afirma serem os direitos humanos:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Nesse prisma é que também a fundamentalidade do direito à saúde pode ser observada. Segundo consta do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, p. 7), “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, (...)” Ou seja, a vida é tida pela Lei Maior brasileira como direito fundamental, uma vez que consta do rol do artigo 5º, já declarado como abrangente de direitos fundamentais.

Não obstante, o direito à saúde consta também do artigo 6º da Carta Magna (BRASIL, p. 11), como um direito social: “são Direitos sociais a educação, a saúde, a moradia,...”, e direitos sociais se encaixam no rol dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Não se pode esquecer também de que o direito à saúde é questão que leva à dignidade da pessoa humana, valor eleito pelo legislador pátrio como um dos fundamentos da República Brasileira no artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 2006, p. 7). Ademais, segundo artigo 3º da Lei Maior (BRASIL, 2006, p. 7), um dos fundamentos do modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito é exatamente “promover o bem de todos”.

Todas essas normas evidenciam a fundamentalidade do direito à saúde. Mas esse direito não é fundamental apenas por estar alocado em um determinado capítulo da Constituição. É fundamental por constituir a essência da própria pessoa humana, por ser inerente a ela e, segundo Gustavo Amaral em obra organizada por Ricardo Lobo Torres (2001, p. 103), “os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado.” Já Gustavo Binbenbojm, citado por Ricardo Lobo Torres (2002, p. 245), afirma que:

Fundamentais seriam, assim, os direitos decorrentes diretamente e princípios morais (arguments of principels), assegurando uma esfera de liberdades inalienáveis do indivíduo, nelas se incluindo os direitos individuais (ou civis, conforme chamados no direito anglo-saxônico), os direitos políticos e os direitos sociais e econômicos mínimos que integram o mínimo existencial; [...]

No entanto, apesar de a existência da fundamentalidade não depender de qualquer codificação, segundo afirma Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 43):

Somente com a reorganização política internacional em meados do século XX e com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946) a saúde foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica e conceituada como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos. (grifou-se)

Tanto é assim que a OMS afirma que “a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano” (DALLARI, 1995, p. 19).

Assim, foram plenamente demonstrados o conceito de direito à saúde e a fundamentalidade e humanidade nele existentes, fatos que são de suma importância para verificação do papel das operado-

ras de planos de saúde na efetivação desse direito. Afinal, como buscar efetivação de algo de que não se sabe o real sentido?

3. A saúde suplementar e as empresas operadoras de planos de saúde

Diante da fundamentalidade e da humanidade do direito à saúde, e observando-se que ele desenvolve-se em duas vias – pública e privada –, cumpre aqui afirmar o que se entenderia por saúde suplementar.

A denominação pode ser verificada dos artigos 196, 197 e 199 da Constituição Federal. Quando afirma ser dever do Estado prestar a saúde, o artigo 196 também permite a delegação, a outrem, da faculdade de fazê-lo. O Estado, então, abriu também aos particulares essa prestação de serviço público por meio dos artigos 197 e 199. Fala-se, nesse contexto, que as empresas operadoras de planos de saúde suplementam o sistema de saúde público brasileiro, ou seja, realizam juntamente ao Estado a prestação desse serviço público. Denomina-se também de setor secundário.

Certo é que o aparecimento das empresas de planos de saúde no Brasil acompanha as transformações pelas quais o país passou como reflexo das mudanças internacionais. Na realidade, a implantação dos planos no Brasil deveu-se a uma convergência de fatores.

O Estado de Direito passou por algumas transformações ao longo de sua existência. Em um primeiro momento, se chamou Estado Liberal, já que não era intervencionista nas relações entre os particulares ou no mercado em geral. Já em um segundo momento, passou a intervir na economia, tornando-se Estado dirigente, levado a isso pelas atrocidades cometidas na Primeira Guerra Mundial e, principalmente, pela reivindicação de direitos sociais por parte das camadas exploradas pela burguesia.

Após esse período, que no Brasil ocorreu durante a Era Vargas

e o Regime Militar, o Welfare State entrou em colapso. Nas palavras de Maria Stella Gregori (2006, p. 110):

No final do século XX, assiste-se ao agigantamento do Estado, em face das múltiplas funções assumidas, o que levou ao aumento dos gastos públicos e ao inchaço da máquina administrativa, em descompasso com o ritmo mais célere propiciado pela globalização.

E essa mesma autora (GREGORI, 2006, p. 110) completa mais adiante que:

[...] houve um crescimento desmedido do Estado. Com a ampliação de suas atribuições, ampliou-se a ineficiência no desempenho de suas funções, por fatores diversos, entre os quais se destacam a organização burocrática centrada em processos, os elevados gastos públicos e a crise financeira e fiscal.

Dentro desse quadro, na década de 70 havia um profundo receio em relação à saúde pública. Já naquela época, ela não correspondia aos anseios da sociedade. Somados a isso vieram a globalização e a conseqüente abertura do mercado brasileiro a multinacionais que acabaram vislumbrando, no Brasil, um mercado promissor na área de prestação de serviços de saúde. Nos dizeres de Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 106):

Os planos de saúde no Brasil desenvolveram-se a partir da década de 70. A insatisfação e a insegurança da população diante da prestação do serviço público de saúde fizeram com que, em relativo pouco tempo, um número expressivo de consumidores brasileiros se visse vinculado a um contrato privado de prestação de serviços.

Já na década de 80, houve uma explosão de planos de saúde privados no Brasil. Segundo Ligia Bahia (2001), “a revelação da existência de um grande mercado de planos de saúde, no final da década de 1980, ocorreu simultaneamente a uma importante intensificação da comercialização de planos individuais, a decisiva entrada de grandes seguradoras no ramo saúde”.

Ocorre que as empresas de planos de saúde se instalaram e prestavam seus serviços sem nenhuma regulamentação e, como visavam e visam o lucro, os problemas começaram a aparecer. Os contratos de adesão dos planos de saúde faziam de tudo em suas cláusulas obscuras para que o custo fosse reduzido. Mas o que fazer se esse mercado não estava regulamentado?

Parte dos problemas acabou com a entrada em vigor em 1990 do Código de Defesa do Consumidor. Não havia mais a negação da fragilidade dos clientes das operadoras nem se podia deixar de lado o caráter de consumo da relação. Não se pode esquecer também da Lei Orgânica da Saúde (lei nº 8.080/90), norma geral sobre a prestação da saúde no Brasil, que também orientou o mercado nessa época e deve ser seguida pelas empresas de planos de saúde até os dias atuais.

No entanto, o mercado cada vez mais crescente, e cada vez mais problemático para os assistidos, necessitava de uma regulamentação própria, que indicasse previamente quais seriam as condutas a se esperar de uma empresa prestadora desse direito fundamental. Assim, finalmente, em 1998 foi editada a lei nº 9656, que regulamentou essa prestação de serviço, mas a Lei Orgânica e o CDC continuaram sendo adotados de forma subsidiária.

Entretanto, apenas isso não bastava. Sob o perigo de uma ditadura do mercado diante de um direito fundamental, e estando o Estado preocupado com “setores desorganizados e com competição desordenada” (SOUTO, 2007, p. 222), criou-se por meio da lei nº 9.961/00 a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O fato é que ela não foi criada da mesma forma que as demais agências reguladoras, como meio de regular atividades privatizadas pelo Estado. Na verdade, a ANS:

[...] tem como objetivo precípua a regulação, a normatização, o controle e a fiscalização das atividades que garantem a manutenção e a qualidade dos serviços privados de atenção médico-hospitalar ou

odontológica prestados por intermédio da operação de planos de saúde. Além disso, também lhe compete a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadoras e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

[...] A ANS difere das outras agências, pois nesse setor não houve privatização de entidades estatais que prestavam serviços e não existia qualquer tipo de intervenção estatal na atividade econômica específica até 1998 com o advento da Lei 9656/98, que passou a dispor sobre a prestação de serviço e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

(GREGORI, 2006, p. 117)

O referido autor inclusive comenta que a necessidade da criação da ANS foi exatamente em função da relevância pública das atividades desenvolvidas, capazes de afetar a integridade da vida humana, bem indisponível (GREGORI, 2007, p. 122).

Em assim sendo, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado prestação da saúde pública, bem como normas de controle da saúde privada, para que a assistência privada à saúde ocorra de acordo com a dignidade humana (OLIVEIRA, 2006, p. 110). Isso porque há o dever do Estado de proteger os indivíduos inclusive contra agressões de outros particulares (SARLET, 2002, p. 111).

A Lei dos Planos de Saúde, então, trouxe novidades que remontam à proteção dos direitos humanos e fundamentais, demonstrando e deixando a entender que também as empresas daquele setor deveriam respeitar esses direitos, dando à sua atividade essa devida importância.

Algumas dessas inovações, segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2000, p. 8), são a garantia contra a discriminação por idade ou deficiência, bem como a proibição da limitação do prazo de internação. Inovou-se também na necessidade de informação ao cliente (quanto a carências, internações, reajustes, faixas etárias, etc.); aten-

dimento em casos de emergência com período de carência de apenas vinte e quatro horas; liberdade para profissionais da saúde escolherem os meios diagnósticos ou terapêuticos em prol do paciente, dentre outras (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359).

Como afirmou Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 110), “a Lei de Planos de Saúde serve como instrumento essencial à preservação da dignidade da pessoa humana. Sua razão de ser é a tutela adequada da saúde da pessoa humana, tornando sua existência mais digna”.

No entanto, essa lei não trouxe apenas benefícios. Ela deixou para trás questões que levariam à dignidade ou tratou de outras que levam à indignidade. Afirma-se que o primeiro ponto questionado da lei foi o fato de ter suprimido a menção às Leis 8.078/90 e 8.080/90, ou seja, suprimiu a referência à Lei de Organização da Saúde e ao CDC, “dando a entender, em uma leitura apressada, que o setor privado estaria desobrigado ao cumprimento de seus preceitos gerais” (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359).

Outras duas impropriedades citadas pelos mesmos autores (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359 e seguintes) seriam a criação, sem guarida no campo da medicina, do conceito de doença preexistente – que não teria cobertura, em clara ofensa ao direito à saúde –, bem como o aumento de mensalidade por mudança de faixa etária, denotando intenção de retirada dos idosos dos planos de saúde dado o alto custo dos procedimentos por eles utilizados, além de ferir a isonomia, direito fundamental. Ao julgar o Recurso Especial nº 989.380 em 6 de novembro de 2008, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, proferiu decisão unânime, entendendo pela vedação dos reajustes das mensalidades em razão da mudança de faixa etária (STJ, 2008).

Em contraponto ao que a lei determinou – que, nesse ponto, em nada reflete os direitos fundamentais –, Vicente de Paulo Barretto (SARLET, 2003, p. 113), afirma que:

a dimensão social abarca toda a sociedade, desde o direito à segurança até o mínimo de bem-estar econômico, e materializa-se por meio da divisão da herança social, implicando na subordinação do preço de mercado à justiça social, na substituição da livre negociação por uma declaração de direitos.

Por fim, vale aqui também tecer comentários sobre a lei criadora da entidade reguladora das empresas de planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Segundo denota-se de seu artigo 3º, a ANS tem por finalidade “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto a suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”

Ou seja, apresenta-se o fato de que a prestação à saúde pelo setor privado é interesse público. Isso já leva à compreensão, de início, de todo o respeito a direitos fundamentais que devem ter as entidades privadas prestadoras de direito à saúde.

Apresentados nesse capítulo o mercado das empresas de planos de saúde no Brasil e toda a sua trajetória, a sua origem explica de forma clara a atual situação de desrespeito aos direitos fundamentais, pois essas empresas foram criadas visando ao lucro, em uma situação de fragilidade do Estado, atuando muitas vezes sem nenhuma regulação, que foi feita apenas na década de 90. A regulamentação, por sua vez, apresenta o caráter público da prestação da saúde pelos particulares e a preocupação por parte do Estado, que inclusive criou uma agência para regular o setor.

4. Atuação das empresas de planos de saúde no modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito: efetividade do direito fundamental à saúde

Vive-se hoje em um Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, a atuação das empresas operadoras de planos de saúde

deve estar em consonância com esse paradigma. Na seqüência deste trabalho, será possível saber como fazê-lo, mas antes é preciso ter uma noção do que se entende, no Brasil, por esse modelo de Estado.

Segundo o artigo 1º da Constituição federal de 1988, o Brasil é um “Estado Democrático de Direito”. Argumenta-se que “a expressão ‘Estado democrático de Direito’ foi cunhada pelo espanhol Elías Díaz que a empregou no livro *Estado de derecho y sociedad democrática*, como significado de transição para o socialismo” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 63).

No entanto, o sentido atual é completamente outro. Dalmo de Abreu Dallari (GRAU & GUERRA FILHO, 2001, p. 197), ao fazer uma crítica à visão atual formalista do Direito, dá uma idéia do que seria o Estado Democrático de Direito:

Em síntese, há uma visão puramente formalista do Direito, que não liga a expressão ‘Estado de Direito’ a um conteúdo ético, político e social, não tendo qualquer preocupação com a legitimidade do Direito, podendo-se dizer que, nessa perspectiva, não é pelo Direito que o Estado se legitima. O grande risco dessa posição, como a História tem demonstrado, é a aceitação ou a promoção de qualquer Direito, desde que este signifique o conjunto de formalidades por meio das quais o Estado desenvolve suas atividades, não importando se para promover a dignidade humana ou para praticar injustiças e garantir privilégios.

Da conclusão acima exposta pode-se entender que o referido doutrinador entende como Estado Democrático aquele com conteúdo ético, político e social, preocupado com a legitimidade do Direito, bem como com a promoção da dignidade humana e a inexistência de práticas injustas.

O conceito de Estado Democrático de Direito é, pois, de algo em permanente mutação, envolvido com os valores sociais e, como visto, objetivando a transformação social. Suas características remontam a ser ele um Estado de Direito, concretizador dos direitos indivi-

duais, sociais, em síntese, dos direitos humanos, que também se manifestam de forma coletiva, mas tudo dentro da democracia, da participação dos atores, dos destinatários da norma.

Da mesma forma que o Estado Liberal trouxe dentro de si a sua queda (criou massas de trabalhadores sem os devidos direitos sociais, explorados pela burguesia liberal), também o Estado Social acabou por plantar o seu fim, levando ao atual Estado Democrático de Direito. O fato é que, com a grande reivindicação de materialização de direitos pelo Estado, ele agigantou-se, produzindo o aumento da máquina pública e do Executivo, perdendo-se, muitas vezes, a noção de indivíduo em detrimento do coletivo, sem dar a devida importância à democracia.

De fato, os *Welfare States* acabaram por gerar ditaduras ao redor do mundo, situações em que os governantes, sob o argumento de garantia de direitos aos cidadãos, tomavam para si o poder do Estado, passando eles mesmos a dizer quais direitos a população reivindicava e esquecendo-se da representação popular.

Dada as atrocidades cometidas nessa época, após a Segunda Guerra Mundial surge nova gama de direitos a ser reivindicados, especialmente o de solidariedade, ao mesmo tempo em que emerge da realidade um clamor por democracia. Complementando, Fábio Konder Comparato (2004, p. 55) afirma que, após esse período compreendeu-se o valor da dignidade humana.

Segundo Eduardo Ritt (2002, p. 38), o Estado Democrático de Direito “surge na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídicas e a preocupação social”. E, mais adiante, na mesma página, completa que “ao assumir o perfil Democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, a transformação do *status quo*, numa constante reestruturação das próprias relações sociais”.

Na verdade, e até em função do acima declarado, pode-se falar atualmente em um Estado Democrático e Social de Direito, mas

não se fala aqui de uma retomada do Estado Social nos moldes estudados. Muito pelo contrário. Defende-se a idéia de que o surgimento do Estado Democrático de Direito não retira em nada o intervencionismo estatal com a função de garantia e proteção de direitos, especialmente direitos humanos. Nesse prisma é que haverá um toque entre as funções do Estado nos dois paradigmas. Nas palavras de Oswaldo Luiz Palu (2004, p. 73):

[...] é claro que o princípio democrático havia sido acolhido nas concepções anteriores, porém, agora, procura-se fixar a participação popular nas decisões governamentais e o efetivo controle da Administração. Buscou-se substituir a idéia do Estado Legal – formalista – por uma idéia de Estado agregado aos ideais de Justiça. **O Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser ainda Estado democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático.** Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei apenas em sentido formal. Hoje, portanto, fala-se em Estado democrático de Direito que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado democrático) e o da justiça material (Estado de Direito). [grifou-se]

Certo é que, no presente paradigma estudado, o Estado deve garantir direitos fundamentais, da mesma forma em que também deveria garantir no Estado Social. No entanto, a diferença está na participação dos atores no processo de garantia desses direitos.

É nesse contexto de Estado Democrático e Social de Direito que se vislumbra a atuação das empresas operadoras de planos de saúde. De fato, como ficou demonstrado no segundo capítulo do presente artigo, essas empresas atuam com direito humano e fundamental, de ampla conceituação e, ao fazer isso no Estado Democrático de Direito – que tem o escopo de perseguir a dignidade da pessoa humana, a justiça social e relações sociais sadias, conforme asseverado acima –, devem respeitar esse direito fundamental que é também o seu negócio.

Assim, tem grande importância a doutrina que defende o respeito aos direitos fundamentais também nas relações privadas, tal como a obra de Daniel Sarmento (2006). Apesar de esses direitos terem sido criados, em sua origem, para fazer frente às atrocidades cometidas pelo Estado ao cidadão, agora também podem ser vistos como direitos das partes nas relações privadas, quando há ou quando não há desigualdade de posições.

É a doutrina das eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Vertical quando os direitos fundamentais são afirmados em face do Estado, visto como o “Leviatã”; e horizontal quando também nas relações particulares exige-se o respeito aos direitos fundamentais. No entanto, existe a eficácia imediata e mediata horizontal.

Na Alemanha, na década de sessenta, a posição foi de que não havia vinculação de particulares aos direitos fundamentais. Já nos Estados Unidos, a posição foi a mesma em um primeiro momento, mas posteriormente apresentou-se pela vinculação direta, quando o desempenho das atividades fosse de cunho estatal. No entanto, existe ainda a doutrina da eficácia imediata, segundo a qual os direitos fundamentais vinculariam os particulares após serem realizados pelo legislador, admitindo a renúncia desses direitos em certas relações (TAVARES, 2007, p. 457).

Mas qual a opção correta, até mesmo para aplicação nas empresas prestadoras de direitos à saúde? Por meio da decisão proferida no Recurso Extraordinário 201.819 (STF, 2005), o Supremo Tribunal Federal passa um indício do que entende. Com efeito, em seu voto, o Ministro Celso de Mello entendeu pela vinculação direta ao dizer que:

É por essa razão que a autonomia privada — que encontra claras limitações de ordem jurídica — não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa

também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet também os particulares encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, recusando as teses que negam tal vinculação, pois no contexto do Estado Democrático de Direito não há como afastá-la (SARMENTO, 2006, p. 579). Além disso, em outra obra (SARLET, 2000, p. 155) esse mesmo autor assevera que a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos leva a uma maior intensidade na vinculação. E sua opinião parece ser pela eficácia horizontal direta:

[...] uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”. (SARLET, 2000, p. 147)

Não há como não se enxergar ou não querer fazê-lo: hoje as empresas operadoras de planos de saúde, no Brasil e no mundo, são multinacionais que viram na área da prestação de um direito humano, uma fonte inesgotável de lucro. A isso soma-se o fato de que, com o caos na rede pública de saúde, mais e mais pessoas procuram por um plano de saúde todos os anos.

Mas o cidadão, o indivíduo, é apenas um em um mar de lucro, capital, poderio econômico, o que, na maioria das vezes, leva a desigualdades nas relações privadas (de forma semelhante ao que ocorria e ocorre ainda hoje em face do Estado), que devem ser igualadas de forma a garantir prestação efetiva de direito fundamental e consequente dignidade da pessoa humana. Nas palavras, novamente, de Ingo Sarlet:

[...] também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela

qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais [...] (SARLET, 2006, p.397)

E fazendo-se ligação com o direito do consumidor, Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 76) afirma que “a perspectiva de análise deixa de ser meramente contratualista diante da percepção da fragilidade do usuário-consumidor nas relações de consumo”.

Parece-nos claro, então, que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode mais ser colocada de lado no Estado Democrático de Direito, já que ela é condizente com as suas diretrizes.

No entanto, não apenas quando há desigualdades devem ser respeitados os direitos fundamentais nas relações privadas. Ora, trata-se de direito à saúde, de humanidade e fundamentalidade aqui já demonstradas. Não se pode, então, verificar a questão como simples prestação de serviço, mas prestação de serviço fundamental para dignidade da pessoa humana, de forma que “[...] existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças [...]”. (SARMENTO, 2006, p. 245)

E mesmo adotando-se a teoria da vinculação indireta, a qual advoga a necessidade de legislação prévia para vinculação, há legislação suficiente para embasar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre empresas de planos de saúde e cidadãos (clientes). Exemplo disso é a legislação sobre planos de saúde determinando comportamento em casos nos quais se denota cumprimento de direito fundamental (conforme item 3 já visto, por exemplo, determinando a não discriminação).

Entretanto, a discussão sobre se a horizontalidade é direta ou indireta não cabe para as empresas operadoras de planos de saúde. A prestação dessas empresas é também direito de todos e obrigação do Estado, bem como serviço público, de cunho estatal. Seja qual for

a tese aplicada, sempre haverá o dever de a empresa prestadora de planos de saúde respeitar os direitos fundamentais.

Respeitando-se os direitos fundamentais na relação privada de saúde com seus clientes, estará a empresa de planos de saúde exercendo o seu papel de efetividade do direito fundamental à saúde dentro do Estado democrático de Direito, pois:

Em suma, a matéria enseja uma proteção efetiva, na medida em que algo em torno de 41.000.000 (quarenta e um milhões) de pessoas utilizam a medicina privada em nosso País. A relação consumidor/assistência médica privada não pode ser compreendida como uma relação estritamente mercantil. Os contratos firmados devem ser imperiosamente submetidos às normas de direito público. (ROCHA, 1999, p.77).

E, segundo Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 107):

os planos de saúde são instrumentos aptos a desempenhar papel fundamental na realização de princípios fundamentais constitucionais. A existência deles é capaz de permitir o exercício da dignidade pela pessoa humana, a proteção de sua saúde e vida.

Essa mesma autora completa que “é preciso que se compreenda, de uma vez por todas, que a razão de ser do plano de saúde é tornar possível e digna a vida humana e não, a vida humana ser utilizada como mero objeto do contrato” (OLIVEIRA, 2004, p. 107).

Por fim, é importante transcrever a sistematização, feita por Plínio Melgaré (SARLET, 2006, p. 202), das razões para a validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

[...]

- os princípios jusfundamentais influenciam a interpretação e a formulação do direito privado;
- todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais;
- os direitos fundamentais são invocáveis e possuem condições de ser tutelados frente a terceiros;

- a autonomia privada há de ser amplamente respeitada, bem como sua proteção;
- há a exigência de se consolidar a proteção dos direitos fundamentais na medida em que a pessoa estiver sujeita à ação de alguma parte com poderes de regulação unilateral, prejudicando a autodeterminação pessoal;
- a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares é de natureza negativa, determinando a abstenção de atitudes opostas a eles.

Plínio Melgaré (SARLET, 2006, p. 201) conclui que:

Nas sociedades heterogêneas e pluralistas existentes no globalizado mundo atual, há organizações, (mega) corporações que, de fato, põem em perigo as liberdades básicas da pessoa – sobretudo quando o discurso da livre iniciativa, da soberania de mercado e a conseqüente diminuição do Estado tornam-se dominantes. Portanto, diante dessas relações, embora entre particulares, exige-se da afirmação dos direitos fundamentais, sob pena de não se cumprir minimamente o que deles se espera: o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme se verificou, então, a atuação das empresas de planos de saúde no Estado Democrático de Direito deve ser de empresa respeitadora dos direitos fundamentais, garantindo a efetividade da prestação do direito à saúde e à conseqüente dignidade da pessoa humana.

5. Efetividade e dignidade da pessoa humana: estão as empresas de planos de saúde exercendo sua função?

Até o presente momento, além de verificar a fundo o direito à saúde e a evolução do sistema de empresas de planos de saúde, identifica-se a relação dessas empresas com a necessidade de efetividade do direito fundamental à saúde. Mas, especificadamente, o que significaria efetivar um direito e conseqüentemente atingir a dignidade da pessoa humana?

Em primeiro lugar, cumpre dizer que o termo efetividade pode se confundir com o termo eficácia. A tentativa de diferenciá-las muitas vezes gera confusão e em nada esclarece seus sentidos, deixando dúvidas quanto ao conteúdo de ambas.

Nesse prisma é que se mostra importante a visão de Bruno Galindo (2006, p. 164-165), sistematizando o estudo. Para esse autor, há a validade, que se apresenta como gênero, da qual são espécies a vigência, a eficácia e a efetividade. Partindo desse pressuposto, segue com o conceito de cada espécie, e quanto à efetividade, afirma ser “[...] uma validade de terceiro grau, pressupondo a vigência e a eficácia e consistindo na realização prática da norma jurídica”. Já a eficácia seria a possibilidade de exigibilidade da norma imediatamente. Essa visão não destoa de forma geral da maioria da doutrina afirmada pelo citado autor e é exatamente o conceito utilizado para a análise do papel das operadoras de planos de saúde na efetividade do direito fundamental à saúde.

Especificamente quanto à efetividade do direito à saúde, Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 93) afirma que “a efetividade do direito à saúde tem de passar inquestionavelmente pela materialização e pelo exercício da cidadania com fundamento na vida com dignidade da pessoa humana.”

Mas o que as empresas de planos de saúde poderiam fazer para cumprir seu papel de efetivação do direito humano à saúde? Essa resposta, também dada por Júlio César de Sá Rocha (1999, p.76), por ele chamada de “responsabilidade dos planos de saúde”, é exatamente o cumprimento do que se entende pelo termo “saúde” e o devido respeito à legislação posta. Segundo ele:

A assistência à saúde, segundo a Lei n. 9.656/98, compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença, à recuperação, à manutenção e à reabilitação da saúde.

[...]

A responsabilidade da empresa pode surgir por dano material, moral ou à imagem do usuário, em decorrência da ação ou omissão dos

agentes, prestadores de serviço, profissionais de saúde, na condição de contratados ou credenciados dos planos ou seguros privados. É vedado:

- a) impedir consumidor em razão da idade ou de pessoa portadora de deficiência de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde (art. 14);
- b) reduzir a cobertura assistencial em decorrência de ato unilateral da seguradora (art. 12, caput);
- c) ausentar de cobertura de atendimento nos casos de emergência e de urgência (art. 12 §2º);
- d) excluir da cobertura as doenças e lesões preexistentes à data da contratação do plano após vinte e quatro meses de vigência do instrumento contratual (art. 11, caput).

Então, bastam o cumprimento da legislação, o respeito ao direito da saúde como direito humano e a compreensão da amplitude e importância da expressão. Nesse contexto é que a efetividade do direito à saúde por parte das empresas privadas prestadoras desse direito leva à dignidade da pessoa humana.

Mas mais uma vez é preciso conceituar o termo vago. Afinal, o que significa essa expressão? De acordo com Gustavo Binenbojm (TORRES, 2002, p. 236) “[...] a concepção de bem e de vida digna tem uma dimensão comunitária, constitutiva da própria identidade dos indivíduos [...]”

Também conceituando essa expressão, Plínio Melgaré (SARLET, 2006, p. 197 e 198), afirma que “pensamos naquela absoluta e indisponível ética do ser humano real...” e, citando Canotilho, expõe fatores componentes densificadores do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...]

- a igualdade perante o Direito;
- a consolidação da integridade física e espiritual do homem como categoria irrenunciável;
- a potencialização do desenvolvimento da personalidade, salvaguardando a identidade e a integridade da pessoa;

- a consolidação de instrumentos de sociabilidade;
- vinculação estrutural e substantiva dos poderes públicos ao Estado de Direito.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana faz parte da própria identidade do indivíduo. Ela se transmuda em direitos garantidos, que devem ser efetivados, bem como remonta a toda uma integridade física, moral e espiritual do ser humano. Em resumo, a efetividade da saúde é vista como a mais alta expressão do bem-estar físico e moral para se chegar à dignidade, e essa dignidade, ao mesmo tempo, também corresponde ao completo bem-estar físico e moral. Ambos os conceitos se completam, e parecem até mesmo se confundir.

Ocorre que, conforme amplamente noticiado pela mídia – tal como a Revista Veja na coluna Medicina de 1997 (BRASIL & SANTA CRUZ, 1997) e no site da Infonet (DENGUE, 2008) –, as empresas de planos de saúde não estão atuando segundo a sua também função de efetividade do direito fundamental à saúde.

Importante dizer que esse fato em muito se relaciona com os direitos do consumidor porque, ao desrespeitar os direitos do consumidor, as empresas de planos de saúde desrespeitarão também o direito fundamental à saúde e contribuirão tanto para sua inefetividade quanto para a indignidade da pessoa.

Os problemas são muitos e vão desde a falta de cobertura de tratamentos contidos no contrato até carências abusivas e aumentos também abusivos de mensalidades, o que, conforme já visto, não pode ser feito pelas empresas. Segundo o IDEC — Instituto de Defesa do Consumidor (2008):

Grande quantidade de reclamações dos usuários motivam o Idec a manter essa ofensiva contra os abusos dos planos de saúde. Só nos anos de 1999 e 2000, foram atendidas mais de 5 mil consultas/reclamações, liderando o ranking de consultas ao setor de atendimento do Idec. Em 1990, foi ajuizada a primeira ação judicial do Idec contra empresa desse segmento, que hoje já ultrapassaram 50, questionando

especialmente aumentos abusivos das mensalidades, aumentos por mudança de faixa etária e aumentos “por sinistralidade”.

Só em 2004, o IDEC ajuizou 3 ações civis públicas, tendo obtido liminar em todas elas, para garantir que o reajuste anual das mensalidades dos contratos firmados até dezembro de 1998, da Medial Saúde, Saúde ABC e Porto Seguro não ultrapassassem os limites fixados pela ANS (11,75%). A ação movida contra a Medial resultou em acordo, onde ficou estipulado que os índices aplicados seriam aqueles fixados nos contratos.

Nesse mesmo prisma, afirma-se o descaso com a saúde, por exemplo, por meio de reajustes de mensalidades sem critérios legítimos e por meio da Resolução 68 da ANS que excluiu tratamentos essenciais garantidores da saúde e da vida (SALAZAR, RODRIGUES & NUNES JÚNIOR, 2003, p. 362 e 367). Amanda Flávio de Oliveira também cita Resoluções Normativas de números 63 e 64 que não vislumbraram a proteção da saúde humana, demonstrando que as empresas de planos de saúde, mesmo subordinadas à fiscalização da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, continuam desrespeitando o direito fundamental à saúde. Afirma a referida autora (OLIVEIRA, 2004, P.102 e 111) que:

[...] A criação, no ano 2000, de uma agência reguladora para o setor, a Agência Nacional de Saúde (ANS), também não foi capaz de diminuir os conflitos que ainda se apresentam.

[...] Passados cinco anos da vigência da lei específica e quatro anos da implementação da agência reguladora do setor, percebe-se, claramente, que os **abusos persistem. Os planos de saúde seguem sendo um dos campeões de reclamação nos PROCON de todo o país.**

[...] **Também no âmbito do Poder Judiciário, pode-se perceber um aumento considerável e demandas envolvendo essas questões.** (grifou-se)

Quanto a esse tema, inclusive, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p.90) afirma que, negando-se os direitos fundamentais, será negada a

própria dignidade ao indivíduo. Ou seja, negando-se os direitos à saúde – que se tornam dever das empresas operadoras pela assinatura do contrato – será negada efetividade à prestação da saúde, direito fundamental e humano. O IDEC (2008) mais uma vez afirma de forma categórica a intenção apenas de lucro das empresas operadoras de planos de saúde:

Por outro lado, nem mesmo aqueles cidadãos que possuem planos de saúde, arcando com os altos preços das mensalidades, conseguem a garantia de assistência satisfatória, já que, objetivando o maior lucro, as empresas desse setor impõem limitações (muitas delas recusam-se a tratar diversas doenças e a cobrir os procedimentos mais custosos) e dificuldades até mesmo ilegais aos consumidores.

Esse mesmo órgão (IDEC, 2008) apresenta inclusive o relato da CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, sobre as empresas de planos de saúde:

O balanço geral da CPI registrou algumas conquistas, mas ainda muito tímidas para garantir a efetiva proteção do consumidor. Entre as boas medidas podemos citar as recomendações dos parlamentares à ANS para que seja adotada uma política que permita a redução progressiva do reajuste máximo admitido entre a primeira e a última faixa etária dos planos; e para que sejam criados mecanismos de desconto nos reajustes por faixa etária proporcionais ao tempo de plano do usuário. Além disso, o relatório da CPI também recomendou à ANS que se estabeleça uma política de reajuste mais transparente, assim como a adoção de maior rigor na fiscalização.

Assim, verifica-se que há fortes indícios de que as empresas operadoras de planos de saúde não estão cumprindo o seu papel de efetividade do direito fundamental e humano à saúde, levando muitas vezes à indignidade da pessoa humana. O que pode ser verificada é uma atenção máxima ao lucro, até mesmo pelo neoliberalismo vivido no mundo atual globalizado.

Nas palavras de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 30), “[...]

a globalização econômica vem prevalecendo em virtude de um capitalismo que precisa de novos mercados e que conseguiu, de certo modo, aniquilar os obstáculos externos ao regime”. Esse mesmo autor (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 34) continua afirmando que:

Apesar de visualizar todos esses aspectos negativos da mundialização, deve-se tentar construir alternativas viáveis a fim de impedir que essa estranha ditadura não continue a ficar imune de qualquer controle e a impor flagrantes violações aos direitos fundamentais dos cidadãos.

De fato algo deve ser feito, para, de forma inequívoca, acabar com os “efeitos colaterais” da globalização sobre os direitos humanos. Nesse sentido é que se torna extremamente importante a visão de Stephen Livingstone citado por Flávia Piovesan (2002, p. 69) trazendo três estratégias: “[...] a) condicionar empréstimo internacional a compromissos em direitos humanos; b) usar sanções comerciais c) encorajar empresas a adotarem códigos de direitos humanos relativos às atividades de comércio e investimento.”

E a necessidade de imposição de valores humanos aos entes privados globalizados parece também ser a visão de Antônio Rodrigues de Freitas Júnior (PIOVESAN, 2002, p. 116), que conclui que:

Para além das normas de proteção mínima em nível supranacional, a crescente expansão de ‘códigos de conduta’ empresariais que, além da tradicional função antes desempenhada pelos regulamentos de pessoal, tencionam conferir, à cultura institucional das empresas, parâmetros de ‘dignidade’, agregando-lhes valor ante consumidores, *dealers*, entes não governamentais e agentes públicos.

Nesse contexto, muito importante também é a opinião de Lúcia Bahia(2001), segundo a qual “[...] os desafios para transformar a regulação do mercado de planos em um processo voltado à melhoria das condições de saúde, implicam a ampliação da agenda de debates sobre as relações entre o público e o privado na saúde.”

Isso deve ser feito para que um direito fundamental e humano não fique refém do capital. Frisa-se que não se está aqui tentando eliminar todo o tipo de lucro das empresas. Muito pelo contrário. O lucro é importante para que elas continuem suas atividades e ajudem a abarcar toda a demanda por assistência à saúde. Sozinho, o setor público provavelmente acabaria em colapso e levaria a uma maior inefetividade na prestação do direito à saúde. Retirar toda a iniciativa privada das empresas, em prol da já estudada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, seria, no mínimo, praticar um ato irresponsável. O que se deve buscar é o equilíbrio.

É preciso recordar que o setor privado de prestação da saúde não atende aos princípios da universalidade, integralidade e igualdade de assistência conforme acontece na área pública. A cobertura prestada pelas empresas operadoras de planos de saúde ocorrerá para os seus beneficiários, e dentro dos limites contratados.

Assim, o que se pretende com o papel dessas empresas de efetivação do direito à saúde é exatamente o respeito aos planos contratados e a inexistência de manobras escusas e mascaradoras, que levem à inefetividade e indignidade.

A intenção é simplesmente chamar atenção para o fato de que, prestando direito fundamental, as operadoras não apenas realizam um negócio, mas um negócio relacionado a vidas humanas, precisando tomar consciência de seu papel social.

6. Conclusão: um longo caminho na busca do equilíbrio entre capital e direito humano à saúde

Conforme evidenciado durante o presente artigo, o direito à saúde no Brasil apresenta-se sob duas frentes: a pública e a privada, sendo que nessa última é de suma importância o papel das empresas operadoras de planos de saúde, como complemento da prestação desse direito fundamental e humano.

Nesse prisma, considerando que o direito à saúde deve ser entendido da forma mais ampla possível e entendendo-se pela fundamentalidade e humanidade desse direito, a atuação dos planos de saúde não pode ser apenas de empresas que prestam um serviço visando ao lucro.

Viu-se que as empresas operadoras de planos de saúde no Brasil foram criadas com objetivo de lucro, e pelo temor dos cidadãos em relação à baixa qualidade da prestação da saúde pelo poder público. Durante muito tempo, não houve uma legislação específica nem mesmo uma devida regulação desse mercado tão importante para a dignidade humana. No entanto, foram editadas a lei nº 9656/98 – que regulamentou a atividade – e a lei nº 9961/2000 – que criou a ANS, agência reguladora da prestação dos serviços de saúde privados, também classificados como serviços públicos de direitos fundamentais.

Esses dispositivos demonstram desde logo o interesse público na prestação da saúde, a fundamentalidade e necessidade de efetivação, levando dignidade às pessoas.

Também no Estado Social e Democrático de Direito em que se vive, não há mais que se falar em respeito a direitos fundamentais apenas em relação ao Estado, pois passou-se do momento em que tais direitos eram garantias frente a Estados totalitários e não respeitadores de direitos individuais e sociais. O fenômeno chamado globalização trouxe empresas multinacionais e prestadoras de direitos fundamentais, as quais, muitas vezes, esquecem-se desse papel.

A doutrina do respeito aos direitos fundamentais também nas relações privadas se torna uma aliada para se demonstrar o papel das empresas de planos de saúde na efetividade desse direito fundamental, já que afirma ser necessário o respeito dos direitos fundamentais também nas relações privadas.

É de suma importância que medidas sejam tomadas para que o direito à saúde não fique mais refém da globalização. Entes priva-

dos multinacionais devem ter, em sua concepção, a noção de respeito aos direitos humanos, de que também nas relações privadas entre empresas ou entre essas e indivíduos devem ser respeitados os direitos fundamentais, sendo imperiosa a existência de medidas de coerção internacional para isso. As doutrinas defensoras dessa eficácia horizontal dos direitos fundamentais são de máxima importância.

E não apenas isso: além de envidar esforços no sentido da busca pela efetividade do direito à saúde – o que leva à efetividade da dignidade da pessoa humana – as empresas de planos de saúde devem respeitar os direitos fundamentais; elas devem compreender esse seu papel e aplicá-lo na prática, mas o que se vê atualmente na prática é um quadro de descaso.

É claro que não se pode esquecer de que as operadoras de planos de saúde são empresas, que têm o lucro como fim. Não se prega, aqui, o abandono ao lucro. Se assim fosse, as empresas de planos de saúde parariam de prestar os seus serviços e a saúde pública brasileira não conseguiria arcar com a demanda. No entanto, o que se vê na realidade é a falta de um mínimo de respeito aos direitos fundamentais.

É preciso apenas que não se deixe o lucro se sobrepor à fundamentalidade do negócio prestado em prejuízo à efetividade da prestação da saúde – essa sim, papel da operadoras –, sob pena de se comercializarem vidas. É tarefa difícil equilibrar esses dois lados e está-se muito longe de uma solução definitiva, mas deve-se começar a envidar esforços para que as empresas desenvolvam seu papel de dar efetividade do direito fundamental à saúde e para que o capitalismo não acabe por frear a fundamentalidade e a busca pela efetividade desse direito.

7. Referências

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAHIA, Lúcia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 09 nov. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 04 jun. 1998.

BRASIL, Sandra; SANTA CRUZ, Angélica. Em busca da cura paga. Veja. [S.l]. 20 out. 1997. Disponível em: “http://veja.abril.com.br/221097/p_102.html”. Acesso em: 14 nov. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. O direito à saúde. 1988. Disponível em:

http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101988000100008&script=sci_arttext&tlng=ptpt. Acesso em 09 nov. 2008.

_____. Direito Sanitário. In: Brasil.Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde.Direito Sanitário e Saúde Pública. Vol.1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DENGUE e os planos de saúde. Infonet, [S.I.]. 5 mai. 2008. Disponível em: <http://www.infonet.com.br/saude/ler.asp?id=72812&titulo=claudionunes>. Acesso em: 14 nov. 2008

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.Estado de direito e constituição. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.).Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.São Paulo: Max Limonad, 2002.

GALINDO, Bruno. Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

GREGORI, Maria Stella. A Saúde Suplementar no Contexto do Estado Regulador Brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. [S.I], ano 15, n. 59, p. 109-126, jul.-set. 2006.

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Vitórias: planos de saúde. [2008?].Disponível em: <http://www.idec.org.br/vitorias.asp?id=36>. Acesso em 09 nov. 2008.

_____. Áreas de atuação: planos de saúde. [2008?]. Disponível em: http://www.idec.org.br/areas_categoria.asp?categoria=10. Acesso em 09 nov. 2008.

MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Jurisdição e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. Revista de Direito do Consumidor. [S.l], ano 13, n. 51, p. 101-111, jul.-set. 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 14 nov. 2008.

OMS — ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Acesso em 14 nov. 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Júlio de Sá da. Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; RODRIGUES, Karina; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Assistência Privada à saúde: Regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Vol.1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006, p. 64. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20201819.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20201819.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20201819.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20201819.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 14 nov. 2008.

STJ, REsp 989380/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06/11/08. Disponível em <http://www.stj.gov.br/livraoweb/jsp/mainPage.jsp?seqiteor=836062>. Acesso em 14 nov. 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 15, n.58, p.221-234, jan.-mar. 2007.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.