

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA - FDV**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS**  
**FUNDAMENTAIS**

ELISA BONESI JARDIM

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE DO**  
**PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DO**  
**RESSARCIMENTO AO ESTADO PELAS OPERADORAS DOS**  
**PLANOS DE SAÚDE**

VITÓRIA  
2010

ELISA BONESI JARDIM

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE DO  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DO  
RESSARCIMENTO AO ESTADO PELAS OPERADORAS DOS  
PLANOS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA

2010

ELISA BONESI JARDIM

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE DO  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DO RESSARCIMENTO AO  
ESTADO PELAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr.  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr.

Ao Ju, aos meus pais, à minha irmã e, *in  
memoriam*, aos meus avós e a Tia Nenena.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, fonte de toda força e proteção.

Ao meu pai, minha mãe e minha irmã, pelo apoio incondicional.

Ao Ju, pelo amor, carinho, respeito, companheirismo e compreensão nesses dois anos de ausências.

Ao orientador, Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite, que soube como ninguém organizar as ideias desta iniciante pesquisadora, muitas vezes adivinhando meus pensamentos, reconhecendo meus esforços e acalmando minhas ansiedades.

À Professora e amiga Elda Coelho Bussinger, por acreditar em meu sonho, em meu trabalho, pelo apoio constante desde o início do mestrado, pela “luz” nos momentos difíceis da elaboração da dissertação e pela amizade que levarei para toda a vida.

À Professora Doutora Carolina Bonadiman Esteves, pela competência, simplicidade, responsabilidade, conselhos, paciência para ouvir as minhas angústias e pela amizade que construímos no decorrer do mestrado e que, acredito, também levarei para toda a vida.

Aos Professores do mestrado, Paula Castello Miguel, Alexandre de Castro Coura, Daury César Fabríz, Gilsilene Passon, Bittencourt (já desligado da instituição), Eneá de Stuz e Almeida (já desligada da instituição), Willian Couto, Adriano Sant’Anna Pedra, Aloísio Krolling, pela amizade, pela troca de ideias para a dissertação, pela transmissão de conhecimentos e pelo incentivo constante.

Ao Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, que demonstrou a humildade, o interesse e o brilhantismo próprios dos grandes mestres, ao debater comigo as ideias deste trabalho, muitas vezes via correio eletrônico, na primeira vez, sem nem mesmo me conhecer.

Aos amigos que entenderam minhas “sumidas” e aos colegas do mestrado, parceiros de debates e discussões calorosas que tanto engrandeceram o meu trabalho, especialmente Felipe, Bruno, Thaiz, Juliana, Renata, Bianca e Igor.

Aos funcionários da FDV, especialmente Denise e Juliana, da Coordenação, funcionários do Laboratório de Informática (Serginho e Leonardo, dentre outros cujos nomes me fugiram da memória) e da Biblioteca (especialmente Altiva), pela ajuda prestada durante a pesquisa e pelo profissionalismo com que realizam seus trabalhos.

À FDV, por ter proporcionado a mim um crescimento pessoal e profissional tão transformador em apenas dois anos de minha vida, como jamais imaginava pudesse acontecer.

“[...] a intolerância é, portanto, a inclinação natural da prática moderna – exige a negação dos direitos e das razões de tudo que não pode ser assimilado – a deslegitimação do outro.”

Zigmund Bauman

## RESUMO

O trabalho busca verificar se a alegação dos planos de saúde de ser dever do Estado prestar a saúde no Brasil, para se eximirem do ressarcimento, fere o acesso ao direito fundamental à saúde de forma igualitária no Estado Democrático Brasileiro. Utilizou-se o método dedutivo. Na introdução, apresentou-se a problemática, sua importância e a divisão do trabalho em quatro capítulos. No primeiro capítulo, discorreu-se sobre a lei dos planos de saúde e a determinação do ressarcimento. Apresentaram-se as discussões para inclusão do ressarcimento na referida lei, bem como a redação atual do artigo 32, determinando-o. Salientou-se a discussão na Adin 1931 sobre o ressarcimento e a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal. Tratou-se, também, dos argumentos contrários e favoráveis ao ressarcimento, contidos em ações judiciais, bem como do descumprimento do artigo 32. No segundo capítulo, apresentou-se a evolução do conceito de igualdade no âmbito filosófico, contextual social e nos estados de direito, assim como salientou-se a igualdade como direito humano e fundamental, bem como sua função de proteção desses direitos. Constatou-se que a igualdade no Estado Democrático confunde-se com justiça social e dignidade humana, não sendo ideia fantasiosa quando utilizado o pensamento de Ronald Dworkin, defendendo-a como divisão de responsabilidades. No Estado Democrático Brasileiro não é diferente. Assim, a igualdade necessita de ações negativas e positivas e não é antagônica à liberdade. No terceiro capítulo, apresentou-se a evolução do conceito de saúde, bem como discorreu-se sobre a saúde como direito humano, fundamental e social a prestações, envolvendo recursos financeiros. Apresentou-se, nesse sentido, a discussão sobre a reserva do possível. Tratou-se também da responsabilidade do Estado e da iniciativa privada em relação a esse direito. Quanto à saúde pública, discorreu-se sobre a evolução, os princípios, bem como sobre a falta de recursos financeiros. Quanto à saúde privada, tratou-se da regulamentação legislativa tardia, da regulação do setor pela ANS, bem como dos princípios norteadores. Perguntou-se se há subsidiariedade entre saúde pública e privada. Por fim, discorreu-se sobre a efetividade da saúde no Brasil, principalmente da saúde privada, como promoção da igualdade, da justiça social e da dignidade, também princípios da atividade econômica. Demonstraram-se os problemas do poderio econômico nesse setor. Já no quarto capítulo, defendeu-se o ressarcimento, adotando-se teorias já existentes no ordenamento. Falou-se do Estado Democrático de Direito e da igualdade, ambos voltados à dignidade e à justiça social. Tratou-se da saúde como direito humano, fundamental e social. Falou-se da constitucionalização do

direito privado, utilizando-se a teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares aliada à solidariedade social, à função social da empresa e do contrato e à boa-fé objetiva. Por fim, analisou-se a proporcionalidade e a razoabilidade. Concluiu-se que, no Estado Brasileiro, há divisão de responsabilidades entre público e particular, não sendo apenas dever do Estado prestar a saúde e que, quando os planos não fazem o ressarcimento ao Estado por entender ser dever deste prestar a saúde, estão ferindo a justiça social, a dignidade humana e comprometendo a igualdade na prestação da saúde.

**Palavras-chave:** Igualdade, direito à saúde, planos de saúde, Estado, ressarcimento.

## **ABSTRACT**

The work aims to verify the claim of health plans to be the State's duty to provide care in Brazil, for exemption of compensation, violates the fundamental right of access to health equally in the Brazilian Democratic State. It was used the deductive method. In the introduction, it presents the problem, its extent and the division of work into four chapters. In the first chapter, it refers to the law of health plans and the determination of compensation. They came across the discussions to include the reimbursement to the law and the current text of Article 32, in order to determine it. They highlighted the discussion at Adin 1931 on the compensation and the preliminary decision of the Supreme Court. It also refers to the arguments in favor and against the claims, contained in lawsuits, and the transgression of Article 32. The second chapter presented the evolution of the concept of equality within philosophical, contextual and social state of law, as well as stressed out equality as human and fundamental right and its function of protecting these rights. It was found that equality in a democratic state is confused with social justice and human dignity, is not a fanciful idea when it is applied to the thoughts of Ronald Dworkin, defending it as a division of responsibilities. It is not different in the Brazilian Democratic State. Thus, equality requires positive and negative actions and is not antagonistic to freedom. The third chapter presents the evolution of the concept of health considering health as a human right and essential social services, involving funding. It states, in this sense, the discussion on the possible reservation. It also states the responsibility of the State and private enterprises in relation to that right. Considering public health, it narrates the evolution, principles, and the lack of financial resources. In relation to the private health care, it narrates the late legislative regulation of it, which is done by ANS (National Health Agency), the actions of the ANS, as well as the guiding principles. It questions if there is subsidization between public and private health care. Finally, it mentions the effectiveness of health care in Brazil, mostly from private health care, such as the promotion of equality, social justice and dignity, which are also principles of economic activity. It demonstrates the problems of economic power in this sector. In the fourth chapter, it is defended the compensation, adopting existing theories in planning. There was a remark about the democratic state of law and the equality, both focused on the dignity and social justice. It names health as a fundamental social human right. It mentions the constitutionalization of private law, using the theory of application of fundamental rights in relations between individuals allied to social solidarity, social role of business and contract

and to the objective good faith. Finally, it was analyzed the proportionality and reasonableness. It was concluded that, in the Brazilian state, there is a division of responsibilities between the public and private sectors, it is not merely the State's duty to provide health care and that when private health plans do not make the reimbursement to the state, because they consider it is the State's duty of providing health care, they are hurting social justice, human dignity and undermining the equality in the provision of health.

**Keywords:** Equality, right to health , health plans, State, compensation.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ABRAMGE – Associação Brasileira de Medicina de Grupo

Ac. – Acórdão

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ag. - Agravo

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

CC – Código Civil

CCo – Código Comercial

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CNS – Confederação Nacional de Saúde

CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados

CONASS - Conselho Nacional Dos Secretários de Saúde

CRMPR – Conselho Regional de Medicina do Paraná

DNA - Ácido Desoxirribonucleico

EC – Emenda Constitucional

GRU – Guia de Recolhimento da União

IN – Instrução Normativa

LOS – Lei Orgânica da Saúde

MP – Medida Provisória

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OPS – Operadora de Plano de Saúde

PL – Projeto de Lei

RE – Resolução

RN – Resolução Normativa

SAS – Secretaria de Assistência à Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

TCU – Tribunal de Contas da União

TI – Tecnologia de Informação

TRF – Tribunal Regional Federal

TSS – Taxa de Saúde Suplementar

TUNEP – Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">01</a>
<b>1 A QUESTÃO DO RESSARCIMENTO PECUNIÁRIO AO ESTADO PELAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE.....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">09</a>
1.1 A LEI BRASILEIRA DOS PLANOS DE SAÚDE E O RESSARCIMENTO.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">09</a>
1.2 O RESSARCIMENTO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE? ..	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">8</a>
1.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS AO RESSARCIMENTO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">28</a>
1.3.1 Uma difícil busca: apenas argumentos de ações pesquisadas .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">28</a>
1.3.2 A defesa dos planos de saúde .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">30</a>
1.3.3 A defesa do Estado Brasileiro.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">2</a>
1.3.4 A questão do dever do Estado de prestar a saúde .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">4</a>
1.4 REALIDADE FÁTICA: FALTA DE CUMPRIMENTO ...	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">35</a>
<b>2 A NECESSÁRIA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">40</a>
2.1 FILOSOFIA E CONTEXTO SOCIAL: IGUALDADE DESDE SEMPRE? .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">40</a>
2.2 EVOLUÇÃO DENTRE OS ESTADOS DE DIREITO: DA IGUALDADE FORMAL À JUSTIÇA SOCIAL.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">8</a>
2.2.1 Breves esclarecimentos.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2.2.2 Estado Liberal: igualdade formal .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">52</a>
2.2.3 Estado Social: igualdade material.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">56</a>
2.2.4 Estado Social e Democrático de Direito: participação e solidariedade em prol de justiça social e dignidade.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">59</a>
2.3 IGUALDADE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL..	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">63</a>
2.4 IGUALDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">69</a>
2.4.1 Em várias palavras: o que é igualdade? .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">69</a>
2.4.2 Igualdade como justiça social .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">76</a>
2.4.3 Igualdade e dignidade .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">79</a>
2.4.4 Igualdade: uma busca fantasiosa? .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">84</a>

<b>2.4.5 As faces da igualdade: o utilitarismo, o liberalismo e Ronald Dworkin.....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">87</a>
2.4.5.1 O utilitarismo e a maximização utópica da igualdade	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">87</a>
2.4.5.2 Rawls: liberalismo exacerbado? .....	<a href="#">92</a>
2.4.5.3 Dworkin e a divisão de responsabilidades.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">96</a>
<b>2.4.6 Igualdade: <i>status</i> positivo e negativo.....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>2.4.7 Igualdade e liberdade: conceitos não antagônicos.....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">7</a>
<b>2.5 A IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO ...</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b>

<b>3 O DIREITO À SAÚDE COMO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL.....</b>	<b>120</b>
3.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO: DE SAÚDE A DIREITO À SAÚDE .....	<a href="#">120</a>
3.2 A SAÚDE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL .....	<a href="#">127</a>
3.3 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL A PRESTAÇÕES .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">135</a>
<b>3.3.1 O caso da reserva do possível e o mínimo existencial.....</b>	<a href="#">140</a>
3.4 OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA INICIATIVA PRIVADA NA ÁREA DA SAÚDE.....	<a href="#">149</a>
<b>3.4.1 Saúde pública: eficácia vertical do direito à saúde.....</b>	<a href="#">150</a>
3.4.1.1 A evolução da saúde pública no Brasil.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">150</a>
3.4.1.2 Princípios e diretrizes norteadores.....	<a href="#">153</a>
3.4.1.3 Falta de recursos: uma questão real? .....	<a href="#">158</a>
<b>3.4.2 Saúde privada: eficácia horizontal do direito à saúde .....</b>	<b>162</b>
3.4.2.1 A evolução da saúde privada: legislação tardia no Brasil .....	<a href="#">162</a>
3.4.2.2 A regulação do setor .....	<a href="#">166</a>
3.4.2.3 Os princípios norteadores .....	<a href="#">169</a>
<b>3.4.3 Existe subsidiariedade? .....</b>	<a href="#">175</a>
3.5 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA: PROMOÇÃO DE IGUALDADE, DIGNIDADE E JUSTIÇA.....	<a href="#">181</a>
<b>3.5.1 Saúde x poderio econômico: abalo nas estruturas da efetividade da saúde.....</b>	<a href="#">183</a>

<b>4 EM DEFESA DO RESSARCIMENTO: IGUALDADE NO DIREITO À SAÚDE</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">187</a>
4.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIGNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL ....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">188</a>
4.2 A PRÓPRIA IGUALDADE: JUSTIÇA SOCIAL, DIGNIDADE E DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES.....	<a href="#">189</a>
4.3 A PRÓPRIA SAÚDE COMO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL: OBRGAÇÃO TAMBÉM DOS PLANOS.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b> <a href="#">191</a>
4.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	<a href="#">192</a>
<b>4.4.1 Teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e a solidariedade social.....</b>	<a href="#">199</a>
<b>4.4.2 Função social do contrato e da empresa: transformação da visão selvagem em compromisso ético .....</b>	<a href="#">217</a>

**4.4.3 Boa-fé traduzida na solidariedade para promoção de justiça social e dignidade..**[230](#)

**4.5 A PROPORCIONALIDADE DA DETERMINAÇÃO DO RESSARCIMENTO .....**[240](#)

**CONCLUSÃO.....** Erro! Indicador não definido.[262](#)

**REFERÊNCIAS .....** Erro! Indicador não definido.

## INTRODUÇÃO

A saúde é alvo de constante preocupação por parte da população brasileira. O caos na saúde pública, vitrine da mídia-espetáculo, de notória sapiência por meio dos órgãos de comunicação de massa, é algo que leva ao questionamento do porquê de tanto descaso e à necessidade iminente de mudança. Também o desrespeito por parte das operadoras de planos de saúde permeia os canais de notícia no âmbito da saúde privada, vislumbrando uma mentalidade completamente aquém da efetividade e eficácia pertinentes a um direito humano e fundamental.

Nesse prisma, buscou-se trazer questões que envolvem o direito à saúde em trabalhos, artigos e discussões no decorrer do curso de Mestrado, de forma a obter conclusões que levassem a uma solução prática, mesmo que de indireta aplicação, e não estacionassem apenas em um âmbito filosófico-teórico. Aliás, essa é a crítica feita por muitos ao Direito, qual seja, não ser capaz de promover mudanças práticas com os trabalhos de seus estudiosos, e, acredita-se, a razão pela qual a pesquisa nessa área se torna algo não muito visado. Felizmente, essa realidade está mudando, e os juristas estão percebendo a necessidade da interdisciplinaridade, bem como da praticidade de seus trabalhos.

No presente trabalho, volta-se ao tema saúde, sempre com a preocupação de se chegar a uma solução prática. Nesse prisma, chamou atenção a Lei 9.656/98, que regulamenta a atividade de prestação da saúde suplementar no Brasil, bem como suas inúmeras polêmicas (controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais). Uma dessas polêmicas se instalou sobre o artigo 32 da referida lei, que determina o ressarcimento ao Estado pelas operadoras de planos de saúde quando pessoas detentoras de um plano são atendidas pelas redes públicas de saúde.

É claro que o dispositivo causou alarde na comunidade sanitária, bem como, e principalmente, por parte dos planos de saúde, que não viram com bons olhos a nova determinação legal. Surgiram, então, diversas ações judiciais que pretendiam o não pagamento e nas quais se vislumbraram defesas extremadas de ambos os lados (planos e Estado), bem como decisões judiciais contraditórias: algumas que tenderam ao ressarcimento, e outras que concluíram pela desnecessidade e inconstitucionalidade da medida.

Uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, questionando, dentre outros aspectos, a determinação do ressarcimento constante do artigo 32,

mas ainda sem julgamento de mérito. Há apenas uma decisão cautelar, que, a princípio, não julga inconstitucional a cobrança. Também o Enunciado da Súmula 51 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, editada em 2008, entendeu por orientar pela constitucionalidade do ressarcimento para as demais decisões a serem proferidas naquele Egrégio Tribunal.

As operadoras de planos de saúde, por sua vez, entendem o ressarcimento como uma descabida divisão da responsabilidade com o Estado na prestação da saúde. Em outras palavras, as operadoras entendem, dentre outras críticas, que é dever do Estado prestar a saúde, e, dessa forma, não deveria haver o ressarcimento. Pergunta-se se esse não seria um argumento demasiadamente liberal e se restaria condizente com os princípios e as doutrinas constitucionais atuais, bem como com a importância da igualdade e da saúde no Estado Brasileiro.

Quanto à igualdade, inclusive, sabe-se que é um direito (dentre outras classificações existentes para a palavra, as quais serão identificadas ao longo do trabalho) defendido e buscado desde muito tempo, bem como que, no Brasil, ele é de difícil concretização. Na área da saúde, direito humano e fundamental, os mais abastados conseguem os procedimentos com mais facilidade e qualidade, enquanto os mais pobres ficam à mercê de um atendimento público deficiente.

Eis, assim, o problema a ser respondido na presente dissertação: o argumento das operadoras dos planos de saúde de que o Estado tem o dever de prestar a saúde pública, como meio para se eximirem do ressarcimento pecuniário ao respectivo órgão específico, fere o direito fundamental de acesso à saúde de forma igualitária dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Correlatas a esse problema principal, surgiram também questões secundárias, quais sejam: há inconstitucionalidade na cobrança determinada pelo artigo 32 da Lei 9.656/98? Quais os fundamentos jurídicos para a cobrança pelo Estado? Há fundamentos jurídicos para o não pagamento por parte das operadoras de planos de saúde? Como interpretar os argumentos para a cobrança e para o não ressarcimento? Para responder ao problema principal e aos secundários, procuraram-se ensinamentos da doutrina jurídica sobre o assunto, adotando-se o método dedutivo na pesquisa.

De fato, a saúde no Brasil se mostra como um dos direitos protegidos pela Constituição Federal de maneira fervorosa. Também a igualdade é um dos princípios basilares do Estado Democrático Brasileiro, além de, da mesma forma, representar um direito, do qual se retira toda uma ideia de dignidade e justiça social. Então, o ressarcimento, servindo a esses dois direitos fundamentais e basilares, em um primeiro momento, poderia auxiliar a resguardá-los.

Certo é que o tema é demasiadamente complexo e controverso. Não há, na doutrina pesquisada, até o momento, uma resposta constitucional sobre o assunto. A discussão muitas vezes perpassa apenas pela área tributária (se o ressarcimento seria inconstitucional por criar um tributo por meio de lei ordinária, quando deveria ter sido editada uma lei complementar), bem como, quando há discussão constitucional, esta é feita tão somente no âmbito dos tribunais (e não doutrinariamente) e tratada conforme o Estado Liberal de Direito.

Também pode-se identificar a dificuldade tendo em vista a amplitude dos assuntos a serem tratados, que poderiam, sozinhos, desenvolver dissertações próprias. Assim, este trabalho pretende trazer as informações mais relevantes, reduzindo os temas à estrita correlação com o problema principal e os problemas secundários, o que não permite, em todos os momentos, tratar tão a fundo, como desejado, os três tópicos (saúde, igualdade e ressarcimento).

Entretanto aguça a curiosidade estudar questão tão relevante socialmente e tão controversa, apesar de tratar-se de dissertação de Mestrado, não vinculada a produção inovadora. Aliás, a importância do tema é latente: melhora da saúde pública e privada, maior igualdade, comparando-se os tratamentos públicos e privados para a saúde, bem como mudança de consciência de empresas multinacionais, para que o foco não seja apenas o lucro, por meio da exploração da economia, mas também a efetivação de direito humano, fundamental e social, tornando-se responsabilidade do Estado e das empresas, aplicando-se a chamada solidariedade social e a divisão de responsabilidades.

Assim, no primeiro capítulo, busca-se adentrar melhor o leitor na temática a ser desenvolvida: o ressarcimento. Procurou-se demonstrar o histórico da edição da lei brasileira de planos de saúde, bem como o histórico da determinação do ressarcimento no artigo 32 da lei, e como ele é hoje operacionalizado no Brasil.

Posteriormente, comenta-se a ADIN – Ação Direita de Inconstitucionalidade –, ajuizada em face da lei, mas apenas quanto ao dispositivo que determina o ressarcimento. Procurou-se identificar a fundamentação do STF para afastar, mesmo que liminarmente, a inconstitucionalidade do artigo 32 da lei de planos de saúde.

Também foram apresentadas as dificuldades em se pesquisar a questão do ressarcimento, em vista da observação apenas na jurisprudência dos argumentos contra e a favor do dispositivo que o determina. Procurou-se, no entanto, identificar esses argumentos, para, posteriormente, vislumbrar, quanto aos primeiros, o total descompasso constitucional em relação ao Estado Democrático de Direito Brasileiro, bem como, quanto aos segundos, que, apesar de defenderem o ressarcimento, alguns são argumentos ainda deitados sobre o Estado Liberal. Dar-se-á destaque à realidade fática de descumprimento pelos planos de saúde do pagamento do ressarcimento ao Estado: a existência de uma dívida gigantesca.

Já no segundo capítulo, o assunto tratado será a igualdade. O estudo englobará como esse tema era visto nos primórdios, a sua evolução pelos Estados de Direito, a visão de que a igualdade é ao mesmo tempo direito humano e fundamental, bem como valor, princípio, direito, ideal a ser perseguido e garantido.

Poder-se-á verificar, também, que a igualdade leva à justiça social e à dignidade humana e não pode ser considerada uma utopia (no sentido de uma alegação fantasiosa) quando vista como uma divisão de responsabilidades entre sociedade e Estado, conforme assevera Ronald Dworkin na obra *Virtude soberana*. Pensando-se como os utilitaristas, a maximização da igualdade seria de tal forma, que não haveria completa possibilidade de igualdade prática; e pensar conforme os liberais seria não dar a devida importância ao tema.

Ficar-se-á ciente de que a igualdade, hoje, tem papel não apenas negativo, de evitar discriminações, mas também positivo, fazendo com que as discriminações não aconteçam, e, com isso, há a responsabilidade do Estado (promovendo políticas públicas), bem como dos particulares, na promoção da igualdade positiva.

O fato de que a igualdade não é contraditória à liberdade também será tratado. Pelo contrário, as duas se completam e são os pilares de um Estado Democrático de Direito, pois conseguem fazer com que uma equilibre a outra, para que não se tenha excesso de liberdade, conforme o

Estado Liberal, ou excesso de igualdade, sem liberdade, conforme ocorreu dentro do Estado Social, culminando nos regimes totalitários.

Por fim, estudar-se-á a igualdade no Estado Democrático Brasileiro, e poderá ser verificado que ela, realmente, tem um papel importante no Brasil de promoção da dignidade e da justiça social, sendo princípio e também direito, encontrado em vários dispositivos constitucionais fundamentais à nossa sociedade, bem como representando responsabilidade do Estado e dos particulares.

O terceiro capítulo tratará da saúde como direito humano, fundamental e social. Será desenvolvida a evolução do conceito de saúde até sua constatação em direito. Serão explicados quais os motivos para que a saúde seja conceituada como direito humano e fundamental, bem como verificar-se-á que se trata de um direito social a prestação, demandando atitudes positivas, bem como recursos, monetários ou não, para sua concretização.

A reserva do possível será estudada, demonstrando-se os argumentos para a constatação de que a concretização de um direito humano, fundamental e social, depende de recursos disponíveis. No entanto, jamais pode ser essa uma escusa quando está em jogo o mínimo existencial desse direito. Estudar-se-á, também, a forma como a saúde se desenvolve nas áreas pública e privada e a evidência de haver ou não subsidiariedade entre essas duas esferas.

Especificamente na área da saúde pública, será vislumbrada sua evolução no Brasil, bem como apresentados os princípios norteadores desse serviço público e por fim, discutida a questão da falta de recursos disponíveis, se realmente se trata de uma realidade, ou o problema se estende para outros âmbitos, como má gestão e corrupção.

Quanto à saúde privada, verificar-se-á que esse serviço prestado por particulares foi regulamentado há pouco tempo e que serviu e ainda serve aos anseios de um modelo capitalista neoliberal visando ao lucro. O estudo passará pelos princípios norteadores, pela regulação por meio da lei de planos de saúde e a criação do órgão regulador, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por fim, será estudado se existe subsidiariedade, nesse caso, entre público e privado, ou seja, se os planos de saúde têm o dever de cobrir o que a saúde pública não cobre, dentro dos limites dos contratos que formalizam.

Como últimas palavras do capítulo, será verificado o que significa a efetividade do direito à saúde privada no Estado Democrático Brasileiro, qual seja, promoção de dignidade, igualdade e justiça social. Demonstrada a relação da saúde privada hoje no Brasil com os princípios da atividade econômica, bem como com os demais princípios do direito do consumidor e efetiva prestação da saúde, poderá ser constatado o problema da concretização da igualdade no âmbito privado da saúde: o poderio econômico imperante nesse mercado, o que leva à legitimação do ressarcimento.

No último capítulo, estudar-se-á o ressarcimento em si, sendo todos os outros capítulos fins e, ao mesmo tempo, fundamentos para que se faça uma defesa desse instituto. Com relação à alegação que mais importa ao trabalho, a de que é dever apenas do Estado prestar a saúde, tentar-se-á demonstrar o seu descompasso. Será verificado que o Estado Democrático Brasileiro, voltado à justiça social, igualdade e dignidade, e a própria saúde como direito humano, fundamental e social nesse Estado, gerando dignidade e significando subsidiariedade, levam ao ressarcimento.

Da mesma forma, a igualdade, significando princípio e direito (também fundamental), leva ao ressarcimento, quando se corresponde também com a dignidade (princípio-fonte) e a justiça social, bem como leva a uma divisão de responsabilidades entre público e privado dentro de uma sociedade.

Ademais, discutir-se-á, também, a constitucionalização do direito privado na atualidade, bem como algumas teorias coadunadas com esse processo e voltadas ao ressarcimento: a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas, aliada à solidariedade social, além das teorias da função social da empresa e do contrato, bem como da boa-fé objetiva, também traduzida na solidariedade. Essas teorias são pertencentes ao Estado Democrático de Direito e levam ao ressarcimento, pois retiram apenas do Estado o dever de prestar a saúde, levando-o, também, ao particular que realiza esse serviço.

Finalmente, discorrer-se-á sobre a proporcionalidade, sua evolução, seus conceitos e critérios (ou subprincípios), quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como sobre a diferença para a razoabilidade, analisando se o ressarcimento

atende a esses parâmetros e se é uma medida proporcional e razoável adotada no âmbito do Estado Democrático Brasileiro.

Apesar de todas essas alegações, um esclarecimento se faz necessário. Apenas foi abraçada a teoria de Ronald Dworkin quanto à noção do que seja igualdade em uma sociedade e como ela pode, na prática, ser concretizada. Mais especificadamente, foi utilizada a obra *Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Não há qualquer pretensão de se estudar a obra de Dworkin como um todo, apesar de terem sido feitos alguns apontamentos no trabalho fora do tema tratado por ele na obra supracitada.

Utilizou-se, também, como teoria de base para defender a hipótese, a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, coadunada com a solidariedade social, com base, principalmente, na obra *Direitos fundamentais e relações privadas* de Daniel Sarmiento, e também de acordo com o pensamento de outros autores, que compartilham das mesmas ideias. Mais uma vez esclarece-se que não foi a obra inteira de Sarmiento a utilizada, mas apenas o necessário ao tema já citado.

Por fim, vale dizer que o trabalho pretende contribuir para que a comunidade jurídica reflita quanto ao direito à saúde, à igualdade e a determinação do ressarcimento, bem como quanto ao papel de empresas privadas na promoção da dignidade, da justiça social e da solidariedade social. Espera-se, com essa dissertação, fazer com que a atividade econômica dos planos de saúde seja entendida como direito humano e fundamental e, como tal, obtenha o devido respeito e praticidade. Espera-se, também, levar dignidade aos usuários e à comunidade em geral. Conforme alhures afirmado, o interesse é estudar algo que leve, na prática, a alguma contribuição social, que mude a vida e os pensamentos dos cidadãos em geral, das empresas e instituições, a ponto de responder aos céticos que o Direito é uma ciência.

Da mesma forma, não há a pretensão de se encerrar a discussão do tema, bem como de se abarcarem todas as visões sobre o assunto. Tem-se consciência de que o trabalho será apenas um início na discussão constitucional (é apenas a essa que se propõe e não ao campo tributário) sobre a questão do ressarcimento ao Estado pelas Operadoras de Planos de Saúde. Com isso, vislumbra-se um bom caminho já percorrido em prol dos direitos humanos e fundamentais.



# 1 A QUESTÃO DO RESSARCIMENTO PECUNIÁRIO AO ESTADO PELAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE

No presente tópico, procura-se adentrar o leitor na problemática já indicada na Introdução, para que possa ser entendida a tramitação da lei dos planos de saúde e as discussões quanto aos projetos de lei para a inclusão do ressarcimento. Em um segundo momento, também comentam-se a ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade –, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, e a decisão liminar dessa Corte Suprema quanto ao ressarcimento.

Por fim, identifica-se a dificuldade em estudar o tema, uma vez que a doutrina não trata dos argumentos interessantes ao trabalho e discutidos nos tribunais. Ao final, citam-se os argumentos contrários e a favor do ressarcimento e a realidade fática do descumprimento da lei.

Esclarece-se que este primeiro capítulo também será enriquecido com dados obtidos da rede mundial de computadores, uma vez que as obras doutrinárias não os trazem, ou não o fazem por completo. No entanto, na medida do possível, procuraram-se *sites* com credibilidade, ou mesmo oficiais, que podem conter informações mais fidedignas, tudo no intuito de não empobrecer o desenvolvimento eminentemente científico da dissertação. Salienta-se, também, a utilização de dados consultados em *sites* de órgãos públicos, como da Agência Nacional de Saúde Suplementar e do Tribunal de Contas da União.

## 1.1 A LEI BRASILEIRA DOS PLANOS DE SAÚDE E O RESSARCIMENTO

Os planos de saúde no Brasil não possuíam qualquer regulamentação específica (apenas utilizavam-se, de forma muito remota, da legislação do Sistema Único de Saúde – SUS – e do Código de Defesa do Consumidor – CDC –, ambos do ano de 1990) até a chegada da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, publicada no Diário Oficial da União na data seguinte, que estipulou normas sobre “os planos e seguros privados de assistência à saúde”.

Segundo Gregori (2007, p. 37), a primeira tentativa de uma lei para os planos de saúde “[...] teve início em 1985, no âmbito do Poder Legislativo Federal, quando o Deputado Rubens

Ardenghi propôs um Projeto de Lei pelo qual a tabela de Honorários da Associação Médica Brasileira seria a base para a remuneração profissional nos convênios médicos”. Entretanto o projeto não proporcionaria muitas mudanças.

Já em 1991, houve outra tentativa. Nesse ano, “[...] a Deputada Irma Passoni apresentou Projeto de Lei que obrigava as empresas de planos de saúde a manterem estabelecimentos próprios, sob pena de ressarcimento das despesas de seus beneficiários em outros hospitais” (GREGORI, 2008, p. 247). Esse projeto foi um avanço para a época.

Também no mesmo ano, outro projeto, do deputado José Augusto Curvo, ainda mais voltado aos direitos de segurados de planos de saúde, pretendeu dar “[...] limites e obrigações aos contratos entre empresas de planos de saúde e seus contratantes”. Ele foi apensado ao projeto de lei que deu origem à lei atual dos planos de saúde (GREGORI, 2007, p. 37).

No entanto considera-se o primeiro Projeto de Lei mais competente para efetivamente determinar mudanças no âmbito do mercado de planos de saúde, o de número 93, de 1993, iniciado no Senado Federal, de autoria do senador Iram Saraiva. Nos dizeres de Gregori (2007, p.37),

Em julho de 1993, foi apresentado, no Senado Federal, o Projeto de Lei 93/93, pelo Senador Iram Saraiva, tendo sido aprovado por aquela Casa, determinando a proibição de exclusão de cobertura de despesas com tratamento de determinadas doenças em contratos que asseguram atendimento médico-hospitalar pelas empresas privadas de seguro-saúde ou assemelhadas, e contava com três artigos

A “discussão ganhou força” quando abusos começaram a ser denunciados, culminando no Projeto de Lei 4425/94, apresentado na Câmara dos Deputados pelo deputado Iberê Ferreira, que substituiu e alterou o projeto original do Senado (GREGORI, 2008, p. 248).

Esse segundo projeto, agora na Câmara, “[...] foi objeto de uma primeira Comissão Especial, tentando consolidar os projetos já em tramitação na casa”. No entanto a iniciativa foi esquecida e só veio depois à tona com a estabilidade trazida pelo Plano Real e a insatisfação da população com as mensalidades pagas aos planos de saúde (MONTONE, 2009, p. 30-31).

Segundo Fonseca (2004), “Em 1996, após longo tempo ausente da pauta dos debates, a Câmara criou uma Comissão Especial para examinar o assunto e dar sequência aos trâmites

legais”. No entanto crê-se que essa Comissão aconteceu em setembro de 1997, segundo consta dos dados da Conferência Nacional de Saúde (1997), uma vez que discutiu projetos de lei também desse ano.

Assim, a Comissão Especial a apreciar o Projeto de Lei nº 4.425, de 1994, reuniu vários outros projetos iniciados até o ano de 1997, voltados à regulação dos planos de saúde, tais como os de números 929/91, 929/91, 4.572/94, 944/95, 1390/95, 2104. Mas ainda havia

mais 13 projetos de lei versando sobre a matéria, particularmente no que se refere ao ressarcimento do SUS. Foram eles: PL nº 1289/95, do Senado Federal; PL nº 4214/93, do Deputado Elias Murad; PL nº 237/95, do Deputado Arlindo Chinaglia; PL nº 852/95, do Deputado Carlos Mosconi; PL nº 1405/96, do Deputado Leonel Pavan; PL nº 1975/96, do Poder Executivo.

Foram apensados, ainda, os PLs nº 975/95; 2.842/97; 2.870/97; 2419/96; 3079/97 e 3160/97, totalizando em 19 os projetos apensados (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1997).

Votaram nessa Comissão os deputados Arlindo Chinaglia, Eduardo Jorge, Humberto Costa, Jaques Wagner, Sandra Starling, Agnelo Queiroz, Jandira Feghali e Fernando Ribas Carli (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1997), e foram realizadas audiências públicas “[...] além de discussões técnicas com os mais diversos segmentos e com as lideranças do Executivo” (MONTONE, 209, p. 31). Certo é que várias entidades ligadas à área da saúde foram ouvidas no processo de elaboração da lei, ou seja, houve participação de “[...] representantes de órgãos e entidades envolvidas com o tema [...]” (FONSECA, 2004).

Observando-se o Relatório da Comissão na Conferência Nacional de Saúde (1997), percebem-se as preocupações que geraram a normatização do ressarcimento, quais sejam, a realidade do atendimento pela rede pública de procedimentos de alta complexidade a pessoas possuidoras de um plano e a mercantilização da saúde, além da finalidade para a qual ele foi instituído: garantir o cumprimento do dever social da saúde e dos princípios da atividade econômica.

Nas palavras do Presidente da Federação Nacional dos Médicos constantes do Relatório, os planos de saúde rendem a seus proprietários de 10 a 12 bilhões de reais, correspondendo à metade dos gastos federais com a saúde. Informa ainda o Relatório que o setor público realiza “[...] todos os procedimentos de alta complexidade, incluindo-se aí os pagantes dos planos privados” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1997).

Como conclusão, o mesmo documento ainda salienta que os planos visam a sua “solvência financeira” e à “maximização dos lucros” em detrimento da vida dos segurados, bem como cita o artigo 9º do Código de Ética Médica, segundo o qual a medicina não pode ser exercida como comércio (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1997). Por fim, vale transcrever a parte do relatório que argumenta a grandeza da palavra “saúde” e comenta o ressarcimento, ao dizer que

[...] A saúde não é faculdade que se fragmente, nem é bem que se negocie sob condições que apequenem sua natureza e desvirtuem sua essência. Saúde é um conceito totalizador, social, coletivo, que não admite exceções, nem comporta restrições, preconceitos ou discriminações.

[...] No que se refere ao ressarcimento do SUS pelas operadoras, este fica submetido aos limites do contrato entre a operadora e o beneficiário ou segurado, além de prever-se que tal ressarcimento obedecerá os valores estabelecidos entre a operadora e os estabelecimentos de mesmo nível técnico que prestem serviços de assistência à saúde aos seus beneficiários ou segurados, sem deixar claro critérios de comparação ou mesmo resolver a questão quando a comparação não for possível.

Além disto, a operadora terá o prazo de 30 dias para contestar a conta apresentada, antes [sic] pagá-la, o que na prática levará ao não pagamento (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1997).

Nas palavras de Montone (2009, p. 35), antes de uma regulamentação do setor privado de saúde, “O foco era a atividade econômica e a visão de que a melhor proteção para os usuários seria garantir que as empresas operadoras tivessem real capacidade de prestar os serviços contratados e solidez econômico-financeira”.

Paralelamente à Comissão e ao Relatório, o Governo montou um “grupo de trabalho interministerial – Saúde, Justiça e Fazenda –, que apresentou uma versão preliminar para discussão” (FONSECA, 2004). Havia, nessa Comissão, representantes dos ministérios da Fazenda, Justiça e Saúde. Mas, segundo Montone (2009, p. 32),

Na primeira reunião desse grupo de trabalho, em abril de 1997, o Ministério da Saúde não tinha uma proposta estruturada para o setor, apenas uma agenda temática, uma postura de coibir abusos e uma tese de que o SUS precisava ser ressarcido pelo setor privado pelo atendimento de seus usuários, principalmente nos procedimentos excluídos das coberturas contratuais.

Por fim, em agosto do mesmo ano, 1997, uma “Comissão Legislativa Especial foi constituída para proferir parecer sobre o projeto [...]”. Continuando com os trabalhos sobre a lei, Fonseca (2004) afirma que

Até agosto de 1997, tinham sido apresentados 24 novos projetos e 131 emendas, das quais somente 13 foram aceitas e incorporadas no substitutivo ao projeto de Lei 4.425/94, apresentado pelo relator deputado Pinheiro Landim, passando a ter, então, 36 artigos. Exatamente em 14.10.1997 o plenário da Câmara votou o substitutivo – foram 306 votos a favor, 100 contra e três abstenções, maioria e 3/5, um placar suficiente até para alterar dispositivos da Constituição Federal.

No entanto, segundo as normas constitucionais do processo legislativo, dadas as modificações incorporadas ao projeto que se iniciou no Senado, deveria haver a volta àquela casa para apreciação das incorporações e das diferentes opiniões, o que foi feito, até diante de pressões do governo, por exemplo, com a promessa de se editar Medida Provisória “[...] regulamentando as questões mais polêmicas [...]” (FONSECA, 2004). Já em

em 6 de maio de 1998 a Comissão de Assuntos Sociais do Senado, presidida pelo senador Ademir Andrade, manifestou-se, por unanimidade, favorável ao parecer do senador Sebastião Rocha e proposta de redação final do Projeto de Lei do Senado nº 93, de 1993 (nº 4.425, de 1994, na Câmara dos Deputados) (FONSECA, 2004).

Os projetos, então, foram votados, e a Lei 9656/98 entrou em vigor após o período de *vacatio legis* de 90 dias, contados da data de sua publicação (4 de junho de 1998). Foi, no entanto, logo editada uma medida provisória, a de nº 1665, seguida de várias outras, que modificaram a lei aprovada, e que, conforme determinavam as normas constitucionais da época, eram reeditadas a cada 30 (trinta) dias caso não fossem votadas como lei.

Assim, aprovada a lei dos planos de saúde, ela procurou tratar de questões já em debate no âmbito social e jurídico, sem regulamentação por parte do Legislativo. Impôs normas sobre carências, a isenção em relação a elas, a questão do reajuste do prêmio em relação à faixa etária, prazo de internação, dentre outras estipulações. A nova lei, também, além de conter dispositivos sobre o ressarcimento, aumentou a abrangência dos planos e determinou que seus gestores informassem à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, a carta de clientes. Segundo Nunes (2000, p. 12),

A norma que dispõe sobre planos privados de assistência à saúde, ainda que não seja um primor de perfeição, foi elaborada a partir de discussões que contaram com a participação de entidades de defesa do consumidor, representantes dos planos e seguros de saúde, das corporações médicas, de órgãos governamentais do setor, etc.

No corpo da lei editada, a determinação do ressarcimento encontra-se no artigo 32. Acontece com a entrega pelos planos de saúde ao Estado, de valores correspondentes à utilização da

rede pública por beneficiários dos respectivos planos. Originalmente, o artigo 32 tinha a seguinte redação

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras a que alude o art. 1º os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

§ 1º O ressarcimento a que se refere o *caput* será efetuado pelas operadoras diretamente à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, ou ao SUS, nos demais casos, mediante tabela a ser aprovada pelo CNSP, cujos valores não serão inferiores aos praticados pelo SUS e não superiores aos praticados pelos planos e seguros.

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a entidade prestadora ou o SUS, por intermédio do Ministério da Saúde, conforme o caso, enviará à operadora a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o trigésimo dia após a apresentação da fatura, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao Fundo Nacional de Saúde, conforme o caso.

§ 4º O CNSP, ouvida a Câmara de Saúde Suplementar, fixará normas aplicáveis aos processos de glosa dos procedimentos encaminhados conforme previsto no § 2º deste artigo (ANS, 1998).

No entanto, a partir da edição da lei, iniciou-se um período de modificações por meio de diversas Medidas Provisórias (44 no total), culminando, atualmente, com o *caput* e oito parágrafos, modificados pela Medida Provisória 2177-44 de 2001 (além de a lei como um todo ter sido modificada ainda pelas leis 10223/2001 e 11935/2009). Nas palavras de Gregori (2007, p. 40), a lei recebeu modificações da MP 1665 de 04-06-1998, e “A essa Medida Provisória sucederam-se 44 outras, sendo que algumas receberam nova numeração [...]. O texto da última reedição, a MP 2.177-44, de 24.08.2001, [...] aguarda, até hoje, deliberação do Congresso Nacional”.

Esse procedimento de modificação por meio de medidas provisórias, é claro, gerou críticas por parte de especialistas e da sociedade em geral. “Na Lei 9656/98 ficou clara a boa intenção das autoridades governamentais. Todavia, o método preocupa, posto que os governantes passam e daí mudam as intenções” (NUNES, 2000, p.12-13).

“A situação gera instabilidade; a própria história recente do país deixa patente que não existe vontade política para aprovar, rejeitar ou reformar o teor de uma série de medidas provisórias, que acabam sendo reeditadas continuamente” (NUNES, 2000, p. 12-13). Concluindo, pode-se dizer que, “Como estudiosos do direito, só podemos ficar preocupados com esse novo modo de aprovar as leis” (NUNES, 2000, p. 12-13).

Com razão o autor, mas, pelo visto, de nada valeram suas palavras até os dias atuais, mesmo diante do coro da doutrina, uma vez que medidas provisórias (mesmo após a reforma da Emenda Constitucional - EC 32) continuam a, claro, não mais ser reeditadas como no passado, mas a tratar de assuntos sem os requisitos de urgência e relevância.

Assim, após variadas medidas provisórias, a redação atual do artigo 32 da lei determinando o ressarcimento, recebeu algumas modificações. De fato, o órgão regulador do setor, ANS, foi criado após a edição da lei de planos de saúde, fazendo com que as empresas tivessem que se adaptar às regulamentações dessa agência. Os parágrafos do artigo foram modificados segundo essa nova realidade, e outros criados totalizando oito parágrafos.

Assim, o ressarcimento não é mais feito ao Sistema Único de Saúde com normas do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), mas com normas da ANS – Agência Nacional da Saúde Suplementar –, criada posteriormente à lei de planos de saúde pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que, inclusive, também ficou com a incumbência de enviar às operadoras os procedimentos realizados nos consumidores, bem como estipular as regras para os procedimentos de impugnação. O prazo para o ressarcimento foi reduzido de 30 para 15 dias, e a partir de 2001, há juros de mora, multa, inscrição em dívida ativa e possibilidade de cobrança judicial pela ANS, caso haja atraso no pagamento.

Segundo Montone (2009, p.103), a ideia inicial sobre o ressarcimento era outra: fazer com que os planos fossem cobrados por aquilo que não cobriam, como forma de fazer aumentar as coberturas de seus contratos. Ou seja,

A idéia [sic] do ressarcimento era fazer com que a operadora pagasse ao SUS pelas coberturas que ela não cobrisse em seu contrato, como uma punição pela exclusão que deveria funcionar como incentivo a que o mercado caminhasse para a cobertura integral. Se o procedimento estivesse previsto no contrato, ela não teria que pagar. A suposição seria que o usuário usou seu direito de acesso ao SUS. Se o procedimento não estivesse previsto, ela deveria ressarcir o SUS (MONTONE, 2009, p. 103).

No entanto tal procedimento seria inconstitucional, e, então, o processo foi modificado, havendo ressarcimento quando pessoas com planos de saúde são atendidas pelo SUS. “[...] A presunção passaria a ser que a operadora dificultara ou descumprira seu contrato e deveria ressarcir o SUS” (MONTONE, 2009, p. 103). Ou seja, em uma situação que realmente acontecia, o Estado procurou reprimir a intenção das operadoras, que, “[...] mesmo num

procedimento contratado, negava ou dificultava a execução dos serviços, que acabavam por ser realizados na rede pública” (MONTONE, 2009, p. 103).

Enfim, o sistema de ressarcimento foi estipulado para coibir a intenção dos planos de saúde de obter lucros sem prestação de serviços, e, para operacionalizá-lo, a ANS editou instruções normativas, a fim de regulamentar os procedimentos. Há toda uma estrutura montada tanto para a efetiva cobrança, quanto para o pagamento, não sem antes se dar a chance de impugnação às operadoras.

Nas palavras de Figueiredo L. (2006, p. 305), quando o procedimento para cobrança passou a cargo da ANS, “[...] o processo administrativo para a cobrança dos valores oriundos do ressarcimento ao SUS foi, primeiramente, disciplinado por meio da Resolução RE nº 03, de 27.4.2000, e da Resolução RE nº 05, de 28.8.2000, ambas da Diretoria de Desenvolvimento Setorial”. No ano da publicação de sua obra, 2006, o processo era

disciplinado pela Resolução RE nº 06, de 02.4.2001, alterada pelas Instruções Normativas nº 1, 2 e 6, respectivamente, de 14.2.2002, 11.4.2002 e 12.9.2002 da mesma Diretoria, tendo em vista que a Instrução Normativa nº 09, de 30.12.2002, restou revogada por força da Instrução Normativa nº 12, de 29.10.2003, que expressamente, em seu art. 2º, ripristinou a referida Resolução nº 06 (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 305).

Em síntese, o procedimento funciona da seguinte forma: primeiramente, identificam-se os beneficiários de planos que utilizaram o sistema do SUS. Depois, são informados dados desse beneficiário e do atendimento às operadoras, e, em respeito “ao contraditório e à ampla defesa”, caso a operadora discorde de algum dado, pode apresentar impugnação. O processo irá para a Secretaria de Assistência à Saúde (SAS), caso haja impugnação técnica, e para ANS, caso seja administrativa, voltando-se à SAS, caso exista algum procedimento técnico também impugnado. Na ANS, a primeira instância é a Gerência-Geral de Integração com o SUS, e a segunda, a Diretoria de Desenvolvimento Setorial da ANS. Após isso, as guias de cobrança são emitidas, caso as impugnações e os recursos sejam indeferidos. É importante ressaltar que todas as informações sobre o procedimento podem ser acessadas pelas operadoras no *site* da ANS, por meio de senha que todas elas possuem (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 305-306).

Assim, há duas fases para o ressarcimento: uma administrativa levada pela ANS para cobrança administrativa do valor; e outra judicial, caso não haja o pagamento administrativamente, com inscrição em dívida ativa e execução judicial. No primeiro caso, o prazo seria decadencial, perdendo a administração o direito de constituir o crédito, e no segundo caso, seria prescricional, a contar do momento quando findo o procedimento administrativo, obrigatório antes do judicial. Concluindo, há o prazo de cinco anos para cobrança administrativa da dívida, e, findos estes, mais cinco para a judicial (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 309 e segs.).

Entretanto, dadas as críticas recebidas pela ANS pela falta de arrecadação e pela lentidão dos processos administrativos, no ano de 2008, precisamente em 30 de dezembro de 2008, a ANS editou a Resolução Normativa (RN) de nº 185, que instituiu o procedimento eletrônico de ressarcimento ao SUS (ANS, 2008), e, posteriormente, a Instrução Normativa (IN) de nº 37, em 9 de junho de 2009 (ANS, 2009), que regulou o mesmo procedimento. O artigo 3º da Resolução 185 prescreve:

Art. 3º Atendimento a ser ressarcido pela operadora de plano privado de assistência à saúde – OPS – é a utilização de serviços de atendimento à saúde por beneficiário em prestador público ou privado, conveniado ou contratado, integrante do SUS, desde que cobertos pelo plano privado de assistência à saúde ao qual está vinculado o beneficiário, ainda que o prestador não integre a rede assistencial da OPS.

[...]

Art. 6º Cada atendimento identificado será autuado individualmente em um processo, ou agrupado com outros atendimentos identificados em função do mês de competência, do beneficiário, da OPS, do tipo de atendimento, do procedimento ou de qualquer outro critério, conforme ato da Gerência-Geral de Integração com o SUS – GGSUS.

Art. 7º A identificação será realizada mediante cruzamento de bancos de dados relativos aos atendimentos realizados pelo SUS com as informações cadastrais das OPS, constantes do banco de dados da ANS, nos termos do artigo 20 da Lei 9.656, de 1998, e da regulamentação da ANS.

[...]

Art. 9º No procedimento de ressarcimento ao SUS será utilizado o meio eletrônico para armazenamento, tramitação e visualização de processos, notificações, intimações, e transmissão de peças processuais (ANS, 2008)¶

Já a Instrução Normativa 37, em seu artigo 28, determina que “Os atendimentos identificados relativos a débitos vinculados à GRU de pagamento não poderão ser objeto de impugnação ou de recurso”. Essa determinação é completada pelo parágrafo único, segundo o qual, “Na hipótese do *caput*, a OPS poderá desbloquear a impugnação e o recurso por meio do cancelamento da GRU” (ANS, 2009).

A inovação chamou a atenção da sociedade, sendo noticiada em jornais de circulação nacional, levando a uma maior arrecadação de recursos para a saúde pública. Nas palavras do então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, "É um valor (a previsão de arrecadação) que nem de longe contempla as necessidades do SUS, mas são recursos significativos para o Fundo Nacional de Saúde" (CIMIERI, 2009).

Por fim, vale dizer que o ressarcimento é um sistema complexo e inovador em nosso ordenamento, não havendo, com ele, a promessa de financiar a saúde pública. No entanto, conforme afirma Figueiredo (2006, p. 143), é um "[...] instrumento de regulação do sistema privado e supletivo de saúde", já que, com ele, "[...] procura-se impedir o avanço predatório e práticas de direcionamento ao atendimento pela Saúde Pública, de procedimentos cobertos pelos planos comercializados, evitando-se, assim, aumento abusivo nos lucros das operadoras".

Se assim é, o ressarcimento, mesmo com diversos problemas operacionais, pode ser aplaudido pela sociedade em geral, e devem ser envidados esforços para sua efetiva concretização, na busca por uma sociedade mais equalizada, mais justa e com maior respeito das empresas ao direito humano e fundamental à saúde.

## 1.2 O RESSARCIMENTO E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE?

A despeito da regulamentação do ressarcimento ao Estado e da criação de toda uma estrutura para a cobrança, como a identificação de prestação pública de saúde a um conveniado de plano, bem como a preocupação em proceder-se ao contraditório (direito de impugnação por parte das operadoras dos valores e/ou procedimentos cobrados), foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 1931, questionando a Lei 9656/98 e, dentre os assuntos, também o ressarcimento.

A Confederação Nacional de Saúde (CNS), entidade sindical representante de todos os estabelecimentos de serviços de saúde do Brasil, inclusive operadoras de planos de saúde, abarcando 8 federações e 86 sindicatos, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como uma medida cautelar autuada em apenso, em face do Presidente da República e do

Congresso Nacional, alegando a inconstitucionalidade da lei de planos de saúde em vários aspectos.

A inicial da ADIN alega, primeiramente, a legitimidade ativa da autora; em um segundo momento, afirma a inconstitucionalidade formal de toda a lei, ao dizer que houve afronta ao artigo 192, inciso II, da Constituição Federal (estabelece este que o funcionamento e a autorização dos estabelecimentos de seguro devem ser feitos por lei complementar, e a lei de planos de saúde é uma lei ordinária) (CNS, 1998).

No entanto é importante acrescentar para já rebater a alegação de inconstitucionalidade formal com base no artigo 192 da Constituição, constante do título da Ordem Econômica e Financeira, que o Ministro Ayres Britto (BRASIL, STF, 2004) afirmou na ADIN não se poder esquecer que a saúde é um direito social e “[...] deve corretamente ser estudada e aplicada à luz do art. 8º da Constituição, que trata da ordem social [...]”, e não no título da Ordem Econômica e Financeira. Em conclusão, não há necessidade de lei complementar.

Especificadamente quanto ao ressarcimento, a ADIN apresenta outro pedido relacionado à inconstitucionalidade formal, qual seja, violação do artigo 195 da Constituição de 1988. Nas palavras da Confederação Nacional de Saúde

Pede, por fim, a declaração da inconstitucionalidade do artigo 32, *caput*, e, por consequência, dos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 9.656/98, com as alterações impostas pelo artigo 1º da Medida Provisória 1.730-7/98, por violação ao artigo 195, *caput*, e § 4º da Constituição Federal. (CSN, 1998).

Assim, formalmente, a inicial afirma que o ressarcimento é inconstitucional, porque a Constituição permite outras fontes para a seguridade social, mas por meio de lei complementar, conforme artigo 195, parágrafo 4º, que remete ao 154, I, ambos da Carta Maior.

Mas há também alegação de inconstitucionalidade material: a autora afirma que não houve o respeito ao devido processo legal, já que as normas impostas aos planos de saúde pela lei não respeitam a razoabilidade e a proporcionalidade. De uma forma geral, sustenta a autora da ADIN que a lei dos planos “[...] revela a **absurda transferência do dever do Estado de prover a saúde para a iniciativa privada**”. E complementa, dizendo que “[...] **determinou**

**tamanha abrangência de cobertura obrigatória por parte das operadoras de planos de saúde que vai culminar por, em uma só tacada, inviabilizar o segmento e prejudicar seriamente o consumidor** (CSN, 1998, grifos do autor).

Também quanto ao tema ressarcimento, a Ação alegou que o artigo 32, *caput*, bem como seus parágrafos, estariam “em contraste com o devido processo legal” (BRASIL, STF, 2004). Nas palavras da peça inicial citadas na decisão cautelar do STF, o ressarcimento “[...] revela, a não mais poder, a intenção do Estado de transferir, para a iniciativa privada, o ônus de assegurar a saúde para todos, na forma do artigo 196 da Constituição Federal”. E completa, dizendo que o dispositivo “[...] interfere indevidamente na iniciativa privada, maltratando o artigo 199 da Constituição Federal”. (BRASIL, STF, 2004). Vale transcrever, na íntegra, a irresignação da Confederação com o dispositivo determinando o ressarcimento, identificando, em seu entender, a transferência de um dever que é do Estado

Na hipótese deste artigo, se o consumidor resolver comparecer a um **hospital público** e lá for atendido, **a operadora do plano de saúde do qual aquele for beneficiário deverá ressarcir, AO PODER PÚBLICO, os gastos que este fez atendendo ao problema de saúde do cidadão**. Em outras palavras: uma vez que qualquer pessoa se torne beneficiária de um plano de saúde, a operadora deste assume o dever do Estado, previsto no artigo 196 da Constituição. Fica claro, agora, por que o Poder Público quis criar, **nos artigos 10 e 12** da lei impugnada, um plano de abrangência completa, mesmo que isto viole a Constituição Federal (BRASIL, STF, 2004, grifos do autor).

E, observando-se a própria inicial, percebe-se a real convicção da inconstitucionalidade por parte da autora e, mais uma vez, sua indignação com vários dispositivos da lei, mas especialmente com o artigo 32, ao afirmar que há a intenção de se transferir para a iniciativa privada o “ônus de assegurar a saúde a todos”, além de,

**[...] impondo à iniciativa privada o dever de atender toda e qualquer doença, oferecer todo e qualquer tratamento, em todo e qualquer hospital, pagar por todo e qualquer exame, terá transferido seu dever. E mais. Uma vez que tenha posto nos ombros dos agentes privados a sua obrigação, sente-se no direito DE COBRAR DAS OPERADORAS AS DESPESAS QUE TIVER DE EFETUAR NA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA. Isto, como devido respeito, é um escândalo!** (CNS, 1998, grifos do autor).

Resumindo as alegações, a peça inicial afirma violações aos artigos 196 e 199, bem como ao artigo 195, por pretender impor apenas aos setores econômicos o financiamento da seguridade social, afora o fato de que esse financiamento deve ser feito, por força do artigo 154, I, da CF, por meio de lei complementar (CNS, 1998).

A autora cita, ainda, para contestar a lei como um todo, um cálculo atuarial que fez, chegando à conclusão de que a nova lei aumentaria o valor dos planos para os consumidores. Na mesma peça, ainda afirma que a lei de planos de saúde não pode retroagir para ser aplicada a contratos pretéritos conforme determina, pois a Constituição Federal não permite a retroatividade (CNS, 1998).

Em medida cautelar, foi requerida a apreciação dos pontos argumentados por haver *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, afirmando-se que esses estão representados na petição, e a urgência se fazia presente porque a lei, com a medida provisória da época (1730-7/98), era de aplicação imediata, bem como os planos poderiam ser alvo de punições e ações judiciais, caso a liminar não fosse deferida. Por fim, o pedido material era de que,

Caso não seja acolhido o pedido acima formulado, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do inteiro teor dos diplomas legais citados, o que se admite apenas para argumentar, pede seja declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos abaixo relacionados, da lei e da medida provisória em questão, por violação ao devido processo legal, em sua acepção substantiva e por violação aos artigos 196 – que estabelece ser do Estado o dever de prover a saúde – e 199, que dita ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde:

[...]

w) o artigo 32, *caput*, e, por consequência, os §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 9.656/98, com as alterações impostas pelo artigo 1º da Medida Provisória 1.730-7/98 (CNS, 1998).

Pelo exposto, nota-se que a alegação é de ferimento aos artigos 196 (dever do Estado em prestar a saúde) e 199 (prestação da saúde livre à iniciativa privada), todos da Constituição de 1988. Mas também há outras duas alegações: ferimento ao artigo 195, porque a seguridade social deverá ser financiada por toda a sociedade e, com o ressarcimento, seria financiada apenas pelos planos (“setores econômicos”); bem como ferimento ao artigo 154 I também da Constituição, tendo em vista que outras fontes para seguridade devem ser criadas por lei complementar, e o ressarcimento, que é uma fonte segundo as alegações, foi criado por lei ordinária e medidas provisórias.

O STF – Supremo Tribunal Federal – ainda não julgou o mérito da Ação, apesar de reiterados pedidos de prioridade no julgamento (inclusive do Presidente da República, conforme consta do andamento da ADIN no *site* do STF), estando o processo concluso com o relator desde a data de 31 de outubro de 2008.

No entanto a medida cautelar foi julgada em 28 de agosto de 2003 e publicada em 28 de maio de 2004. Em síntese, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte os pedidos e, quanto à questão que nos interessa, afirmou, à unanimidade, que a determinação na lei do ressarcimento ao Estado pelas operadoras de planos de saúde não era inconstitucional, pois não feria o devido processo legal, bem como não se tratava de um tributo, mas de uma indenização. Quer dizer, a natureza jurídica do ressarcimento é de indenização, um instituto civil, e não de tributário.

O Relator Maurício Correa transcreveu esclarecimentos técnicos do Departamento de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde, afirmando que o ressarcimento e a lei em geral não gerariam tantos problemas financeiros para empresas de planos e consumidores conforme a inicial informava, bem como que a intenção com o ressarcimento não era discriminar as pessoas possuidoras de planos, mas apenas fazer as seguradoras cumprirem com os contratos assinados, já que o ressarcimento seria feito dentro dos limites destes (BRASIL, STF, 2004). Com relação à inconstitucionalidade formal, conforme afirmado, a posição do Ministro e do STF, é de que o ressarcimento tem natureza de indenização. Nos dizeres de Maurício Correa,

Também nenhuma consistência tem a argumentação de que a instituição dessa modalidade de ressarcimento estaria a exigir lei complementar [...]. Como resulta claro e expresso na norma, não impõe ela a criação de nenhum tributo, mas exige que o agente do plano restitua à Administração Pública os gastos efetuados pelos consumidores com que lhe cumpre executar (BRASIL, STF, 2004).

Muitas críticas foram feitas a esse posicionamento do STF (e há, inclusive, embargos de declaração por parte da Confederação, pretendendo a modificação da decisão). No entanto, segundo Figueiredo (2006, p. 303), a liminar foi confirmada no julgamento do dia 21 de agosto de 2003 e publicada no Diário Oficial de 28 de maio de 2004.

Vale, aqui, ainda dizer que o Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou sobre o ressarcimento, entendendo-o como de natureza indenizatória e, portanto, constitucional. Há, inclusive, dois julgados que podem expressar bem esse entendimento, um de 2005, que fez parte do Informativo 283 do STJ, e outro do ano de 2009.

No primeiro, com relatoria do Ministro José Delgado, o Tribunal entendeu que o ressarcimento tinha “natureza indenizatória, não se considerando débitos referentes a ‘preços de serviços públicos ou a operações financeiras que não envolvam recursos orçamentários”

(BRASIL, STJ, 2005). Essa posição leva a crer que o Superior Tribunal não entende o ressarcimento como tributo, e, dessa forma, não há que se falar em inconstitucionalidade formal nesse caso. Tanto é assim, que o STJ repetiu sua decisão no ano de 2009, oferecendo a mesma argumentação, qual seja, caráter indenizatório do ressarcimento, conforme acórdão, dizendo o seguinte

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA PRESCINDÍVEL AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. OS VALORES DE RESSARCIMENTO AO SUS NÃO SÃO PREÇOS PÚBLICOS.  
 1. Para configurar a violação ao artigo 535 do CPC, a matéria tida por omissa tem que ser essencial para o deslinde da controvérsia. Na hipótese dos autos, a conotação de preço público dada pelo recorrente aos valores de ressarcimento ao SUS vai de encontro à interpretação legal adotada pelos Tribunais e pelo STJ, o que de fato não gera malferimento ao artigo 535 do CPC.  
 2. O ressarcimento devido pelas operadoras de planos de saúde à Agência Nacional de Saúde Suplementar, em decorrência de atendimentos a beneficiários de seus planos pelo Sistema Único de Saúde, tem natureza indenizatória, não se considerando débito referente a "preços de serviços públicos ou a operações financeiras que não envolvam recursos orçamentários", para fins do art. 2º, § 8º, da Lei 10.522/02 (conversão da MP 2.176-79/01).  
 3. Agravo regimental não provido” (BRASIL, STJ, 2009).

Em sentido contrário à alegação de que não se trata de questão tributária, Cunha E. (2001, p. 24) afirma que, “[...] ao pretender instituir uma forma de ressarcimento das despesas que efetuou através do SUS, o Estado está, na realidade, instituindo uma ‘taxa’ de forma absolutamente desvinculada dos princípios constitucionais que regem o sistema tributário”. E sustenta que

Assim, além das fontes próprias que integram o orçamento da seguridade social, qualquer outra fonte de custeio das despesas com saúde deveria, obrigatoriamente, ser instituída através de *lei complementar*, a teor do que dispõe o artigo 154, I, da Constituição e, ainda assim, veiculada através de *imposto* e jamais de *taxa* (CUNHA, E., 2001, p. 25).

Isso é o que basicamente toda a doutrina tributária comenta em relação à instituição do ressarcimento. No entanto acredita-se na natureza civil do ressarcimento, bem como em seu caráter indenizatório, ou mesmo reembolsatório/compensatório. Por essa razão, o artigo 32, que determina o ressarcimento, não seria inconstitucional.

Ressalta-se que Figueiredo L. (2006, p. 297) defende veementemente o ressarcimento, afastando o seu caráter tributário, quiçá de taxa. Para o autor, a intenção do legislador, ao criar

o ressarcimento, foi “[...] unicamente coibir o enriquecimento sem causa sobre o qual as operadoras se locupletavam em detrimento do Poder Público [...]”. Completando, afirma que

[...] a atual Ordem Constitucional veda o aumento arbitrário de lucros, tratando o mesmo, a teor do disposto no seu art. 173, § 4º, como infração à ordem econômica. Especificamente no que se refere à ordem social, no campo da saúde, a CF é expressa ao vedar o repasse de auxílios e subvenções públicas a entidades privadas com fins lucrativos, consoante art. 199, § 2º. (FIGUEIREDO, L., 2006, p.297)

Ao que transparece, o referido autor entende que o ressarcimento ao SUS tem natureza “*meramente restituitória*” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 298), para dizer (já na página 299) que a razão disso é o fato de o ressarcimento não inovar patrimonialmente nos cofres públicos, mas apenas restitui o que o Estado gastou com as entidades operadoras de planos. Na mesma página, mencionando as palavras de Paulo de Barros Carvalho em resposta à consulta feita pela ANS sobre o ressarcimento, percebe-se que

‘[...] o ressarcimento ao SUS a que se refere o art. 32 da Lei 9656/98 não preenche os requisitos caracterizadores da multa, nem da obrigação convencional, nem do tributo. Trata-se de prestação pecuniária compulsória que não configura sanção por ato ilícito, o que, em uma análise superficial, poderia levar à equivocada idéia [sic] de estar-se diante de tributo. Sua natureza, pois, é nitidamente reparatória, decorrendo de efeitos não juridicamente reconhecidos (*enriquecimento sem causa*) [...]’ (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 299, grifos do autor).

Em outro local da mesma obra, Figueiredo L., (2006, p. 298) afirma que o dever de restituir o que foi auferido indevidamente não está vinculado à ideia de culpa, já que a legislação apresenta casos de indenização impostos por lei. Interpreta-se que o autor entende mesmo tratar-se de reembolso, uma vez que, na página 302, afirma categoricamente tratar-se

[...] apenas de reconhecer a responsabilidade civil das operadoras e o direito do Estado em ser indenizado e ressarcido dos recursos despendidos com atendimentos médicos contratualmente cobertos, que deveriam inicialmente ter ocorrido às expensas das operadoras, independentemente de culpa destas ou de qualquer outra conduta irregular, estando tal obrigação simplesmente positivada na lei, como ocorre com tantas outras em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da indenização pela servidão de passagem forçada (art. 1.285 do Código Civil).

Entende-se, no presente trabalho, que não se trata de tributo. Trata-se de uma indenização, compensação, de um reembolso ou, como o próprio nome já diz, ressarcimento. Seria indenização no caso de haver um cometimento de ato ilícito por parte da operadora, ou mesmo sem o ato ilícito, se houvesse a determinação de indenização com a ocorrência de dano.

A indenização pressupõe o cometimento de um ato ilícito e o pagamento de um valor para compensar a parte que sofreu o ato ilícito. O próprio Código Civil de 2002, no artigo 927, com capítulo I intitulado “Da Obrigação de Indenizar”, afirma que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2009, p. 210).

A indenização também pode surgir sem que um ato ilícito seja cometido, desde que haja, pelo menos, o dano. É o que acontece, por exemplo, com o desenvolvimento de atividades nucleares, ou causadoras de danos ao meio ambiente, ou ainda transporte de pessoas. O enunciado do artigo 735 do Código Civil pode servir como exemplo quando afirma que a culpa de terceiro não retira a responsabilidade do transportador, indicando uma indenização ao contratante, mesmo sem haver culpa do contratado. Também no Código de Defesa do Consumidor, temos comando semelhante. Há atividades que, por lei, apenas pelo fato de causarem dano a outrem, conferem ao ator o dever de indenizar.

Abrem-se assim, três situações: se não há ato ilícito por parte da operadora, não há que se falar em indenização e por isso o ressarcimento não teria essa natureza; por outro lado, havendo ato ilícito, seria indenização. Outra possibilidade é não haver ato ilícito, apenas o dano, mas nesse caso, a indenização deveria ser paga ao consumidor lesado e não ao Estado, a não ser que se entenda pela lesão ao Estado (como sociedade) com o não cumprimento dos contratos e envio de segurados ao setor público. Nesse caso, seria o ressarcimento indenização.

Já a compensação, o reembolso ou ressarcimento pressupõem voltar a pessoa ao estado antes existente. Aqui vale falar em enriquecimento sem causa dos planos de saúde (não como único argumento, diga-se, estritamente liberal). Como eles recebem para prestar um serviço, e, apesar de o serviço precisar ser prestado, é feito pelo Estado, os planos estariam enriquecendo ilicitamente em face desse ente público. Há o dever de ressarcimento, de compensação ao Estado por um serviço que deveria, por contrato, ser feito pelo plano. O artigo 884 do CC de 2002 assim estipula: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2009, p. 207). Não havendo ato ilícito, nem atividade que a lei determina indenizar caso cause dano, o ressarcimento não seria indenização, mas reembolso.

Pode-se acrescentar, para engrandecer a discussão, o artigo 885 do Código Civil, que estabelece que “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2009, p. 207). Figueiredo L. (2006, p. 301), inclusive, afirma que o ressarcimento, conforme Lei 4320/64,

[...] se enquadra na qualidade de movimento de fundo ou ingresso patrimonial, como receitas diversas (Anexo nº 3, 1.5.0.00) de indenizações e restituições (Anexo nº 3, 1.5.3.00), classificando-se, ainda, como crédito da Fazenda Pública, cuja inscrição em dívida ativa não tributária é dever que se impõe, à luz das previsões contidas no art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64, combinado com o art. 32, § 5º, da Lei nº 9.656/98.

Assim, em princípio, a determinação do ressarcimento não é inconstitucional, uma vez que não cria tributo novo (para o qual necessitar-se-ia de lei complementar), mas pode ser indenização (como quer o STF na decisão cautelar da ADIN) ou apenas uma compensação, um reembolso de operadoras de planos de saúde ao Estado, por ter este prestado um serviço pelo qual, por contrato, as operadoras se obrigaram e receberam valores.

Quanto aos demais argumentos da ADIN, quais sejam, inconstitucionalidade por ferir os artigos 196 e 199, respectivamente, dever do Estado prestar a saúde e livre iniciativa dos planos para prestar a saúde, a presente dissertação responde a eles como um todo, fornecendo argumentos e teorias constitucionais para, conforme o problema citado, dizer que o ressarcimento é constitucional, e o não ressarcimento fere a igualdade do direito à saúde no Brasil.

Vale aqui também acrescentar, a fim de defender o ressarcimento, a recente e ainda combatida redução da clássica separação entre direito público e direito privado. Doutrinadores mais modernos não mais veem tal separação de forma estanque. Muitas vezes, é preciso que haja uma interdisciplinaridade entre essas duas esferas para promoção de um bem maior. Esse também é um fundamento para a constitucionalidade do ressarcimento.

Também as empresas e os particulares têm o dever de promover a saúde de todos, e um meio que se mostra importante para isso é o ressarcimento. Tanto é assim, que encontra-se na Constituição Federal inúmeros dispositivos contendo uma visão mais humanizada da

iniciativa privada como os princípios da atividade econômica enumerados no artigo 170 desse diploma legal.

Esses princípios, inclusive, denotam outro argumento a favor da restituição dos planos ao Estado: a solidariedade social. Doutrinadores modernos, simpatizantes da diminuição da separação entre público e privado veem com bons olhos a solidariedade social, já traduzida, em parte, nos princípios da dignidade e justiça social constantes da regulamentação da atividade econômica na Constituição Federal. A solidariedade faz parte dos direitos de terceira dimensão, quando se trata de direitos humanos, e não pode ser esquecida, uma vez que é ferramenta útil na concretização da igualdade dentro do Estado Democrático Brasileiro, favorecendo o direito à saúde de todos.

Essas alegações relacionadas com a constitucionalização do direito privado, serão evidenciadas com mais detalhes no Capítulo 4, momento em que serão apresentadas teorias voltadas a essa constitucionalização e suas ligações com a determinação do ressarcimento.

Assim, em resumo, a posição do STF, liminarmente, sobre os artigos 196 e 199, não trata das teorias que serão enfocadas aqui, mas rechaça as alegações iniciais. Afirma que o Estado não está transferindo seu dever à iniciativa privada. Segundo a decisão, a norma sobre dever da saúde é programática e se perfaz por meio de políticas públicas que também abarcam a iniciativa privada. Continuando, sustenta que, segundo o artigo 197 da Carta Magna, o Estado deve regular o setor, e nada mais faz com a lei de planos de saúde, tentando promover a compatibilização com a iniciativa privada (BRASIL, STF, 2004).

Em relação à alegação de atentado ao devido processo legal, o Ministro relator da Adin responde, dizendo que não vislumbra nenhuma afronta a esse princípio (BRASIL, STF, 2004). Nas próprias palavras do Ministro Correa

Tratando-se de segmento da maior sensibilidade social, pois envolve a saúde e a vida das pessoas, tenho que as normas impugnadas nesta parte da ação, em face da anômala condição em que os agentes da requerente operavam nesse mercado, não violam o devido processo legal [...] (BRASIL, STF, 2004).

Conforme posicionou-se o Ministro Nelson Jobim, “[...] as regras são absolutamente razoáveis.” Mas atribui a irresignação da parte autora como consequência “[...] da forma

como essas empresas operaram quando do regime de liberdade absoluta de mercado”. Cita a regulação também tardia da previdência privada no Brasil, antes em desordem (BRASIL, STF, 2004).

Assim, insta dizer que a liminar na ADIN rechaçou a inconstitucionalidade tanto formal quanto material do ressarcimento, levantando argumentos consistentes. Na presente dissertação, levantar-se-á outras questões e teorias, a fim de também defender o ressarcimento, sem perder de vista a resposta à questão proposta de ferimento à igualdade na prestação da saúde.

### 1.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS AO RESSARCIMENTO

#### **1.3.1 Uma difícil busca: apenas argumentos de ações pesquisadas**

Além da Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda pendente de julgamento, os planos de saúde, inconformados com a possibilidade do pagamento, ajuizaram ações em diversos estados brasileiros, pretendendo o não pagamento e alegando, em âmbito difuso e concreto, a inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei 9656/98.

Algumas dessas ações ainda não chegaram ao STF pela via dos recursos, mas tiveram decisões contraditórias em primeira e segunda instâncias. Um exemplo marcante são as decisões antagônicas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro).

Há julgados da 6ª, 7ª e 8ª Turmas decidindo pelo ressarcimento (Ac. 200651010186074, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Sexta Turma Especializada, 25-08-2009; Ac. 200351010127901, Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, Sétima Turma Especializada, 11-10-2006; Ac. 200251010010290, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Oitava Turma Especializada, 17-05-2005), coadunadas com a decisão cautelar da ADIN 1931 no STF, mas há também decisões da 2ª e 4ª

Turmas entendendo pelo não ressarcimento (Ac. 200151010148920, Desembargador Federal Antônio Cruz Netto, Segunda Turma, 05-07-2004; Ag. 200302010094887, Desembargador Federal Benedito Gonçalves, Quarta Turma, 27-11-2003), a despeito dessa mesma decisão do STF.

No entanto, após decisão da arguição de inconstitucionalidade nº 2001.5101.023006-5, em 19 de dezembro de 2008, entendendo que o artigo 32 da Lei nº 9.656/98 era constitucional, houve a edição do Enunciado da Súmula 51 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e os julgados desse Tribunal passaram a seguir essa orientação (BRASIL, TRF, 2009).

Apesar disso, as ações já existentes e suas decisões contraditórias auxiliam no conhecimento dos argumentos levantados pelos dois lados do conflito, até mesmo porque, para estudá-los, não há demasiada opinião doutrinária sobre o assunto, não discutindo os autores as alegações de ambas as partes. A discussão vislumbrada até o momento na doutrina é simplesmente tributária, ou simplória a ponto de apenas identificar a discussão.

No prisma tributário, conforme já afirmado, a determinação do ressarcimento seria um tributo cobrado pelo Estado por meio de Lei Ordinária, o que fere a determinação de sua instituição apenas por meio de Lei Complementar, tudo conforme disposto no artigo 154, I, e 195 da CF/88. Nesse sentido, a referida alegação já foi devidamente rebatida, conforme, inclusive, afirmou o STF, considerando-se que o ressarcimento tem caráter indenizatório ou restitutivo e não tributário, constituindo-se em cobrança civil e não fiscal.

Explicados esses pontos, citam-se, a seguir, as alegações favoráveis e contrárias ao ressarcimento, para que se conheça o instituto estudado em todos os seus pontos. A técnica metodológica aqui se resume à escolha de uma decisão do Tribunal Regional Federal, que, em seu relatório, bem como nos votos dos julgadores, expõe, de maneira clara, os argumentos de ambas as partes: planos de saúde e Estado. Assim, utilizar-se-á como base a apelação de número 2002.51.01.002613-2, julgada pela 6ª Turma do TRF, 2ª Região, mas também serão utilizadas demais decisões do mesmo Tribunal sobre o assunto, bem como alegações da própria ADIN 1931 em curso no Supremo Tribunal Federal.

### **1.3.2 A defesa dos planos de saúde**

Para não ressarcir ao Estado, as alegações dos planos de saúde são muitas. Um primeiro argumento se resume ao fato de que, se uma pessoa tem plano de saúde, isso não quer dizer que renuncia ao direito constitucional de ser atendido pelo Estado de forma gratuita. Essa é uma das alegações da Apelação Cível 2002.51.01.002613-2, Rel. Benedito Gonçalves, 6ª Turma, DJ 11.05.2005 (BRASIL, TRF, 2005)

Por esse e outros motivos já expostos na presente dissertação (ser a cobrança um tributo e precisar de lei complementar, ferir os artigos 196 e 199 da Constituição Federal), os planos também afirmam que o ressarcimento é inconstitucional (BRASIL, TRF, 2005).

Ainda como um argumento, os planos alegam que o ressarcimento se volta como um ônus para o cidadão, conforme se encontra na Apelação 200151010148920 da 2ª Turma do TRF 2ª Região, em que foi relator o Desembargador Federal Antonio Cruz Netto, DJ 05-07-2004 (BRASIL, TRF, 2004). Em primeiro lugar, o cidadão estaria financiando a saúde por duas vezes: por meio dos tributos pagos e do pagamento de um contrato com uma empresa prestadora de serviços da saúde. Em segundo lugar, a cobrança poderia levar ao aumento das mensalidades dos contratos de planos de saúde, tendo em vista desestabilizar cálculo atuarial, ou mesmo levar à quebra dos planos.

Em uma demonstração de que realmente têm uma visão selvagem do mercado de saúde, afirmam os planos que não precisam suprir a saúde pública. Quanto ao fato de que assumem um compromisso com os consumidores, e é a rede pública a prestar o serviço, os planos afirmam que o consumidor não estaria sendo lesado, já que o contrato de seguro saúde é contrato de risco, ou seja, o consumidor paga o prêmio sem saber se vai precisar utilizar a contraprestação dos planos. Apenas utiliza os serviços das operadoras se precisar (BRASIL, STF, 2004).

Com relação à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, estaria esta entrando na livre iniciativa dos planos de saúde de realizar o seu negócio. Por fim, os planos alegam que a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, a TUNEP, seria injusta, cobrando

valores acima dos realmente gastos, nos dizeres mais uma vez do relatório da Apelação Cível nº 2002.51.01.002613-2 da 6ª Turma do TRF 2ª Região (BRASIL, TRF, 2005).

Vale aqui também acrescentar raciocínio interessante (apesar de tendencioso, como não poderia deixar de ser, uma vez que o autor é advogado de seguradora de planos de saúde) desenvolvido por Henrique Freire, postado no corrente ano no *site* Consultor Jurídico. No artigo, o autor enfatiza que, de um mesmo enunciado, podem-se retirar várias normas jurídicas, e que, no caso do artigo 32 da lei de planos de saúde, as duas interpretações possíveis são: que os planos deveriam ressarcir ao Estado cada vez que um cliente seu fosse obrigado a procurar o SUS por negação de prestação de serviços por parte da operadora, ou seja, por cometimento de um ato ilícito; ou que a operadora deveria ressarcir, mesmo sem que haja ato ilícito, como mecanismo de obtenção de recursos pelo Estado e pela alegação de enriquecimento ilícito da operadora (FREIRE, 2009).

Afirma que hoje os tribunais não vêm fazendo as distinções, mas que a primeira interpretação merece prosperar, já que, pela Constituição, todo cidadão tem direito a ter acesso universal à saúde pública, “não havendo sequer espaço para se falar em enriquecimento sem causa”. O ressarcimento seria devido apenas no caso de a operadora se negar a prestar o que consta do contrato firmado, obrigando o contratante a se valer do SUS, ou seja, seria devido no caso de um ilícito cometido pela operadora (FREIRE, 2009).

De fato, pode haver ambas as interpretações do dispositivo citado, mas, segundo a própria intenção na elaboração da norma, já aqui explicitada no item 1.1, a segunda hermenêutica é a condizente com o texto, qual seja, a de que o ressarcimento foi criado como uma forma de renda para o SUS e como forma de coibir o enriquecimento ilícito e poderio econômico de empresas de planos, muitas vezes multinacionais. Apesar disso, também poderá ser verificado no Capítulo 3 que há indícios de que as empresas de planos de saúde não cumprem os contratos firmados, razão pela qual o ressarcimento também ocorrerá por ato ilícito.

É também importante a transcrição de Schulman (2009, p. 316) da decisão contra o ressarcimento exarada na apelação cível de n.º 200151010089540, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Segundo o autor,

O voto vencedor de Castro AGUIAR salientou quatro aspectos a favor da ilegalidade do ressarcimento: a) transferência de dever estatal ao particular; b) inviabilidade econômica do ressarcimento; c) violação da igualdade diante do financiamento isolado da saúde por determinado setor privado; d) liberdade do cidadão de optar entre o serviço público (universal) e o serviço particular [...].

Entretanto, vale dizer, todas essas alegações poderão ser facilmente rechaçadas no tópico seguinte e em toda a dissertação, e, ademais, nas palavras de Montone (2009, p. 102), “No processo de regulamentação, para reforçar o debate político, o ressarcimento foi colocado como instrumento de justiça social em relação ao SUS”. O autor enfatiza o ilícito disfarçado cometido pelas operadoras, ao afirmar que “O mercado privado operava com inúmeras exclusões em seus contratos, empurrando os casos mais graves e mais caros para o atendimento público. A ideia-força era a de que as operadoras teriam que compensar o SUS por atender seus usuários” (MONTONE, 2009, p. 102).

### **1.3.3 A defesa do Estado Brasileiro**

No intuito de fazer frente a todas as alegações dos planos, acima identificadas, o Estado apresenta também as suas argumentações. Em primeiro lugar, alega que não está se negando a prestar a saúde pública com a determinação do ressarcimento. Apenas busca meio de ser compensado, porque os planos assinam contratos, mas não prestam o que neles se encontra, sendo o Estado o provedor do serviço. Esta é afirmação que pode ser encontrada na Apelação Cível 2002.51.01.002613-2 em que foi relator o Desembargador Benedito Gonçalves na 6ª Turma do TRF 2ª Região, publicada decisão em 11-05-2005 (BRASIL, TRF, 2005).

Afirma o Estado que os tratamentos mais caros ficam a cargo do órgão público, mesmo para quem possui plano de saúde: emergências, vacinas, quimioterapia, transplantes, dentre outros. Ademais, é tarefa do Estado regular, fiscalizar e controlar serviços de saúde, por isso, com ressarcimento, ele não está impedindo a iniciativa privada na área da saúde, mas apenas a regulando (BRASIL, STF, 2004).

Sem o ressarcimento, há o enriquecimento ilícito dos planos, que recebem por algo que não prestam, mesmo quando o consumidor precisa da prestação. Fere o direito dos consumidores. Ao contrário, o ressarcimento não alcança a pessoa tratada, mas só o plano, e, por isso, não

estaria o particular, pessoa física e consumidor do plano, contribuindo com a saúde pública por duas vezes (BRASIL, TRF, 2005).

Da mesma forma, o pagamento é fator de organização do sistema de saúde, pois permite que o Estado tenha recursos financeiros para abarcar toda a população. A norma do artigo 32 tem sensibilidade social, conforme voto do Ministro Marco Aurélio Mello na decisão liminar da ADIN 1931 (BRASIL, STF, 2004), ou seja, embute nas empresas essa sensibilidade. Por fim, o ressarcimento é feito em relação a procedimentos previstos no contrato do plano, e, assim, trata-se apenas de estar o plano honrando com o compromisso assumido no contrato.

Há todo um procedimento para o pagamento: o plano só paga depois de verificar o valor a ser ressarcido e se o atendimento a um cliente seu foi mesmo feito em uma rede pública. Tem o plano também direito a contraditório e ampla defesa por meio de processo administrativo, podendo impugnar a cobrança caso encontre alguma irregularidade. Esse é o fundamento constante da Apelação Cível de nº 200451010236822 da 6ª Turma do TRF 2ª Região, em que foi relator o Desembargador Leopoldo Muylaert (BRASIL, TRF, 2009a)

Quanto à TUNEP, tabela criada para embasar os valores a serem cobrados, ela é resultado de processo participativo no Conselho de Saúde, com participação, inclusive, de representantes dos planos (BRASIL, STF, 2004). A doutrina, inclusive, atesta essa informação.

Figueiredo L. (2006, p. 322) afirma que a ANS editou a Tabela Única de Procedimentos (TUNEP), que foi “[...] definida a partir de um processo participativo, desenvolvido no âmbito da Câmara de Saúde Suplementar [...]”, e comenta a participação de vários setores como “[...] gestores estaduais e municipais do SUS, representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do SUS”. Referindo-se aos valores cobrados pela tabela, o mesmo autor os considera razoáveis e proporcionais

Os valores em tela configuram-se perfeitamente razoáveis e proporcionais, considerando os custos (material e humano) que envolvem o procedimento médico, uma vez que a TUNEP envolve tanto os atendimentos prestados nos grandes centros urbanos, quanto aqueles prestados nos mais longínquos rincões de nossa pátria (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 323).

Assim, todos os argumentos apresentados no tópico anterior pelos planos para o não ressarcimento, podem-se observar devidamente rechaçados pelo Estado com alegações pertinentes e consistentes.

### **1.3.4 A questão do dever do Estado de prestar a saúde**

Na presente dissertação, importa, principalmente, a alegação dos planos de saúde de que é dever do Estado prestar a saúde, e este, com o ressarcimento, estaria tentando transferir ao particular um dever que é seu.

Em primeiro lugar, alega o Estado que não está se negando a prestar a saúde pública com a determinação do ressarcimento. Apenas busca meio de ser compensado, porque os planos assinam contratos, mas não prestam o que neles se encontra, sendo o Estado o provedor do serviço e, além de tudo, dos serviços e procedimentos mais caros. Esses ficam a cargo do Estado, mesmo para quem possui plano de saúde: emergências, vacinas, quimioterapia, transplantes, dentre outros (BRASIL, STF, 2004).

Corroborando essas afirmações, Heimann, Ibanhes e Barboza, *apud* Ocké-Reis e Sophia (2009, p. 73), afirmam que, “[...] a despeito dos problemas relativos a acesso, o alto custo fica por conta do sistema público, que oferece transplantes, tratamentos de câncer, cirurgia cardíaca e hemodiálise”. E completam, dizendo que “Esse fato explica a ampla prestação de serviços caros e sofisticados feita pelo sistema público para usuários do sistema privado”.

De fato, segundo o artigo 196 da Constituição Federal, é dever do Estado prestar a saúde, mas este deixa que o particular também a preste, conforme artigo 199 da Carta Magna. Da mesma forma, conforme já salientado, o ressarcimento não quer dizer que o Estado esteja transferindo um dever que é seu, mas apenas solicitando compensação por algo que prestou no lugar dos planos, que tinham um contrato assinado com o consumidor.

O ressarcimento permite embutir nas empresas o sentimento de solidariedade social, ao mesmo tempo em que leva a uma maior igualdade na prestação da saúde: pessoas com planos vão ao SUS, mas o Estado é ressarcido por isso e, com esse recurso, consegue manter sua

receita para prestar saúde àqueles que não têm condições de possuir um plano. Nas palavras de Bedê e Sandri (2002, p. 162-163):

Com esse plus no orçamento do SUS, há de se melhorar o atendimento e diminuir as mazelas do setor. Além do que é bastante justo tal ressarcimento, pois as operadoras recebem do cliente para que este tenha alguma tranquilidade no momento de uma intervenção em sua saúde, porém muitas vezes quem arca com o procedimento e seus custos é o órgão estatal.

É exatamente essa a hipótese que se procura sustentar neste trabalho, utilizando-se da doutrina vigente sobre igualdade, saúde, bem como sobre os direitos humanos e fundamentais. Ou seja, pretende-se afirmar que, com o ressarcimento, haverá maior igualdade na prestação da saúde, ou, de forma contrária, que o não ressarcimento contribui para a desigualdade na prestação da saúde.

#### 1.4 REALIDADE FÁTICA: FALTA DE CUMPRIMENTO

Observados os argumentos contrários e favoráveis ao ressarcimento, há uma realidade que não pode ser ignorada: a falta de efetivo cumprimento da determinação do artigo 32 da lei de planos de saúde. Montone (2009, p. 56), em obra realizada para análise de variados pontos da lei de planos de saúde, em um primeiro momento, elogia a nova lei e a determinação do ressarcimento, dizendo que

O sistema do ressarcimento foi um enorme sucesso na captura e sistematização das informações setoriais. Permitiu a formação de um banco de dados setoriais, como cadastro dos usuários de cada operadora, e exigiu o desenvolvimento de ferramentas de Tecnologia de Informação (TI) capazes de suportar a transação de grandes volumes de dados entre as operadoras e a agência.

O batimento sistemático dos atendimentos do SUS com o cadastro de usuários também permitiu uma visão mais ampla dessa espécie de subsídio cruzado, que é o atendimento pelo sistema público de usuários dos planos de saúde.

No entanto reconhece que para a finalidade que foi criada, qual seja, efetivo reembolso da Saúde Pública, ou seja, “Como instrumento de ressarcimento financeiro do SUS e de compensação aos prestadores, porém ele não teve efetividade” (MONTONE, 2009, p. 57). Segundo ele, o sistema criado “[...] Identifica muitos casos, aponta valores enormes a serem potencialmente ressarcidos, mas arrecada muito pouco” (MONTONE, 2009, p. 102).

Alguns afirmam que o problema se encontra com os planos de saúde que, aproveitando-se do mecanismo falho do ressarcimento e da possibilidade de impugnações, postergam ao máximo o ressarcimento. Somam-se a isso as ações judiciais que ajuízam, no intuito de conseguirem o aval do Judiciário para o não pagamento.

Outros afirmam que o problema está com o órgão responsável pela cobrança: a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, agência reguladora criada para regulamentar e fiscalizar a atuação dos planos de saúde, mesmo a despeito da criação do sistema eletrônico de cobrança já identificado no tópico 1.1 deste trabalho.

Quaisquer que sejam as razões para o não cumprimento do artigo 32 da Lei 9656/98, o fato é que há uma dívida considerável se acumulando, o que leva ao não repasse de valores à Saúde Pública, prejudicando a igualdade nesse setor.

Explica-se: pessoas que não têm planos de saúde já precisam enfrentar notórios problemas com a saúde pública e, com a prestação da saúde em setores públicos a pessoas que possuem planos de saúde, os problemas financeiros (ou de pessoal e equipamentos) aumentam, quiçá sem o ressarcimento. Assim, quem tem plano de saúde pode se valer de duas frentes de cuidados com a saúde (além de obter o abatimento no Imposto de Renda por despende dinheiro com os planos), e quem não tem “perde” por duas vezes: impossibilidade de obter planos de saúde e impossibilidade de obter serviços públicos (ou ainda obtê-los de forma completa e com qualidade).

Certo é que tentou-se buscar ao máximo informações fidedignas quanto a valores que ainda não foram ressarcidos. Mas, em se tratando de órgãos públicos, o possível foi apenas obter uma estimativa do rombo existente e do descumprimento legal. Segundo Montone (2009, p. 57), utilizando como fonte o Caderno de Ressarcimento de 2006 da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar,

Em 22% dos casos, as operadoras não fazem a impugnação do processo e não pagam. Em 78% dos casos, as operadoras oferecem impugnação e, em quase metade deles, 37,8%, ela é deferida. Se a proporção se manteve nos casos que estavam em análise em dezembro de 2006, chegamos a 45,6% de deferimento ou 58% dos casos impugnados.

No resumo, chegamos a 43% dos casos aptos para cobrança, num total de R\$ 502 milhões, dos quais R\$ 78 foram efetivamente recebidos.

Já consultando-se dados do Conselho Regional de Medicina do Paraná (2007), as informações são de que “As operadoras de planos de saúde privados acumulam com o Sistema Único de Saúde (SUS) uma dívida de R\$ 384 milhões desde 2001 até este ano” (ano de 2007 quando o artigo foi publicado). Segundo o Conselho, que cita a ADIN existente, apesar de o governo ter obtido liminar favorável, “[...] muitas operadoras esperam o julgamento definitivo e adiam o recolhimento do dinheiro. Das 1.100 empresas com planos sujeitos ao ressarcimento, 398 têm débitos vencidos e estão no cadastro de inadimplentes do governo” (CRMPR, 2007).

O artigo cita, ainda, afirmação do vice-presidente da Associação Brasileira de Medicina de Grupo (Abramge), de certa forma defendendo as operadoras, pois afirma que, em muitos casos, os planos não cobrem os procedimentos feitos na rede pública porque os contratos não os preveem e recorrem quando a cobrança do ressarcimento se apresenta (CRMPR, 2007).

No entanto os dados mais atuais são de que os planos de saúde devem cerca de R\$ 3,8 bilhões de reais ao SUS. Esse é o número obtido por uma auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – no primeiro trimestre de 2009, analisando dados do ressarcimento de 2003 a 2007.

De fato, “Em sessão plenária do TCU (Tribunal de Contas da União) realizada em 25 de março de 2009, foi analisado o relatório de uma auditoria realizada na ANS, no período entre 25 de agosto de 2008 a 5 de setembro de 2008” (FERREIRA, 2009).

Pela auditoria, foi constatada uma série de irregularidades no ressarcimento cobrado pela ANS. São elas: a morosidade e ineficiência do processo de ressarcimento; deficiência estrutural da ANS, havendo necessidade de se reduzir notificações desnecessárias, alterando-se o sistema de confronto da base de dados; carência de recursos humanos para efetivar a cobrança; necessidade de uma adequada política de segurança de informação; e necessidade de acompanhamento efetivo do Ministério da Saúde (FERREIRA, 2009).

Todas essas informações podem ser corroboradas, ao lermos a fonte de todas essas notícias. No Relatório de Atividades do 1º Trimestre de 2009 feito pelo TCU, o objetivo era “[...] avaliar a sistemática adotada para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS – dos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde” (TCU, 2009).

Segundo o relatório, há “[...] relevância devido ao montante de **recursos fiscalizados – mais de R\$ 264 milhões** – e ao **impacto social** na área de saúde. Além disso, constatou-se um potencial de ressarcimento ao SUS, nos exercícios de 2003 a 2007, **na ordem de 3,8 bilhões**” (TCU, 2009, grifos do órgão). Assim, o TCU constatou a inexistência de cobrança para alguns procedimentos e fez determinações à ANS

**TCU verificou que a ANS deixou de cobrar R\$ 3,8 bilhões de planos de saúde**

O Tribunal realizou auditoria com o objetivo de avaliar a sistemática adotada para o ressarcimento, ao Sistema Único de Saúde – SUS, dos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde. Constatou-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS **deixou de cobrar R\$ 3,8 bilhões** de empresas operadoras de planos de saúde. O valor é referente ao ressarcimento que o SUS deve receber por atendimentos de alto custo a pacientes de planos e de seguradoras. O TCU verificou que a Agência só exigia a indenização por internações hospitalares e, pela lei, a ANS deve cobrar também pelos atendimentos ambulatoriais.

Assim, o TCU determinou que a ANS passe a cobrar, a partir de 2009, ressarcimento ao SUS pelos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade.

A Agência deverá ainda apresentar um cronograma que contenha previsão de pagamentos relativos a internações hospitalares de anos anteriores. E, para aprimorar o processo de cobrança dos ressarcimentos, o Tribunal recomendou que a ANS altere o cadastro de beneficiários e exija das operadoras de saúde um registro detalhado de dados dos segurados.

Diretores e gerentes da Agência e a Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde devem apresentar justificativas para as irregularidades apontadas pelo TCU. (Acórdão nº 502/Plenário, de 25.3.2009, TC nº 023.181/2008-0, Relator: Ministro Valmir Campelo, Unidade Técnica: 4ª Secex) (TCU, 2009, grifos do órgão).

Dessa forma, vislumbra-se que a ANS tenta efetuar a cobrança, mas precisa melhorar esse sistema. Ao mesmo tempo, as operadoras de planos prolatam ao máximo o ressarcimento, ou prestam informações equivocadas para não ressarcir. Isso, sem falar na maioria das empresas que recorrem à justiça.

Em função de todos os problemas de arrecadação do valor do ressarcimento e da dívida que se acumula ao longo dos anos, bem como da intenção dos planos em não efetuar o pagamento ante ao não julgamento definitivo da ADIN 1931 que corre no STF, há variadas soluções apontadas, desde a maior eficiência da cobrança, passando pelo pedido do governo para que haja o julgamento da Adin, até a criação de um tributo fixo, ou melhor, um imposto.

Nas palavras de Montone (2009, p. 105), “As propostas mais radicais de revisão vão na direção de transformá-lo num novo imposto setorial. As operadoras deveriam pagar um valor determinado por número de usuários ou um percentual de seu faturamento *per capita*” .

Ocorre que, segundo o mesmo autor, em mesma página, “[...] as operadoras já são obrigadas ao pagamento da Taxa de Saúde Suplementar (TSS), que mantém o sistema de regulação e fiscalização”. Isso levaria a uma “supertributação”, ou bitributação, *bis in idem*, o que causaria mais problemas. Esse imposto também poderia

[...] induzir a que determinadas operadoras se sentissem liberadas para incentivar seus usuários a utilizar o SUS, principalmente nas modalidades de planos com coparticipação, onde o usuário paga uma parcela ou um valor determinado por procedimento que utiliza. Usando o SUS, o usuário economiza o valor da coparticipação (MONTONE, 2009, p. 105).

Uma solução plausível poderá ser o ressarcimento eletrônico recentemente instituído e citado no item 1.1, mas apenas o tempo dirá da sua praticidade, e acredita-se que, sem a consciência das operadoras de planos de que realmente devem esse valor ao Estado, muitos progressos não serão conseguidos.

Assim, podem ser verificadas as dificuldades para implementação do ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde, bem como os argumentos para o não ressarcimento, dentre eles, o dever do Estado de prestar a saúde. No entanto construir-se-á, neste trabalho, fundamentação constitucional que leva ao ressarcimento e que poderia auxiliar no seu cumprimento prático, para a promoção da igualdade na saúde no Estado Democrático Brasileiro.

## **2 A NECESSÁRIA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Um estudo sobre igualdade se faz importante para que se possa verificar as diferentes interpretações dela, bem como identificar a forma como pode ser aplicada para posterior análise do ressarcimento, objetivando plena saúde da população no âmbito público e privado, o que leva à dignidade.

Mas uma coisa é certa: o clamor por igualdade, como será visto, não é em vão e precisa de toda atenção dos estudiosos, das autoridades e da sociedade como um todo. Em contrapartida, existe a necessidade de se imporem limites à interpretação do que seja igualdade, a fim de que ela seja garantida não apenas no âmbito argumentativo, mas também faticamente, fugindo das ideias que levam à utopia sobre o assunto.

Escreve-se o presente capítulo, no entanto, sem a pretensão de remontar a todas as teorias existentes sobre a igualdade e todas as controvérsias e discussões atuais. A finalidade deste capítulo é, tão somente, demonstrar a evolução da igualdade e a concepção desta no Estado Democrático Brasileiro, para defender-se, no quarto capítulo, que o ressarcimento precisa acontecer para garanti-la, bem como que a própria igualdade no Estado Brasileiro dá margem ao ressarcimento. Ou seja, ela é ao mesmo tempo causa e efeito para defesa do ressarcimento ao Estado pelas operadoras de saúde.

### **2.1 FILOSOFIA E CONTEXTO SOCIAL: IGUALDADE DESDE SEMPRE?**

Vislumbram-se, durante a vida, ainda que de forma leiga, as discussões sobre igualdade e os clamores por ela. A cada dia, surgem grupos distintos pretendendo a sonhada igualdade e gerando modificações sociais, políticas e jurídicas para tanto. Como operadores e estudiosos do direito, dada a importância e atualidade do tema, vários autores passam a estudar esse princípio mais a fundo e descobrir suas origens e diferentes interpretações, a fim de se conseguir uma fórmula duradoura de como garanti-lo.

Mas a igualdade sempre existiu? Sempre existiu como princípio, como ideal, como valor, como realidade ou mesmo como uma ideologia? Uma coisa é certa: apesar de pertencerem à mesma raça – humana –, os homens são naturalmente diferentes. Isso, inclusive, ficou claramente demonstrado quando da descoberta do DNA, código genético que cada pessoa possui diferentemente de todas as outras. Assim, o que se busca, muitas vezes, é a igualdade social, política, econômica e/ou jurídica, tentando-se fazer com que as diferenças naturais, inerentes sejam abrandadas. Mas o tema é demasiadamente complexo.

Talvez, nos primórdios da humanidade, quando os seres humanos eram nômades e não existiam leis a limitar os direitos ou prescrever os deveres, nem mesmo uma sociedade organizada com homens fixos a um pedaço de terra, poder-se-ia pensar em igualdade social. Mas não era bem assim. A força reinava nesses tempos, e o mais forte impunha sua vontade e seus interesses, não havendo que se falar em qualquer igualdade. Não havia alternativa, senão a submissão à força, o que nos gera uma imagem de convivência completamente desigual. A submissão seria, antes de tudo, um ato de necessidade e não de vontade (ROUSSEAU, 1997, p. 28), tornando as pessoas desiguais em função disso.

Diferentemente, é a opinião de Miranda P. (2002, p. 535), ao entender que “Os homens mais primitivos que se conhecem foram iguais, submetidos, mais tarde, a um chefe”. Quer-se crer que o doutrinador argumenta especificamente sobre a igualdade política, na qual os cidadãos abrem mão de uma parcela de seus poderes para os conceder a um indivíduo que governa segundo interesses da maioria.

No entanto, ainda assim, entende-se equivocada a opinião. Mesmo diante de total inexistência formal e declarada de um poder político, as tribos nômades tinham seus líderes, indivíduos que exerciam um poder maior de mando perante aquela comunidade. Assim, parece latente que, nos primórdios da civilização, não havia igualdade, seja a real, seja jurídica ou seja política, nem mesmo o clamor por ela.

Apesar disso, ao que parece, a doutrina entende que, no período axial (séculos VIII a II a.C.), foram implantadas as bases para a igualdade, com a consagração de direitos universais para os homens. Nesse período,

[...] o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial [que nos parece ser a igualdade de sermos todos humanos], como ser dotado de liberdade e

razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes (COMPARATO, 2004, p. 11).

Na Roma Antiga Republicana, a sociedade era dividida em nobres, os quais comandavam o governo local, os plebeus e os escravos. Roma e Grécia promoveram os parâmetros para uma futura democracia, que, em geral, quer dizer a participação do povo, de forma isonômica, nas decisões da sociedade. Ocorre que, entre as pessoas, não havia qualquer igualdade.

Inclusive pode-se dizer que com as leis escritas, submetem-se os governantes a elas, e entendia-se, na Grécia, que elas levavam igualdade de direitos ao povo (COMPARATO, 2004, p. 12). Mas ao mesmo tempo, apenas a lei escrita não resolvia o problema da igualdade: a desigualdade estava presente no fato de que a votação da lei não detinha ampla participação, bem como em “leis não escritas”, como costumes e leis universais de cunho religioso (COMPARATO, 2004, p. 12).

Conforme leciona Miranda P. (2002, p. 547;551), tanto Grécia como Roma tiveram seus grandes momentos de desigualdades e, posteriormente, época de “aumentar as simetrias interiores”. Não obstante isso, havia o clamor pela abolição da escravatura, mas os aristotélicos “[...] não entendiam que o mundo fosse para o homem comum: o Estado ideal havia de fazer ‘escravo’ e ‘trabalhadores’, no preciso senso jurídico”.

Essa informação pode ser, inclusive, corroborada por Rousseau na obra *Contrato social* (1997, p. 27), quando afirma que Aristóteles “[...] dissera que os homens não são naturalmente iguais, mas que uns nascem para a escravidão e outros para o domínio”. Assim, Nicz, apesar de entender que Aristóteles exigia a igualdade em nome da justiça (2008, p. 2), reconhece que

Aos olhos de Aristóteles nem todos eram considerados cidadãos, uma vez que muitos nem possuíam ou exerciam direitos. Assim, enquanto de um lado era dada aos cidadãos a possibilidade de participação, de outro, os demais eram vistos como seres inferiores que formavam um contingente de escravos e, portanto, não gozavam da possibilidade de ocuparem cargos ou receberem bens do Estado (NICZ, 2008, p. 3).

Ou seja, “Tudo indica que era esta a igualdade planejada por Aristóteles: tratar igualmente os senhores livres e desigualmente os escravos” (ENGELMANN, 2008, p. 22). Já Platão, nos

dizeres de Miranda P. (2002, p. 547), pretendia “[...] o comunismo entre as classes de cima, e a sorte individual para os outros, o privilégio e a servidão”. E, completando, afirmava: “Os de baixo – produtores, reduzidos à propriedade individual; os de cima – guerreiros e filósofos, exatamente os que temiam a revolução e queriam comunismo de consumo, ‘para si’, sem produzir, recebendo pensões dadas pelos ‘de baixo’”. Assim, Platão “[...] reconhecia também a existência da escravidão onde alguns nasceram para comandar e outros para obedecer” (NICZ, 2008, p. 03).

Da mesma forma, outros pensadores gregos reclamaram igualdade para os homens. Antifonte, dizendo sobre uma igualdade de natureza, criticando a divisão em bárbaros e gregos, e outros ainda, expressando-a na “[...] oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercidas na vida social” (COMPARATO, 2004, p. 14-15). Ou seja, os homens eram iguais individualmente, mas não ao observar-se o contexto social. Completando, Cícero aceitava que apenas os mais sábios e mais ricos ficassem no poder (ROCHA, C., 1990, p. 29).

O certo é que, no âmbito dos filósofos, a igualdade era pensada e discutida, mas não se conseguiu reduzir desigualdades ímpares como, por exemplo, a escravidão e o poder exercido pelos ricos. Rocha (1990, p. 29) até afirma a tentativa de Licurgo, mas esta se deu retirando-se liberdade dos cidadãos. Já em Roma, segundo a mesma autora, citando obra francesa de Ihering (*L'esprit de Droit Romain*), em um segundo momento, pretendeu-se uma “igualdade extrema do direito”, ou seja, agrupamento de iguais e desiguais em mesma faixa. Por outro lado, havia um único direito privado, mas desigualado quando se tratava de sexo, idade, família, entre outros. No entanto havia documentos que declaravam a igualdade a “populações de outras etnias” (ROCHA, C., 1990, p. 30).

Na verdade, no período afirmado, as discussões sobre igualdade existiam, mas teriam sua evolução paralisada pelo período seguinte da história. Com a evolução da sociedade e a queda dos impérios Romano e Grego, veio a época de tormentas, por vários doutrinadores chamada Idade das Trevas, ou Idade Média (Alta Idade Média e Baixa Idade Média). Com medo dos constantes ataques dos bárbaros, os trabalhadores se agrupavam dentro de altos muros protegidos, os feudos.

No entanto essa proteção tinha um preço: os trabalhadores, agora chamados de vassalos, poderiam ocupar as terras dos senhores feudais, mas deveriam entregar-lhe a maior parte da produção. Os senhores deixavam que suas terras fossem cultivadas, mas a um alto preço.

Assim, aqui não se via clamor por igualdade ou por qualquer direito fundamental que seja. Muito pelo contrário. A desigualdade era flagrante, pois os vassalos entregavam a imensa maioria da produção aos senhores, vivendo em situação, muitas vezes, de miséria e caos, enquanto os senhores sustentavam o seu luxo com o trabalho daqueles. Quanto a direitos políticos, nenhum havia para os vassalos. Nos dizeres de Bonavides (2003, p. 210),

Na raiz disso tudo estava a discriminação orgulhosa com que o grego se presumia superior ao bárbaro, o senhor ao escravo, o nobre ao plebeu, convicções expressivas de uma desigualdade natural convertida em desigualdade social. A Antiguidade clássica viveu em larga parte à sombra dessa crença, só abalada posteriormente com os estóicos [sic] e os cristãos.

Segundo Comparato (2002, p. 16), durante a Idade Média, permaneceram os princípios da filosofia estoica, que determinavam a unidade moral e dignidade do homem. Este era possuidor de direitos iguais, apesar das diferenças individuais e grupais. Com isso, expressava a “[...] unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal, ou das atividades que cada qual exerce na sociedade [...]”. No entanto, dada a realidade fática explicitada por inúmeros doutrinadores, o pensamento ficou apenas no âmbito dos filósofos, não sendo aplicado ao contexto social vivido.

Santo Agostinho, filósofo da época, “[...] vinculou a filosofia grega, especialmente Platão, aos dogmas cristãos, mas, quando isso não foi possível, não teve dúvidas em optar pela fé na palavra revelada” (1996, p. 23). Para ele, “[...] nem todos os homens recebem a graça das mãos de Deus; apenas alguns eleitos, que estão, portanto, predestinados à salvação” (1996, p. 21).

Já São Tomás de Aquino, influenciado por Agostinho e na tentativa de cristianização da obra de Aristóteles (1996, p. 8), também não defendia a igualdade. Pelo contrário: para ele, manter a ordem dependia da existência de desigualdades (ROCHA, C., 1990, p. 30).

Foi com Paulo de Tarso, dito o criador do cristianismo, que se ultrapassou a ideia de que Deus havia privilegiado um único povo, no mar de outros povos existentes (COMPARATO, 2004,

p. 17-18). Assim, com a concepção medieval de que pessoa era uma substância, a forma que molda a matéria (em contraposição à máscara do teatro), com suas particularidades, iniciou-se a ideia de igualdade (COMPARATO, 2004, p. 20). No entanto, apesar de tal pregação por igualdade, a religião cristã continuou a admitir a escravidão, as diferenças entre homens e mulheres, a inferioridade dos povos colonizados por europeus e dos índios encontrados em algumas colônias (COMPARATO, 2004, p. 17-18).

Ocorre que, apesar de todas as bases para se chegar à igualdade, o que se viu perfeitamente foi que a posição social e a classe ou casta de que fazia parte a pessoa determinavam os direitos que ela possuía, seus privilégios ou sua completa falta de direitos. Em períodos como esse da História, não se poderia jamais cogitar o termo igualdade, muito menos clamor por ele por parte dos menos abastados. O contexto social no qual viviam as pessoas determinava a sua desigualdade, e nem sequer abria espaço para um pensamento igualitário na prática.

No contexto da Idade Moderna, Hobbes encabeçou o pensamento sobre a igualdade. Nas palavras de Bonavides (2003, p. 211), “A novidade fundamental da filosofia hobbesiana é a que resulta do reconhecimento ou presunção, pela primeira vez, de uma igualdade natural, cuja admissão se faz indispensável para que se possa obter a paz”. O autor afirma, entretanto, que não chegou o pensador à igualdade civil ou social, apenas conseguida por Rousseau.

Rousseau, na obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade*, já acreditava em desigualdades naturais e desigualdades morais e políticas, por serem uns mais abastados que outros, ou por obterem certos privilégios. Mas essas últimas (desigualdades políticas) eram fruto de uma convenção dos indivíduos, que abriam mão de uma parcela de liberdade para obter os demais direitos, e, dessa forma, cabia ao Estado reduzir as desigualdades e possibilitar “[...] que os homens se tornassem iguais” (NICZ, 2008, p. 4).

Tanto é assim, que o próprio Rousseau, na obra *O contrato social* (1997, p. 42), reafirma essa posição, ao dizer que o pacto de viver em sociedade feito pelos cidadãos, com um Estado a ditar as regras, não destruía a igualdade natural, e sim “[...] o pacto fundamental substitui, pelo contrário, uma igualdade moral e legítima no que a natureza deu de desigualdade física aos homens que, podendo ser desiguais em força ou engenho, tornam-se, por convenção e de direito, iguais”.

Dessa forma, com os pensamentos de Rousseau e também Montesquieu, é gritante o fato de que a tentativa real de implementação de igualdade é figura recente na história mundial, mais precisamente do século XVIII da era cristã, com a criação do Estado Moderno. Iniciou-se sua vida com os anseios de liberdade, fraternidade e igualdade da Revolução Francesa de 1789, apesar de serem encontrados traços delas em documentos anteriores como a Constituição da Virgínia de 1776, a Constituição da Pensilvânia em 1776 e os Artigos da Confederação dos Estados Unidos, documento anterior à Constituição de 1777 e ratificada em 1781 (ROCHA, C., 1990, p. 31). Conforme assevera Comparato (2004, p. 12),

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia[sic] de uma igualdade essencial entre os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.

Mas será, realmente, que a igualdade é recente? Uma coisa é certa, como afirmou Rocha C. (1990, p. 28): “[...] o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da idéia [sic] de Justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo”.

Partindo-se desse pressuposto, seria equivocado dizer que não havia igualdade na Antiguidade, porque aquela estava presente conforme o que a sociedade da época acreditava ser isonomia? Segundo a mesma autora, os homens se transformam e mudam seu pensamento, modificando também a sua concepção de igualdade (ROCHA, C., 1990, p. 28). Ou seja: ao que parece, segundo ela, havia igualdade, mas com formato diverso. O que se está querendo dizer é que, conforme a referida ministra, identificar a existência ou não de igualdade dentro de uma sociedade requer analisar o contexto em que aquela civilização vive e o que esperam os seus habitantes, segundo a vida ali vivida.

Talvez a concepção do que seria igualdade nos primórdios da humanidade fosse o que realmente era transposto para a sociedade da época e devidamente justo. Mas talvez, nessa época, a sociedade não concedesse a oportunidade para seus membros conhecerem o que seria a igualdade real (aquela que se conhece hoje, com a participação dos atores de que será falado mais adiante) e clamarem por ela. Na opinião de Rocha C., (1990, p. 29), a primeira opção se perfaz, pois “[...] historicamente o que se atesta é que a igualdade, como antes assinalado, foi

sempre preocupação do homem e a sua realização, ainda que com extensão maior ou menor em cada fase, foi buscada ou, de menos, cogitada”.

Entende-se, é claro, que “[...] Não é indiferente, para visualizar a mentalidade de alguém, situá-lo no momento histórico em que viveu [...]” (COMPARATO, 2004, p. 29), mas também acredita-se que as pessoas não conheciam o verdadeiro sentido de igualdade, o que não quer dizer que esse sentido seja conhecido nos dias de hoje, mas sim que há uma constante evolução nessa questão. Os seres humanos são incompletos e inacabados, e a sua essência (e por que não a consciência e implantação de seus direitos) é evolutiva (COMPARATO, 2004, p. 29).

Assim, não há uma resposta plausível se a igualdade existiu desde sempre nos modelos de sociedade diversos até aqui identificados. Não há uma resposta pronta. O que parece, tão somente, é que o contexto social criado a cada época determinava a existência ou não da igualdade, e sua imagem e o clamor por ela foram sendo construídos ao longo dos séculos, até chegar-se aos dias atuais, nos quais, apesar de não se poder dizer que há a completa ideia de igualdade, ao menos está-se mais aberto à discussão sobre o tema e possuem-se mais parâmetros para identificá-la.

Mas pode-se, de qualquer forma, concluir que se está continuamente em inacabado processo de busca pela igualdade. Em constante processo de evolução tanto filosófica (pensamentos e teorias sobre igualdade), quanto social (busca jurídica e legislativa e promoção de uma prática) da igualdade. Nas palavras de Bonavides (2003, p. 210), conforme já dito, o princípio da igualdade está em constante construção, pois

Cada época retoma-o, na esperança de interpretá-lo com menos incerteza, verificando-se, porém, a renovação de velhas dificuldades que fazem seu conhecimento tão problemático quanto o da democracia, desde muito inexoravelmente atada ao irracionalismo de juízos passionais que aquecem a imaginação, mas esfriam a lógica e o raciocínio.

Por fim, cabe aqui dizer que a intenção com o presente tópico, foi apenas despertar o leitor para o pensamento sobre o surgimento da igualdade e tentativa de visualizar a dificuldade de implantá-la. Não há o interesse no estudo de todos os filósofos que clamaram por igualdade, seja em qualquer grau. No tópico seguinte, vislumbrar-se-á como a igualdade foi construída

ao longo da História, para se chegar ao seu momento atual quanto ao conceito e à concretização.

## 2.2 EVOLUÇÃO DENTRE OS ESTADOS DE DIREITO: DA IGUALDADE FORMAL À JUSTIÇA SOCIAL

### 2.2.1 Breves esclarecimentos

No presente tópico, tratar-se-á da evolução da ideia de igualdade nos modelos de Estado de Direito. No entanto pode-se indagar sobre o conceito de Estado, bem como de Estado de Direito. Apesar de não ser esse o objeto do estudo, far-se-á breve comentário sobre a nomenclatura utilizada, identificando-se a controvérsia existente.

Para muitos doutrinadores, o conceito de Estado é demasiadamente impossível de se obter, já que é ente complexo, gerando subjetivas definições. Já outros autores apontam teorias, na tentativa de encontrarem a que mais amplamente abarca as características desse ente.

No entanto cabe dizer que, sendo um ente complexo, não haveria como não adotar a subjetividade na tentativa de conceituação. Essa é a razão dos diversos enfoques conforme o autor a desenvolver o conceito, sem uma conquista de uniformidade. Dallari D., inclusive, afirma ser “absolutamente impossível” um conceito (1995, p. 98).

Dessa forma, “Os escritores são acordes quanto à grande dificuldade, ou, até, à impossibilidade de defini-lo” (MIRANDA, P., 2002, p. 28). Isso acontece porque “O estado não é uma coisa, como este livro, as roupas que vestimos, o nosso corpo”. Mas “Não é certo, todavia, que só exista em nossa imaginação, em nossa fantasia – subjetivamente” (MIRANDA, P., 2002, p. 28).

Assim, entende-se que, apesar da carga de subjetividade e da complexidade do objeto a ser conceituado, definir Estado merece esforço, haja vista que não há como estudar a evolução da igualdade dentro dos Estados de Direito, sem delimitar, ao menos para o presente estudo, o que se entende por Estado. A igualdade, como princípio a ser estudado será aplicada a quê?

Nesse prisma, vale dizer que “A palavra status, Stato, estat (état), Estado, apareceu para marcar a passagem da organização política medieval para as formas estatais transcendentais à Land, à terra, à terre” (MIRANDA, P., 2002, p. 28-31), para evoluir em três teorias, que, segundo Figueiredo, Marcelo (2001, p. 43), seriam

[...] aquela que o analisa como organização-Estado e sociedade, vislumbrando naquele parte desta; outros que identificam o Estado como sociedade, tendo como opositores a tese contrária, separando o Estado e sociedade (o Estado seria mera criação artificial). Alguns vislumbram Estado como mal, devendo ser abolido.

Nesse prisma, foi a teoria da personalidade jurídica do Estado a mais adotada, apesar de conter seus opositores. Tem ela origem nos pensamentos dos contratualistas e dos publicistas alemães, alguns tratando o Estado como ficção, quando, por outro lado, os realistas, tratavam o Estado como pessoa jurídica real. No entanto, como afirma Dallari D. (1995, p. 106), o Estado é composto de pessoas físicas, e isso basta para a sua conceituação como pessoa jurídica real, ao passo que depende disso para ter direitos e obrigações.

Seguindo nessa mesma linha, Miranda P.(2002, p. 31) afirma que “(5) O conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si, é o Estado”. Mas completa, asseverando o comportamento dinâmico do Estado, em uma visão completamente atual (apesar de ter escrito sua obra na década de 1940), ao dizer que “As relações, que o fazem, não permanecem as mesmas, desde o princípio. Mudam. Há transformação das relações que edificam o Estado e, pois, do Estado mesmo; [...]”.

Remontando ao que se discute no presente trabalho, a promoção da igualdade pelo ressarcimento e, assim, de dignidade, o Estado seria “[...] organização política, econômica e social que possibilita a criação de condições mínimas para que as pessoas possam viver com dignidade” (ENGELMANN, p. 38-39). Isso porque “Tradicionalmente se conceitua o Estado como sendo organização soberana de um povo sobre determinado território”. (ENGELMANN, p. 38-39).

Mas, nos dias atuais, em função principalmente da globalização, “[...] não se pode mais definir o Estado pelos três clássicos elementos: soberania, povo e território” (ENGELMANN, p. 38-39). Ou seja, na atualidade, temos leis e tratados internacionais, tribunais com jurisdição

mundial, bem como organizações (ONU – Organização das Nações Unidas –, por exemplo) que interferem na soberania de um Estado. Também o povo se mistura, permitindo uma certa homogeneização de culturas, ou mesmo convivência mútua de culturas e práticas delas em locais diversos da origem, dada a facilidade de locomoção mundial, chamada migração.

Assim, vislumbra-se que apenas um conceito de Estado não conseguiria reunir todas as correntes filosóficas, sociológicas, jurídicas, até em função da mudança frequente do contexto atual globalizado. Um conceito formal não traria completude ao tema. No entanto arrisca-se a dizer, de forma a abraçar as teorias, que Estado seria um ente personalizado juridicamente, dotado de soberania (relativizada), de um povo (nem sempre originário) e de um território, o qual, por seus órgãos e agentes e por meio da utilização de regras e princípios estabelecidos, pretende desenvolver o bem de todos, promovendo dignidade.

No intento, ainda, de conceituar os termos, o que representaria o Estado de Direito? Quanto a este, ao contrário do que ocorre com o conceito de Estado, há certa unicidade na doutrina. Certo é que a origem da expressão remonta ao século XIX, na Alemanha. Segundo Ferreira Filho (1999, p. 05):

A locução *Estado de Direito* foi cunhada na Alemanha, é o *Rechtsstaat*. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: nepotismo, teocracia e *Rechtsstaat*. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl deram a feição definitiva.

Sundfeld (2000, p. 38) afirma que “[...] Estado de Direito define e respeita, *através das normas jurídicas*, seja os limites de sua atividade, seja a esfera da liberdade dos indivíduos [...]”. Para ele:

De um lado, percebemos que a vinculação do Estado à lei, para ser efetiva, exige que, dentro dele, uma mesma autoridade não seja incumbida de fazer a lei e de, ao mesmo tempo, aplicá-la. [...] necessária a presença de outra autoridade, também diversa das demais, para julgar as eventuais irregularidades da lei e de sua aplicação. [...] A isso denominamos *separação dos Poderes*.

De outro lado, essa separação não pode ser mudada pelo legislador [...]. Em suma, deve haver norma superior à lei (e, em consequência, superior ao Estado que a produz) definindo a estrutura do Estado e garantindo direitos aos indivíduos. A essa norma chamamos Constituição (SUNDFELD, 2000, p. 38).

Assim, identificando os princípios que regem o Estado de Direito, o referido autor apresenta o seu conceito mais completo, afirmando que Estado de Direito é aquele regulado por uma Constituição, com divisão do poder entre órgãos independentes e controladores entre si, respeitando mutuamente a lei produzida por cada um, bem como no qual cada cidadão é titular de direitos, podendo utilizá-los frente ao Estado (SUNDFELD, 2000, p. 38; p. 49).

Já Dallari D. (2001, p. 195), citando doutrina de Marie-Joëlle Redor, afirma haver ambiguidade no termo Estado de Direito. A referida autora apresenta concepção completamente diversa da doutrina majoritária, afirmando que Estado de Direito veio para combater o Estado Legal. Mais adiante, o autor afirma que a professora francesa alerta que o Estado de Direito foi criado para frear a extensão do papel dos cidadãos (DALLARI, D., 2001, p. 196).

Certo é que não há concordância no presente trabalho com as afirmações exaradas. A doutrina em peso afirma que o Estado de Direito, coincidentemente com o Estado Liberal, teve sua criação iniciada pela burguesia, que queria, com isso, não o bem-estar dos cidadãos em geral, mas a sua própria evolução econômica. Assim, “[...] no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens”. Ou seja, burguesia “Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes” (BONAVIDES, 1996, p. 42-43).

Entretanto, pode-se vislumbrar um avanço de Estado de Polícia (no qual o Estado não estava submetido às leis) para o Estado Liberal. Por mais que a burguesia quisesse apenas o seu próprio bem-estar, por reflexão, agiu limitando os poderes do Estado e garantindo direitos, mesmo que formalmente, aos cidadãos.

Assim, identifica-se que o Estado de Direito pode ser conceituado como o Estado submetido ao direito, diverso do Estado-Polícia. É o Estado que garante, principalmente, a liberdade e os direitos individuais aos cidadãos, submetendo-se também às normas editadas, dotado de órgãos que se controlam entre si, como forma de frear o seu poder e de evitar a arbitrariedade. Por fim, vale, aqui, identificar uma confusão muitas vezes feita por alguns autores, ou, realmente, por um descuido, ou por acreditar-se na semelhança dos conceitos. É comum

verificar-se Estado de Direito ligado ao Estado Liberal. Essa parece ser, inclusive, a posição de Carvalho Neto (2000, p. 476), quando afirma a existência de três paradigmas: Estado de Direito, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito.

No entanto, entende-se que o Estado de Direito é um gênero, do qual fazem parte os Estados Liberal, Social e Democrático de Direito. É aquele Estado embrionário, criado de forma a unificar a convivência interpessoal em um mesmo território e levar a paz aos seus cidadãos. As feições que surgem com o avanço desse Estado de Direito são as que podem ser chamadas de Liberal, Social e Democrático, mas todos, sem exceção, são “de Direito”, posto que, mesmo de forma inicial e rascunhada, e do ponto de vista atual, equivocadamente (nos casos dos Estados Liberal e Social) colocavam o Estado submetido ao Direito. Essa é, inclusive, a posição de Engelmann (2008, p. 43), que entende ter o Estado de Direito dado origem

[...] a três modelos, isto é, o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. Cada um desses modelos de Estado marcando preocupações com a liberdade, a igualdade e a intervenção maior ou menor do Estado no desenvolvimento e atendimento das necessidades sociais, além da valorização do papel do direito, especialmente da Constituição.

Essas, pois, as concepções que irão nortear o estudo no presente capítulo. Conhecendo-se a dificuldade em tratar do tema Estado, bem como a intenção do presente trabalho ao falar-se em Estado de Direito, arrisca-se, agora, a caracterizar a igualdade na evolução dos Estados de Direito.

Conforme asseverou Nicz (2008, p. 1), “assistimos a uma evolução perceptível e dogmática do princípio da igualdade [...]”. Adiantando um pouco o tema do presente tópico, pode-se dizer, conforme o referido autor, que, a princípio, depara-se com a igualdade perante a lei (formal); depois, igualdade também perante a lei, mas com contornos materiais; e, por fim, a igualdade vista como igualdade de oportunidades, ou seja, justiça social.

### **2.2.2 Estado Liberal: igualdade formal**

Na Pré-História, o homem vivia em grupos e como nômade, não existindo um poder central a regular as relações, nem mesmo um território sobre o qual o grupo assentasse, ou, ainda,

direitos a serem garantidos. O poder era exercido, conforme identificado no tópico 2.1, mediante a força, não havendo regras a serem seguidas.

À medida que os grupos foram se desenvolvendo, bem como se fixando, o homem teve que criar regras para viver em comunidade. Na Antiguidade, cada cidade era um Estado com suas normas. Havia a democracia grega e romana, mas também na modalidade de democracia indireta, quando magistrados eram confiados a decidir algumas questões (TABOSA, 2002, p. 26). A ideia era de que havia um direito preexistente do qual as leis postas não poderiam se afastar.

Certo é que, na Grécia, havia ideias de igualdade, mas de forma alguma condizentes com o que representam esses princípios no Estado de Direito e, principalmente, no Estado Democrático de Direito atual, conforme já especificado no tópico 2.1 deste trabalho.

Com o advento da Idade Média, a sociedade fragmentou-se. Há, também, a fragmentação do poder político, ao mesmo tempo em que o direito era visto como algo de cunho divino, e a Igreja também disputava o poder ao lado dos reis. Nos dizeres de Fioravanti (2007, p. 35), todos os poderes exercidos pelas autoridades da época medieval não tinham o condão de serem soberanos e não havia nenhuma pretensão nesse sentido. O costume era a lei de fato adotada, costume este autônomo.

Foi com o Estado Moderno que passou a existir um poder uno e coeso exercido sobre um determinado território e povo. Os reis conseguiram trazer para si o poder do Estado antes dividido em feudos. No entanto ainda não se pode aqui falar em Estado de Direito, mas sim em Estado de Polícia, uma vez que os reis ditavam as leis que deveriam ser seguidas, mas não se sujeitavam a elas. Ao mesmo tempo, não havia qualquer outro órgão capaz de frear as decisões do monarca. O absolutismo instalou-se como poder político.

Foi obtida uma mudança apenas com as revoluções Francesa e Americana, advindas por iniciativa da burguesia. Esta, já consagrada no campo da economia, ansiando também obter poder político e liberdade para seus negócios, pretendeu e instalou o Estado de Direito. Bonavides (1996, p. 41), inclusive, na consagrada obra *Do estado liberal ao estado social*, comenta essa passagem do Absolutismo para o Estado de Direito

Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant.

[...]

Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia [sic].

Mas como era pensada a igualdade no Estado Liberal? Vem estampada no artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando se afirma que a lei deve ser a mesma para todos, e os cidadãos “iguais aos seus olhos”. Pretende uma limitação do Poder ao promover a igualdade entre todos os cidadãos.

No entanto, apesar de a doutrina em geral demonstrar a luta por igualdade de todos os cidadãos, a verdade é que a burguesia queria igualdade apenas para ela, em um movimento egoísta. Como a burguesia não mais aguentava a divisão da sociedade em castas, já que conseguia poderio econômico com seus negócios, pressionou o Estado a mudar essa realidade, para também ela poder chegar à altura da nobreza e do clero. No entanto, para conseguir isso, instigou a população a também solicitar igualdade, que, para ela, foi apenas formal.

A intenção era que a burguesia conseguisse vencer o sistema de castas que reinava na sociedade do Absolutismo. Tanto o privilégio quanto a função exercida, como, por exemplo, do clero, bem como em função do nascimento, como da nobreza. Mas a população, em geral, continuou sem a sua parcela de mudança. A igualdade foi apenas anunciada pela burguesia, sem efetiva aplicação na prática.

Tanto se pode dizer que a igualdade a reinar no Estado Liberal foi a formal, que, na Declaração de 1789, se dizia: “Sendo os cidadãos iguais a seus olhos [da lei], têm eles igualmente acesso a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que a de suas virtudes e de seus talentos” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 27).

Isso demonstra que, se as pessoas se desigualassem por seus talentos ou virtudes, estaria tudo certo. Se não tivessem capacidade para determinadas atividades, tudo certo também. O Estado não fazia discriminação positiva como, por exemplo, no caso dos deficientes. Bonavides

(2003, 215), atesta essa afirmação e, inclusive, aponta exemplo de como a igualdade não era real no Estado Liberal

A igualdade expressava-se, assim, mediante um critério diferenciador, que institucionalizava e mantinha distinções reconhecidas na época por justas ou relevantes, no interesse evidente do predomínio da ordem constitucional burguesa. Disso resultou a inevitável consagração, no domínio político, de um sufrágio restrito ou limitado, traduzido, por exemplo, na admissão do voto plural, que poderia favorecer em distintos sistemas estatais certas categorias de pessoas, em razão de instrução, bens materiais, sexo ou idade.

E, mais à frente, conclui, dizendo que a igualdade no Estado Liberal se mostrou um conceito formal, sem que tenha possuído um alcance capaz de realmente oferecer a igualdade esperada (BONAVIDES, 2003, p. 217). Nesse prisma, Morales (2006, p. 86) apresenta bem a intenção primeira do Estado Liberal, ao dizer que ele

[...] sempre lutou para consolidação material do valor liberdade, o que não ocorreu com a igualdade, pois a efetivação desta se opõe aos interesses da classe dominante, a burguesia. Assim, a classe burguesa manteve-se restrita à defesa da igualdade perante a lei, o que resguardava seus interesses, em detrimento da busca pela igualdade material, e satisfazia formalmente as demais classes sociais.

Assim, quando a igualdade começou a fazer parte das constituições, a visão era de sua aplicação por um “positivismo jurídico”. A confiança no legislador (e, por que não, na lei?) era ilimitada, já que era “expressão da vontade geral” (BONAVIDES, 2003, p. 216). E mais: “Com efeito, o princípio da igualdade jurídica vinculava e obrigava a administração e a justiça na aplicação da lei, o governante e o juiz, mas não o legislador” (BONAVIDES, 2003, p. 217).

No Estado de Direito Liberal, a igualdade formal reina, ou seja, a lei afirma a igualdade, e todos pretendem que ela exista apenas por isso, sem levar em conta as diferenças da realidade, ou sem levar em conta que o Legislativo, o produtor das leis, também poderia desigualar. “Temia-se que a dilação do princípio da igualdade jurídica, freando o legislador, desse ao juiz uma força tal, que sua vontade se substituísse à daquele” (BONAVIDES, 2003, p. 217). Ou seja, tratava-se da tão falada, doutrinariamente, insegurança perante a atitude jurisdicional.

Completando, pode-se dizer que houve o sacrifício da igualdade em prol da liberdade, dadas as ideias liberais instituídas pela burguesia, cansada de possuir poder econômico, mas não político.

Bonavides (2003, p. 214-215) resume muito bem esse período social e político, ao dizer que “A igualdade natural foi sacrificada, a igualdade civil foi apenas formal e a igualdade política detinha critérios diferenciadores que à época pareciam relevantes, mas já sabemos que não”. Quanto a essa, inclusive, afirma o autor que “A igualdade eleitoral, não sendo conhecida a todos igualmente, [...], constituía objeto de discriminação, mediante a qual pôde a burguesia, na sociedade liberal, manter uma dominação de classe [...]”, que, claro, era necessária para que fossem atingidos seus objetivos políticos.

### **2.2.3 Estado Social: igualdade material**

Tendo a burguesia conquistado o Estado Liberal e a tão sonhada liberdade de atuação, forjando uma igualdade popular, que, na realidade, não veio, sucedeu-se o Estado Social de Direito. Pode-se dizer que o seu surgimento remonta ao esgotamento do modelo de Estado Liberal e tem, na burguesia, sua maior causadora.

A burguesia reivindicou liberdade de atuação e pretendeu frear os anseios de um Estado Absolutista em função da melhora de seus negócios e da vontade de participação política. Para tanto, clamou o povo a também pleitear liberdade e direitos individuais. Ocorre que esse mesmo povo, ajudante da burguesia a conquistar seu propósito, não viu ser abertos para si a liberdade e o respeito por direitos tão sonhados, nem mesmo a igualdade real. Assim, segundo Carvalho Neto (2000, p. 479), igualdade abstrata gerou uma exploração do proletariado pela burguesia, como jamais se viu. Nas palavras do doutrinador:

Liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais. Idéias [sic] socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem Liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais como de greve, de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à

educação e ao lazer. Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a primeira guerra mundial, e com ela o novo paradigma constitucional do Estado Social.

Tanto foi assim, que também Nicz (2008, p. 7) afirmou que a “A liberdade econômica desenfreada acrescida ainda de outros fatores inclusive os de ordem política, implantada à época do *laissez-faire* [...]”, é claro, levou a avanços econômicos, mas “[...] deixou profundas marcas da miséria, abusos e injustiças que configuraram uma real e efetiva desigualdade social”.

Decerto que a passagem do Estado Liberal para o Social aconteceu no auge da Revolução Industrial. A burguesia aumentava cada vez mais seus negócios e lucros às custas do trabalho do proletariado, que, como não tinha realmente seus direitos garantidos, trabalhava incessantemente dia a dia, sem direitos trabalhistas, sem descanso, sem também direito à participação nas decisões do Estado e mesmo sem este Estado para garantia de maior igualdade com a classe mais abastada. Era a liberdade do Liberalismo contra a escravidão das massas sociais, ou seja, contra a igualdade.

Coura (2007, p. 21), inclusive, apresenta o contraponto do Liberalismo, pois este, ao passo que forneceu a liberdade perante a lei, não foi capaz de proteger os trabalhadores dos abusos das empresas capitalistas. Essa é também a opinião de Comparato

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-se muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente a sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança (COMPARATO, 2004, p. 52).

É nessa época que surgem os movimentos coletivos de massa, reivindicando a volta do intervencionismo estatal em prol da materialização de direitos, bem como direitos sociais e econômicos surgidos para fazer frente à grande exploração do proletariado. No entanto é ilusão pensar que a burguesia de fato entendeu por bem proteger o proletariado. Muito pelo contrário. Ela viu seu poder ameaçado e fez apenas concessões a ponto de não perdê-lo. Nas palavras de Bonavides,

A legislação social não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outros rumos ou perspectivas. O seu aparecimento subsequente não se deve aliás, de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso (BONAVIDES, 1996, p. 177).

Mas como a igualdade “se comportou” durante essa mudança de contexto social? A igualdade, antes invocada pela burguesia e esquecida apenas no discurso, sendo formal, agora apresenta contornos materiais, posto que o Estado intervém nas relações para torná-las mais equilibradas, reconhecendo as desigualdades existentes e tentando retificá-las. Tanto é assim que Barreto conclui que,

Após a consagração dos limites ao poder do Estado no quadro do liberalismo, e depois que essas limitações contribuíram para a exclusão de grandes massas dos benefícios da sociedade industrial, tornou-se evidente a necessidade de democratização dessas liberdades conquistadas no contexto do Estado Liberal, para defesa, inclusive, dos próprios direitos fundamentais desse sistema político (BARRETO, 2003, p. 128) .

E, prosseguindo, afirmou que, em função da igualdade material, o Estado é obrigado a acabar com as injustiças, inclusive, por determinação legislativa, refletindo “as demandas dos excluídos dos benefícios da sociedade liberal” (BARRETO, 2003, p. 129).

Assim, “A crise do princípio da igualdade culminou durante a passagem do Estado liberal ao Estado social, quando o positivismo lógico-formal [...]” se transformou no “[...] positivismo sociológico, mais crítico e atento às mudanças sociais e históricas [...]” (BONAVIDES, 2003, p. 220).

“Necessitava-se que as garantias obtidas no Estado Liberal se tornassem efetivas, deixando de ser meramente formais” (MORALLES, 2006, p. 26). Ou seja, “[...] os valores selecionados e absorvidos pelo Estado Liberal não tinham aplicação efetiva, nem mecanismos de implantação, deixando as classes economicamente desfavorecidas sem instrumentos de proteção” (MORALLES, 2006, p. 26).

Nesse contexto, as constituições da época, como a de Weimar, trataram do tema por meio da “[...] inclusão de normas de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência e assistência sociais visando dar uma maior igualdade material entre as pessoas” (NICZ, 2008,

p. 7). Agora, também o legislador estaria vinculado à lei, não podendo elaborar leis que desigualassem os indivíduos (BONAVIDES, 2003, p. 221).

No entanto, dadas as demasiadas atrocidades antes cometidas e o imenso clamor, a igualdade que se viu no Estado Social “Conduz, portanto, a um igualitarismo extremo, em que aparece secularizada a proposição bíblica segundo a qual todos os homens, afeiçoados à imagem de Deus, foram criados iguais” (BONAVIDES, 2003, p. 218).

Para Silva (2003, p. 36), a igualdade material é a igualdade real, efetiva, que beneficia a todos, “perante todos os bens da vida”. Mas afirma que sua realização não foi realizada até nossos dias atuais, uma vez que, dentre outros fatores, há a pluralidade de interesses, o multiculturalismo, as estruturas políticas e sociais, dentre outras (SILVA, 2003, p. 36).

A igualdade material, assim, apontará o seu nascimento no Estado Social, tomando uma roupagem mais atual no Estado Democrático de Direito, na tentativa de realmente conseguir efetividade.

#### **2.2.4 Estado Social e Democrático de Direito: participação e solidariedade em prol de justiça social e dignidade**

Voltando-nos, agora, para o Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que também ele adveio das atitudes legislativas, políticas, econômicas e sociais do Estado anterior. 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, não se dando a devida importância à democracia. (JARDIM; ESTEVES, 2008, p.150)

A ânsia por direitos sociais, levou a uma regulação demasiada pelo Estado gerando 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. Nos dizeres de Martinelli,

Presentindo que a manutenção do Estado de Direito e da democracia representativa poderia levar à degeneração do capitalismo, as burguesias nacionais abandonaram tais ideais políticos, passando a apoiar regimes ditatoriais, restritivos das liberdades individuais e coletivas e cuja força arbitrária era imprescindível à necessidade burguesa de reprimir reivindicação proletária de democracia social (MARTINELLI, 2009, p. 114).

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, surge nova gama de direitos a serem reivindicados, especialmente o de solidariedade, ao mesmo tempo em que emerge um clamor por democracia (JARDIM; ESTEVES, 2008, p.150). Após esse período de sofrimentos, inclusive do Holocausto, compreendeu-se o valor da dignidade (COMPARATO, 2004, p.55)

Dessa forma, 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” (RITT, 2002, p. 38). Consequentemente, então, “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” (RITT, 2002, p.38). Já Nay afirma que os autores, no Estado Democrático,

Estão decididos a sustentar o quadro democrático. Rejeitam igualmente, em sua maioria, o apelo a um princípio único de autoridade, por longo tempo identificado como Estado e a nação. Abandonando as “explicações totais” do século XX, eles constroem, de fato, uma reflexão sobre a melhor organização possível da democracia liberal. Apesar de suas imperfeições, esta é vista como o sistema institucional mais eficaz para proteger os direitos da pessoa, controlar as elites políticas e regular de maneira pacífica os conflitos sociais. As novas filosofias políticas estão preocupadas com o equilíbrio das vontades. Elas estão abertas para os indivíduos, mas também para os grupos (NAY, 2007, p. 483).

Na verdade, acredita-se piamente que se pode falar atualmente em um Estado Democrático e Social de Direito. Mas entenda-se de forma clara: não se fala em uma retomada do Estado Social nos moldes estudados. Muito pelo contrário. Advoga-se a ideia 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, mas apenas ele é feito de forma diversa. Nesse prisma é que haverá um toque entre as funções do Estado nos dois paradigmas. (JARDIM; ESTEVES, 2008, p.150-151). Nas palavras de Palu (2004, p. 73), também citadas em artigo já publicado (JARDIM; ESTEVES, 2008, p.151),

[...] 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

[sic] do Estado Legal – formalista – por uma idéia [sic] 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).

A garantia de direitos fundamentais estava presente tanto no Estado Social como no Estado Democrático. Entretanto, o ponto diverso entre os dois paradigmas se mostra na participação dos cidadãos na escolha dos direitos e da forma como serão implementados. Em outras palavras, a participação dos atores no processo de garantia desses direitos é o traço marcante do Estado Democrático. Na visão de Bonavides,

O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.

[...]

Vencidos os escolhos que apontamos, o Estado social da democracia realizará esse equilíbrio.

Daí a razão por que lhe consagramos nossa preferência política e doutrinária, sem embargo de reconhecermos, conforme ficou dito, as dificuldades que, na ordem positiva dos entrosques políticos, tão usualmente destroem a sua escala de valores e levantam no ânimo dos tímidos e desencorajados graves apreensões sobre o futuro da ideologia democrática (BONAVIDES, 1996, p. 204).

Também Habermans (2002, p. 242), é defensor desse pensamento, afirmando que “[...] os cidadãos são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito”. E completa, dizendo que são livres quando participam do processo legislativo “[...] de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão”.

Diante da evolução do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, tem-se que também a igualdade se modificou. Sendo um Estado de Direito conforme se discorreu acima, o Estado Democrático apresenta o princípio da igualdade, mas de forma condizente com a nova realidade e os novos anseios da sociedade.

O respeito a grupos de pessoas que, apesar da igualdade material do Estado Social, ainda assim eram excluídos da sociedade, tomou importância. São eles: portadores de necessidades especiais, idosos, índios, consumidores, crianças e adolescentes, dentre outros. Todos

ganharam normas na tentativa de igualá-los na sociedade, garantindo a eles maior dignidade, questão antes nem sequer discutida.

A igualdade é o abraçar do princípio republicano e, dessa forma, não há um único modo de consegui-la conforme o Estado Social entendia, mas sim admitindo-se interpretações diversas de igualdade, observando-se as aspirações da população do que pretende como igualdade, para, posteriormente, implementá-la. Surgem sindicatos, associações, que são a nítida representação dos anseios sociais, levando a uma sociedade mais justa. Assim,

O Estado Democrático de Direito está orientado não somente para a garantia da liberdade, mas também para a igualdade [...].

[...] Defende-se aqui a idéia [sic] de que o Estado Democrático de Direito é um Estado com fortes vertentes axiológicas, não ideológico, plural, que admite todas as correntes políticas como válidas, não unilateralizando uma solução perante a economia, remarcando em seu texto maior valores universais que devem ser atingidos pelo Estado. Defende-se, por outro lado, que na Constituição de 1988, e suas posteriores Emendas, o Estado brasileiro é orientador, indutor e gerenciador. Um Estado Subsidiário, no que concerne à seara da economia, mas um Estado democrático de Direito, no sentido de acolher e prover o valor do Direito e da Justiça. Não é um Estado-Assistencialista, que provê ele próprio os desejos e as aspirações da população (PALU, 2004, p. 71).

Também Nicz (2008, p. 1) acredita em um Estado Democrático que visa “[...] à obtenção da igualdade de oportunidades como concretização da ideia de justiça social”. No entanto, deixando-se nas mãos da maioria a decisão sobre o que inspira igualdade ou não, não levaria a uma ditadura da maioria? Esse perigo o Estado Democrático não corre, uma vez que, acima de toda reivindicação da maioria, encontra-se a Constituição. Novamente utilizando-se as palavras de Palu (2004, p. 77), entende-se que a vontade popular não é absoluta, mas vale apenas quando não se choca com um direito de nível superior, a Constituição, visando a um Estado de Direito em sentido material.

Entretanto a igualdade, no atual paradigma, necessita de real participação, uma democracia formal e não substancial. Atores aliados do processo democrático, nas palavras de Figueiredo, Marcelo (2001, p. 87), não levam à democracia e, conseqüentemente, à igualdade segundo interpretação dada no novo Estado Democrático.

Em conclusão, a concessão de participação e de cidadania, aliada ao limite dado pela Constituição, garante a igualdade real dentro do Estado Democrático de Direito. Uma igualdade que não será implementada pelo Estado de forma direta, mas que se permite ouvir os interessados (como exemplo, deficientes, idosos, índios, dentre outros grupos de uma

sociedade atual complexa), para que se chegue não a uma resposta única (como acontecia no Estado Social), mas à melhor resposta naquele instante, conforme a vontade geral. Nos dizeres de Dallari D.,

Em conclusão, a outorga e garantia da cidadania poderão ser um sinal de liberdade e de reconhecimento da igualdade essencial dos seres humanos, contribuindo para a preservação e a promoção da dignidade humana. Mas para tanto é indispensável que o direito formal à cidadania implique, concretamente, o poder de cidadania (DALLARI, D., 2001, p. 200).

Dessa forma, no Estado Democrático, a igualdade pode ser entendida “[...] como aquela que possa levar à redistribuição da riqueza e reestruture as relações sociais e econômicas [...]”, como um ímpeto desse Estado “[...] em ser agente transformador da sociedade na busca de uma maior justiça social” (MORALLES, 2006, p. 28).

## 2.3 IGUALDADE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Como ficou claro no presente trabalho, os clamores e pensamentos acerca da igualdade estiveram presentes durante a história da humanidade. A igualdade esteve presente de diferentes formas, com interpretações diversas, acompanhando o contexto social e político de cada época, de cada Estado de Direito até chegar ao atual.

No entanto pretende-se, agora, descobrir qual a relação da igualdade com os direitos humanos. A igualdade pode ser vista como um direito humano, ela própria, ou apenas como uma garantia de outros direitos? Ao que parece, a importância da igualdade, bem como a sua participação na garantia de outros direitos não é o bastante. A sua maior “virtude” se dá pela inclusão nas dimensões de direitos humanos, merecendo o mesmo tratamento dispensado a eles.

Como é sabido, a doutrina entendeu por bem classificar os direitos humanos em gerações ou dimensões. Ocorre que, apenas a título de esclarecimento, há um problema terminológico. Apesar de o termo gerações ter sido utilizado em larga escala pela esmagadora maioria da doutrina, hoje se entende que a melhor denominação seria dimensões. Conforme discorrido no artigo “Direitos humanos, interesses metaindividuais e globalização: da via de mão dupla à

via de mão única”, apresentado no IV Encontro da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos), em Vitória – ES,

O que se cogita, de forma geral, é o fato de que a palavra geração dá a entender o rompimento de um ciclo e início de outro independente, ou seja, o fato de que uma geração substitui a outra e também os direitos naquela surgidos. Isso não coaduna de forma alguma com os direitos humanos, posto que, na realidade, há uma agregação de direitos e uma evolução, um direito ajudando a efetivar o outro. Acrescente-se a isso o fato de que, conforme vimos, os direitos humanos têm característica de indivisibilidade. (JARDIM, 2008)

Um exemplo disso é a própria igualdade, objeto do presente estudo. Vislumbrou-se que, no Estado de Direito Liberal, a igualdade formal reinava, mas no Estado Social, adveio a igualdade material. Mas isso não quer dizer que a igualdade formal (ou seja, com a função de limitar os poderes dos governantes), não mais exista na segunda fase da igualdade.

Ou seja, “Há, apenas, no movimento histórico de expansão dos direitos fundamentais, a incorporação de novos significados ao direito primariamente concebido, que não sofre a perda das dimensões anteriores” (SILVA, A., 2007, p. 27). Pensar diferente é fazer com que a efetivação e a implantação dos diversos direitos fiquem prejudicadas. Como exemplo, utilizou-se, na época da apresentação na ANDHEP, a obra de Leite (2001, p.31), que

[...] dá crédito a uma explanação extremamente feliz do doutrinador Carlos Weis afirmando que a insistência em utilizar a palavra gerações, pode levar a políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da pessoa humana, em detrimento dos direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos constantes dos Tratados de Direitos Humanos. Isso, a nosso ver, associado a outros fatores conhecidos como corrupção e má gestão de dinheiro público, leva ao caos que hoje nos encontramos nas áreas de segurança pública, saúde, transportes públicos, todos direitos humanos. Um exemplo do que constata Carlos Weis é o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos contra leis que concediam aos trabalhadores direitos sociais mínimos, por entender como fundamentais livre iniciativa e liberdade contratual, ou seja, escolhendo a primeira geração de direitos em detrimento dos direitos sociais (JARDIM, 2008).

Acrescentou-se, também, outra crítica, a de que a palavra geração confere a ideia de “[...] sucessão cronológica, como se os direitos fossem surgindo exatamente na ordem das gerações, o que se sabe, não ocorreu com os direitos humanos” (JARDIM, 2008). Ademais, discute-se se pode haver a divisão em dimensões diante do “[...] fato de que não há como separar de forma nítida os direitos por essas classificações” (JARDIM, 2008).

A doutrina entende, sem qualquer objeção, a existência de três dimensões de direitos humanos. Alguns, apenas, afirmam a existência de quarta e quinta dimensões. O surgimento da igualdade como direito formal no Estado de Direito coincidiu plenamente com a primeira dimensão dos direitos humanos. Esta trouxe os direitos civis e políticos como a vida, liberdade, propriedade e, claro, a igualdade perante a lei (formal). Nessa época, surgiam o Humanismo, o Protestantismo e a Revolução Científica, exaltando-se o indivíduo, agora visto como ser independente de instituições (JARDIM, 2009). No entanto a igualdade como direito humano apenas alcançou um patamar formal, uma vez que a burguesia estava sedenta por não intervenção do Estado, pela posse do poder político e lucratividade de seus negócios

Já na segunda dimensão, a que abarca os direitos sociais, econômicos e culturais, a igualdade acentuada foi a material, na tentativa de se desigular os desiguais, ou seja, criar mecanismos diferenciadores para pessoas em situações diversas. São também trazidos à baila direitos à saúde, à moradia, ao trabalho e ao lazer, encontrados nos artigos 5º, 6º e 7º dos capítulos I e II, do título II, da Carta Magna de 1988, coincidindo com as causas que também geraram o surgimento do Estado de Direito Social. A burguesia, com a instituição de uma igualdade formal, levou à criação da classe de operários, os quais lutavam por direitos, dentre eles a igualdade material (JARDIM, 2009).

A terceira dimensão veio trazer o direito à paz, à solidariedade, ao desenvolvimento e o direito à autodeterminação dos povos, além de o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado e o direito à utilização do patrimônio comum da humanidade. A chegada desses direitos corresponde às causas que também levaram ao surgimento do Estado Democrático de Direito. A terceira dimensão aparece exatamente quando o modelo de Estado Social começa a ser questionado, fazendo-se com que os direitos já consagrados pela primeira e pela segunda dimensões ganhem nova roupagem, permitindo-se a participação dos atores, destinatários dos direitos (JARDIM, 2009).

As condições para evolução e ampliação desses direitos de terceira geração se apresentavam, mais uma vez, por meio de contradições que exigiam soluções para proteção da vida, coincidentes com as causas do terceiro paradigma do Estado de Direito. O contexto do século XX, no pós-guerra (2ª Guerra Mundial), trouxe a solidariedade como meta, e a razão disso foi a luta contra o terror inspirado por regimes totalitários como os de Hitler, Mussolini e Hiroito,

revelando as atrocidades cometidas contra a vida (JARDIM, 2009). Os indivíduos são vistos não como pessoas isoladas, mas como grupo, e a igualdade, como direito fundamental, se mostra com uma aplicação diferenciada: identificação dos grupos de pessoas desiguais e posição ativa para a concretização dela.

Pode-se identificar, ainda, a quarta e a quinta dimensões, mas deixar-se-á de comentá-las, dada a inexistência de parâmetros doutrinários quanto ao princípio da igualdade nas mesas. Acredita-se que isso se deve ao fato de que a igualdade permaneceu com o mesmo sentido, mas foi aplicada, apenas, em áreas diversas como democracia e informação, conforme pensamento de Bonavides (2008, p. 571), como sendo direitos de quarta dimensão ou bioética, nos dizeres de Bobbio (2004, p. 25), também como quarta dimensão, ou direitos aplicados à informática (quinta dimensão).

Assim, pode-se verificar que a igualdade não é apenas um princípio criado e desenvolvido durante toda a evolução dos Estados de Direito. Muito mais que isso, dada a ligação das dimensões de direito fundamentais com a evolução dos Estados de Direito, a igualdade se mostra como verdadeiro direito fundamental, ou, talvez, o direito fundamental por excelência, uma vez que permite a garantia de cumprimento dos demais.

A igualdade é, por fim, o direito humano e fundamental que guia a atuação do Estado em cada um dos paradigmas, podendo representar limitação do seu poder, e também dever de concretização de direitos, bem como até mesmo legitimidade de suas atuações segundo a vontade expressa dos cidadãos. Assim, “[...] igualdade formal e material são duas dimensões do *direito fundamental à igualdade em momentos históricos distintos*” (SILVA, A., 2007, p. 27). Pode-se corroborar essa visão, ao analisar-se os dizeres da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nas palavras de Bonavides:

A declaração apontava ao mesmo tempo para o fato de que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem”, entre os quais figuravam em primeiro lugar na filosofia revolucionária a liberdade e a igualdade, constituíam as únicas causas das “desgraças públicas e da corrupção dos governos” (BONAVIDES, 2003, p. 212-213).

Ou seja: a igualdade é, ao mesmo tempo, um direito fundamental e um princípio que leva a uma maior e melhor aplicabilidade e eficácia dos direitos humanos. E o mesmo doutrinador completa dizendo que a igualdade

[...] se vincula à concepção liberal e lhe dá prosseguimento, pois restringe e limita a atuação do Estado, sendo o primeiro dos direitos fundamentais. Não só abre as Declarações de Direito, senão que rege e fundamenta também toda a ordem jurídica para a tutela e proteção das liberdades individuais. Está, inclusive, fora do alcance do poder constituinte derivado (BONAVIDES, 2003, p. 222).

Tanto é assim, ou seja, tanto é que a igualdade se depreende como direito humano, que esteve presente em diversas declarações de direitos e/ou constituições, desde os primeiros momentos. Segundo Nicz (2008, p. 5), “Quanto à idéia [sic] de igualdade sob a ótica jurídica, destacam-se os movimentos constitucionais do século XVII e revolucionário do século XIX, marcos importantes no surgimento das Declarações de Direitos”.

Para esse autor, a primeira foi a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), repetindo as palavras do filósofo Locke. Seu artigo 1º, segundo Nicz, determinava: “[...] ‘...todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes e possuem certos direitos inatos...’”. Também, segundo o mesmo autor, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) reconheceu que “[...] ‘todos os homens são criaturas iguais...’” (NICZ, 2008, p. 5). Mas não pararam por aí as declarações contendo a igualdade. Piovesan acrescenta que

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, bem como as Constituições sociais do início do século XX (ex.: Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917, etc.) primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar, e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto (PIOVESAN, 2003, p. 337).

Mas, sem dúvida, a declaração que deu importância magistral à igualdade foi a Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, pós-Revolução Francesa, que estabelecia: “[...] ‘Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos’”.

No entanto, nessa época, a igualdade era meramente formal, posto que, conforme foi dito, o liberalismo reinava, e ensinava o individualismo como norte do desenvolvimento da sociedade: “Tanto que a própria Declaração em seu art. 6º admitia a diferenciação proveniente de suas virtudes e seus talentos”. Mas não se pode retirar a sua importância, devido à, pelo menos, inserção da igualdade (NICZ, 2008, p. 6).

E, claro, mais recentemente, foram elaborados outros documentos advindos de convenções diversas sobre igualdade, demonstrando a sua importância mundial e a necessidade de concretização, quais sejam

[...] Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção Internacional contra a Tortura, a Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outros importantes instrumentos internacionais (PIOVESAN, 2003, p. 194).

Também a transformação da igualdade de direito humano a fundamental pode e vale, aqui, ser registrada. O fato é que esse princípio esteve presente não apenas em documentos internacionais, mas positivado em constituições nacionais. A Constituição de Virgínia de 1776, a Constituição da Pensilvânia, ambas de Estados dos Estados Unidos da América, mais tarde reunidos em uma única Constituição Americana, que só veio textualmente e claramente falar de igualdade com a Emenda XIV (ROCHA, C., 1990, p. 32), são alguns exemplos.

Já na França, a Constituição de 1791 continha o princípio da igualdade, ao estabelecer que as contribuições seriam repartidas igualmente entre os cidadãos (ROCHA, C., 1990, p. 34), bem como que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum”, conforme artigo 111 (BONAVIDES, 2003, p. 212).

Vale, ainda, lembrar que, sendo direito fundamental, instituído desde a primeira dimensão de direitos, a igualdade detém as características de qualquer direito fundamental, as quais, com algumas diferenças na doutrina, podem-se reunir como sendo: universalidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, indivisibilidade, interdependência, inter-relacionalidade (complementariedade).

E, por fim, acrescenta-se que, como direito fundamental que é, a igualdade também pode ser identificada com um objetivo nobre, existente em todos os direitos fundamentais: a dignidade. De fato, quando foi escrito o artigo “Direitos humanos, interesses metaindividuais e globalização: da via de mão dupla à via de mão única”, apresentado no IV Encontro da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos), em Vitória – ES, foi acrescentado que

[...] apenas para reforço e melhor destaque para a questão, segundo o professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 28), os principais objetivos dos direitos humanos seriam “[...] a construção e a manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana [...]” (JARDIM, 2008)

Dessa forma, a visão da igualdade, como clamor da sociedade, como princípio dos Estados de Direito em evolução, bem como direito humano e fundamental, merece a necessária importância, proteção e interpretação para a construção de uma sociedade justa e promoção da dignidade humana.

## 2.4 IGUALDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vislumbrou-se, até aqui, que as intenções sobre a igualdade existiram desde os tempos remotos e que ela se desenvolveu ao longo dos Estados de Direito. Da igualdade formal, passou pela igualdade material e chegou à justiça social e à dignidade. Viu-se, também, que, ao aparecer em Declarações de Direitos e figurar nas dimensões dos Direitos Humanos, a igualdade não só seria vista como uma garantia dos direitos humanos, mas também como um desses direitos, talvez o mais abrangente e complexo.

Agora, volta-se a analisar especificamente os significados da palavra “igualdade”, bem como a sua aplicação na prática. Assim, neste tópico, serão conhecidos o sentido da igualdade, a sua relação com a justiça social e a dignidade, se a igualdade seria uma utopia, as principais visões sobre como aplicá-la na prática, e, por fim, o fato de que a igualdade pode demandar ações positivas e negativas, bem como que igualdade e liberdade podem conviver harmonicamente.

Salienta-se, desde já, a importância de todos esses dados, uma vez que será, por meio deles, que se poderá chegar a uma visão geral sobre a igualdade, com o fito de garanti-la no âmbito da saúde, por meio do ressarcimento.

### 2.4.1 Em várias palavras: o que é igualdade?

Conceituar igualdade torna-se, muitas vezes, uma tarefa um tanto quanto “suicida”. O fato é que se trata de tema demasiadamente complexo. Pode-se identificar, em primeiro momento,

várias definições para o termo igualdade: relação, clamor, valor, ideologia, direito (também fundamental), princípio, dentre outros. Qual deles é o mais correto? Certamente, todos em conjunto.

A noção de isonomia jurídica adveio do direito grego, quando a deusa Diké era colocada diante da balança e dizia o que era justo, quando os dois pratos estivessem em mesma altura. Isso também acontecia no direito romano, com a diferença de que, neste, a deusa mantinha os olhos vendados (ENGELMANN, 2008, p. 18).

Etimologicamente, a palavra igualdade quer dizer “relação entre coisas iguais, ou qualidade daquele ou daquilo que é igual” (do latim, *æqualitas*) (DICIONÁRIO INFORMAL, 2009). Apesar de não ajudar muito, esse conceito se adapta perfeitamente aos pensamentos de Bobbio, que afirma que “[...] a dificuldade de estabelecer esse significado descritivo reside sobretudo em sua indeterminação, pelo que dizer que dois entes são iguais sem nenhuma outra determinação nada significa na linguagem política [...]”. Assim, são necessárias as perguntas “igualdade entre quem” e “igualdade em quê”, para que “[...] se especifique com que entes estamos tratando e com relação a que são iguais [...]” (BOBBIO, 1997, p.11-12). Para exemplificar sua teoria, Bobbio exemplifica, dizendo que

[...] a proposição *todos os homens são iguais*, precisamente porque, nesse contexto, o atributo da igualdade se refere não a uma qualidade do homem enquanto tal, como é ou pode ser a liberdade em certos contextos, mas a um determinado tipo de relação entre os entes que fazem parte da categoria abstrata *humanidade* (BOBBIO, 1997, p. 12).

Assim, as duas perguntas na questão igualdade são “quais direitos devem ser igualados” e “entre quem deve haver a igualdade”. Nesta, deve-se entender sobre quem a igualdade irá existir. Toda a sociedade? Grupos específicos? E, naquela, deve-se ter em mente se a igualdade agirá em todas as circunstâncias. No fim, “[...] o conceito e o valor da igualdade pressupõem, para sua aplicação, a presença de uma pluralidade de entes, cabendo estabelecer que tipo de relação existe entre eles [...]” (BOBBIO, 1997, p.13).

Ao que parece, então, a igualdade pode ser vista “[...] como instrumento de regulação da sociedade e das relações entre seus membros” (NICZ, 2008, p. 2). Ou seja, a igualdade seria uma relação: entre coisas e pessoas com outras coisas e outras pessoas, dentro de uma

determinada sociedade. Seria “[...] uma relação e um valor estabelecidos em uma determinada sociedade” (FRISCHEISEN, 2007, p. 19), ou, finalizando, também uma construção, pois seria um “[...] dos fundamentos para expansão do conceito de cidadania”, bem como pode ser associada “à ideia de justiça” (FRISCHEISEN, 2007, p. 34).

Assim, também, o valor entra no conceito de igualdade. Miranda P., (2002, p. 532) confere uma ideia de igualdade como valor, ao dizer que “[...] a simpatia pelas idéias [sic] de igualdade provém de evolução moral e intelectual do homem, e de sentimento ou observação do que se está passando na ordem econômica e na ordem cultural”. E Bobbio (1997, p. 13) completa, ao afirmar que a igualdade é um valor quando se analisa o homem dentro de “[...] uma determinada classe, que é precisamente a humanidade [...]”. Isso, apesar de Miranda parecer criticar os que reduziriam a igualdade a um mero valor, já que isso a caracterizaria de “superficial” (MIRANDA, P., 2002, 576).

A despeito da concordância com o doutrinador, esse risco, acredita-se não o correr no presente trabalho, uma vez que, como foi deixado claro alhures, a igualdade não se perfaz apenas com uma só conceituação, nem mesmo é apenas um valor. Para provar esse entendimento, também concorda-se com Bonavides, quando afirma ser a igualdade também uma ideologia, de certa forma apagada no Estado Liberal, mas, acredita-se, ainda viva. Segundo o autor,

Ideologia e valores entram assim a integrar o conceito da igualdade, provocando uma crise para a velha igualdade jurídica do antigo Estado de Direito. Ela que nascera ideológica, levantada nos braços do direito natural, se despolitizou num segundo momento, ao adquirir uma neutralidade de aparência, a qual apenas subsistiu enquanto pôde subsistir o antigo Estado de Direito da burguesia liberal e capitalista do século XIX (BONAVIDES, 2008, p. 377).

No entanto, apesar de ter surgido como um valor e ainda como uma relação dentro da sociedade, bem como ter se transformado em ideologia, a igualdade pode também deter a nomenclatura de direito. Verificou-se, no tópico anterior, que a igualdade esteve presente como direito nas dimensões de Direitos Humanos, bem como esteve presente, com a mesma característica, em Declarações de Direitos e em Constituições Nacionais. Mas por quê?

Segundo Frischeisen (2007, p. 35), a igualdade pode ser considerada também um direito, ao obrigar o “[...] Estado a produzir normas legislativas e atuar para que todos tenham acesso aos

bens e direitos considerados essenciais, pois todos têm o direito de serem considerados iguais quanto aos chamados pontos de partida”.

Claro que, conforme se viu, inicialmente, a igualdade foi um direito vinculado ao Estado Liberal, restringindo a atuação do Estado e sendo direito fundamental, protegendo as liberdades (BONAVIDES, 2003, p. 223). Mas, posteriormente, pode ser identificada como um direito material, efetivamente igualando as pessoas e protegendo direitos principalmente sociais, bem como, nos dias atuais, se mostra como um direito até mesmo de grupos antes excluídos da sociedade e minorias anteriormente não ouvidas.

Exatamente por isso, Engelmann (2008, p. 28) contempla a igualdade como “[...] um direito das pessoas (subjetivo, portanto) que deverá ser considerado e favorecido pelo direito objetivo. [...]”. Quer dizer, além de carregar um peso de direito, a igualdade poderia ser uma ferramenta para proteção de um outro direito. As pessoas teriam o direito à igualdade, como forma de proteger, por exemplo, o direito à saúde, à educação, dentre outros. No caso do presente trabalho, a igualdade na saúde por meio do ressarcimento.

Essa também é a opinião de Bastos (2002, p.191), que, ao indagar sobre o caráter subjetivo da igualdade, defende que “A resposta quer-nos parecer positiva”. A igualdade seria um “princípio informador de todo o sistema jurídico”, bem como “um autêntico direito subjetivo”. Com isso, conclui que a igualdade atinge não só o Estado, mas também os particulares.

Entende-se plausível o raciocínio, até pelas ideias de Bonavides, que tem a igualdade também como técnica, um princípio que garante direitos, dentre eles, os sociais. “Em suma, no Estado social contemporâneo, o sentido do princípio da igualdade se contém na sua significação como direito e como técnica” (BONAVIDES, 2003, p. 222). Segundo ele, o direito à igualdade,

Como técnica, é altamente estimulativo e fomentador da atuação do Estado; insere-se no espaço social da chamada Constituição aberta, estando positivamente para a intervenção do Estado assim como negativamente a separação de Poderes esteve para o abstencionismo estatal. Por esse último aspecto – a saber, como técnica – é o princípio da igualdade a mais valiosa das garantias sociais (BONAVIDES, 2003, p. 223).

Cumpra afigurar que a palavra princípio, de certa forma, já informa algo. Não entrando nas diversas doutrinas sobre o assunto, simploriamente princípio seria o início, o começo, a raiz de alguma coisa. De uma certa forma, ajuda na compreensão da matéria estudada, uma vez que os princípios, muitas vezes, são as pedras sobre as quais um instituto está apoiado.<sup>1</sup> “Em suma, os princípios são responsáveis pela formação de um elo de ligação [*sic*] entre as diversas normas que integram o direito (o ordenamento jurídico vigente), propiciando o surgimento de um sistema, de uma unidade, com objetivos e pressupostos comuns” (ENGELMANN, 2008, p. 17).

Em uma visão liberal, e denotando-se uma das funções dos princípios, pode-se dizer que “[...] são ferramentas poderosas para que a sociedade elabore sua defesa contra a intervenção do Estado e postule a proteção dos direitos humanos e naturais de cada pessoa e do grupo social como um todo” (ENGELMANN, 2008, p. 49).

Mas é claro que se pode complementar, inclusive no âmbito do Estado Democrático de Direito, que não só os princípios são instrumentos de garantia de direitos em face do Estado, mas também em face de todos aqueles que infringirem os direitos de outrem, incluindo, nessa seara, também os particulares.

Assim, a igualdade mostra sua forma de princípio, uma vez que tem a função “[...] de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito. É como se tivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão de pensamento, respeitada a igualdade de todos perante este direito”. E, concluindo, “A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva” (BASTOS, 2002, p. 191). Tanto é legítimo conceituar igualdade como princípio, que Rocha afirma que

[...] é de se acentuar, ainda uma vez, que a interpretação constitucional somente será aceitável à medida que se formule em composição com o sistema fundado sobre a mais ampla e firme expressão da igualdade jurídica, pelo que qualquer hermenêutica que se devota a uma norma e que conclua pela restrição do princípio está fadada ao insucesso e à inaceitação jurídica (ROCHA, C., 1990, p. 79).

---

<sup>1</sup> Nesse ponto de conceituação do que seria um princípio, sabe-se que há várias teorias e vários diferentes pensamentos e correntes quanto ao que seria um princípio. No entanto, por não ser matéria diretamente relacionada ao tema da dissertação, não foi aprofundado o assunto.

Mas não se pode esquecer, nesse prisma, que “[...] os princípios, antes de serem jurídicos (pois vinculados ao direito), são sociais, políticos, históricos, religiosos e morais” (ENGELMANN, 2008, p. 16), e, falando-se especificadamente da igualdade, a constatação é ainda maior, já que ela contém vários conceitos, que não apenas o de princípio ou de direito. Certo é que “[...] em verdade, contém o princípio da igualdade uma certa medida essencial de valor com substrato impossível de se conter em dimensão unicamente jurídica” (BONAVIDES, 2003, p. 210).

Mas a complexidade da ideia de igualdade não acaba nessas interpretações. Há outras teorias sobre a igualdade e outras ligações na sociedade e no Direito. Uma das ideias seria a de que a igualdade está ligada à promoção e à proteção da cidadania, como em uma via de mão dupla: tanto a igualdade leva à cidadania, como a protege da não concretização, ou resta uma palavra morta dentro de uma sociedade. Assim, a igualdade está intimamente ligada à ideia de cidadania, que evoluiu para também abarcar os direitos sociais (FRISCHEISEN, 2007, p. 25-26).

Cidadania e igualdade estão relacionadas na medida em que todos são reconhecidos como cidadãos a partir do reconhecimento do valor da igualdade de todos, ou seja, que todos compartilham um mesmo valor, que é de pertencerem a uma mesma comunidade, independentemente de quaisquer características e fazem jus ao mesmo status jurídico ou aos mesmos direitos (FRISCHEISEN, 2007, p. 28).

Já Moralles, citando Anacleto Oliveira de Fris, afirma existir o conceito realista de igualdade, segundo o qual os homens são iguais porque pertencem à espécie humana, mas dentre eles há diferenças. Continuando, a autora afirma existir também os conceitos idealista e nominalista. “O primeiro caracteriza-se por pregar uma igualdade absoluta e formal entre os homens, ou seja, as pessoas devem ser tratadas sempre da mesma forma [...]” (MORALLES, 2006, p. 87), e o segundo, “[...] ‘por defender que a desigualdade é característica do universo’ [...]” (MORALLES, 2006, p. 87). A igualdade seria apenas um nome.

Certo é que essas teorias já remontam ao que se viu anteriormente, mas estão ultrapassadas na evolução da igualdade. Aliás, é importante falar aqui em evolução, já que a igualdade seria “o que a sociedade quer que ela seja”. Estando esta sociedade em constante evolução, não sendo estática, depende da ideia de igualdade que o homem tem em cada época. No entanto, em

vista de, muitas vezes, o direito estar nas mãos dos mais poderosos, desinteressados na igualdade, acontece a demora na evolução desse direito (ROCHA, C., 1990, p. 29).

Tanto a demora ocorreu, que os direitos humanos foram sendo assegurados em vista da lenta evolução da igualdade ao longo de muitas lutas nas diversas dimensões. Hoje, sabe-se que a igualdade é necessária para que se possa falar em direitos fundamentais (PEDRA, 2005, p. 202) bem como ela se transmuda em uma regra de interpretação, que estabelece vedação a privilégios e discriminações arbitrárias e garante os mesmos direitos fundamentais (PEDRA, 2005, p. 204). “Quer dizer, a expressão da igualdade significa o acesso e a possibilidade de usufruir todos esses valores humanos básicos”. Não é nada fácil, mas “[...] deve ser um objetivo (uma meta) de toda sociedade que quer ser reconhecida como democrática [...]” (ENGELMANN, 2008, p. 29).

Assim, o que se necessita é de equilíbrio na sociedade, uma via de mão dupla com a igualdade: ela garante o equilíbrio, mas também depende dele para ser garantida. “Transporta-se, portanto, a moderação como um dos ingredientes que estruturam a igualdade. No ‘equilíbrio’ e na ‘moderação’ (quer dizer, moderar a ação) reside a verdadeira noção de igualdade” (ELGELMANN, 2008, p. 21). “Assim, pode-se dizer que a igualdade tem na sua origem a preocupação com o excesso e o equilíbrio” (ELGELMANN, 2008, p. 20).

Dessa forma, equilíbrio e moderação seriam o fim da igualdade, buscando a justiça social. Ou seja, “[...] o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da idéia [sic] de justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo” (ROCHA, C., 1990, p. 29). Concorde-se, assim, com Rocha, ao afirmar que

O princípio da igualdade significa “erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta (ROCHA, 1990, p. 34).

Mas têm-se em mente as limitações de sua implementação. Está-se “[...] consciente da indeterminação do seu conteúdo e da dificuldade de aplicar critérios de fundamentação justos, bem como do inevitável condicionamento e dependência da efetivação do princípio à realidade econômica, social e política na qual o mesmo incidirá” (MORALLES, 2006, p. 93).

Diante de todos esses conceitos e todas essas ideias de igualdade e dada a importância do tema, em uma posição jusnaturalista, não se pode jamais descartar a igualdade como relação

dentro de uma sociedade, muito menos como um clamor ou um valor. Ao mesmo tempo, a igualdade fez parte, no passado, de ideologias marcantes contra os abusos de uma burguesia sedenta por poder e dinheiro, gerando direitos e princípios a nortear o nosso entender sobre diversas questões jurídicas. Esse é um fato que também não pode ser desprezado.

Assim, tratar-se-á a igualdade como um misto de todos esses conceitos, uma vez que o que nos interessa aqui não é simplesmente o valor de igualdade, ou seja, esta vista no interior de cada pessoa da sociedade e na sociedade como um todo. Mas, especificamente, o seu papel no ordenamento atual, para, ao final, entender em que medida defende-se o ressarcimento para a igualdade na saúde em geral.

## **2.4.2 Igualdade como justiça social**

Conforme foi verificado no tópico 2.2, dentro do Estado Democrático de Direito, a igualdade (tida como valor, relação, direito ou princípio) é vista como meio de se promover a inclusão de grupos antes marginalizados da sociedade. Poder-se-ia identificar essa função em duas palavras: justiça social, uma vez que Bobbio já ensinou que a igualdade só pode ser considerada se for condição da “harmonia do todo” (BOBBIO, 1997, p. 16). Assim,

A Constituição no Estado Democrático de Direito é fertilizada e inspirada pela concretização de valores supremos para qualquer ser humano, como a justiça – onde se situa o princípio da igualdade –, como proposta de equilíbrio e respeito pelas diferenças, não num plano teórico, mas com as forças voltadas ao concreto, ao efetivo, ao transformador, à inclusão (ENGELMANN, 2008, p. 46-47).

A igualdade, dessa forma, é instrumento de concretude da justiça social (NICZ, 2008, p. 11), “[...] principalmente como ponto de chegada, isto é, visando ao alcance da concretização efetiva da igualdade real assentada na eliminação das desigualdades econômicas, sociais e culturais [...]”, mas, se precisa de argumentos para a efetivação de igualdade de oportunidades.

A despeito da concordância com a primeira parte da argumentação do autor, não concorda-se com a segunda. Uma fundamentação contrária à igualdade de oportunidades de John Rawls será demonstrada adiante, pensando-se que ela não pode ser visada como justiça social, bem como não pode ser a base no presente trabalho.

Nesse prisma, Ross (2009, p. 135; seg.) pergunta “que tipos de igualdade a justiça social exige” e, respondendo a essa pergunta, levanta a hipótese de concepção mínima de justiça social, garantindo-se direitos de segurança e liberdade; afirma que alguns defendem a ideia de democracia para justiça social; acrescenta mais uma resposta como sendo a igualdade de oportunidades, mas critica-a, para, ao final, falar da igualdade de condição, que “refere-se às desigualdades de renda, riqueza, trabalho e lazer e àquelas resultantes de padrão de vida e bem-estar [...]”. Para esse autor, portanto, “[...] a justiça social requer não apenas a igualdade de direitos civis e políticos, e de oportunidades, mas também a igualdade de condição” (ROSS, 2009, p. 146).

Assim, “Se entendermos justiça como a possibilidade de todos terem acesso a bens e direitos considerados essenciais em uma determinada sociedade, a igualdade será um dos critérios possíveis de distribuição de justiça” (FRISCHEISEN, 2007, p. 16).

Mas entenda-se a locução “todos terem acesso”. Não se advoga a tese do utilitarismo conforme irá demonstrar o trabalho. Acredita-se que a igualdade “[...] impõe ao legislador e aos aplicadores do direito o dever de compensar às [sic] desigualdades sociais e econômicas[sic] existente [sic] na sociedade, principalmente em relação aos direitos básicos [...]”. Aí estaria a interligação com a “busca da justiça social” (MORALLES, 2006, p. 87), e aí estaria a ligação, feita ao final deste trabalho, entre igualdade, ressarcimento e justiça na prestação da saúde.

“O justo e o injusto apresentam, assim, uma íntima conexão com a igualdade. Aliás, a igualdade é um dos elementos constitutivos da justiça.”, assegura Engelmann (2008, p. 26). Ou, ainda, os conceitos estariam interligados e seriam um a causa e o efeito do outro. Nos dizeres de Bobbio (1997, p. 14), “[...] o conceito e também o valor de igualdade mal se distinguem do conceito e do valor da justiça na maioria das acepções [...]”.

Estaria, então, a igualdade ligada a uma justiça social. Mas o que representaria essa locução? Bobbio (1997, p. 14) apresenta dois significados da época clássica de Aristóteles: “[...] um é o que identifica *justiça* com *legalidade*, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei [...]”. Essa parece uma definição um tanto quanto ultrapassada não pelo tempo em que foi construída, mas porque não cabe mais a uma realidade, como já apontado neste

trabalho, de que a lei é sempre justa, ou mesmo que o legislador não erra; o outro significado, mais condizente com o trabalho a ser aqui desenvolvido, “[...] é, precisamente, o que identifica *justiça* com *igualdade*, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade”. Assim, “[...] o ponto de referência comum a ambos é o de ordem, ou equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo” (BOBBIO, 1997, p. 14). Por fim, vale dizer que

Em outras palavras, uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por *justa* se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar (BOBBIO, 1997, p. 15).

Ross (2000, p. 320 e 326) afirma que as palavras de quem apela à justiça são persuasão e não argumento racional. Para que isso não aconteça, a justiça deve ser vista como “aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade”. Mas continua-se com dúvida quanto ao significado, uma vez que a aplicação correta de uma norma é, ainda, termo subjetivo.

Nesse prisma, Smith (2009 p. 134) também confirma que “A justiça social é um conceito complexo e controverso, a partir do qual há várias noções da distribuição correta, especialmente de benefícios e encargos econômicos”. Tenta o autor também falar em distribuição correta dos benefícios e encargos, citando-os, mas não chega a fornecer uma solução.

Quer-se crer que a igualdade como justiça social pretende reparar injustiças existentes na sociedade, e aí está também o conceito da expressão. Grau consagra essa afirmação, dizendo, categoricamente, que

*Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças, a nível pessoal (*sic*), do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista (GRAU, 2002, p. 266).

É claro que o tema é difícil, com carga valorativa de grande monta, deixando margem a várias interpretações (como as existentes na Filosofia, Sociologia e dentro do próprio Direito), no

entanto, seguramente “[...] a justiça não é uma concepção teórica, mas uma inclinação humana preocupada com a prática” (ENGELMANN, 2008, p. 24). E essa justiça só pode ser conseguida, ligando-se a ela a igualdade. No entanto, não a igualdade vinculada ao Estado Liberal, mas aquela aqui estudada do Estado Democrático de Direito, no qual

[...] o justo meio é aquele que respeita as peculiaridades da situação envolvida, podendo pender mais para um lado ou para o outro. É por isso que se precisa de moderação e de equilíbrio na construção da justiça. Isso, por sua vez, nada mais é do que a concretização da igualdade (ENGELMANN, 2008, p. 27).

Ao tratar das situações de justiça, Bobbio (1997, p. 16-17) afirma que ela pode ser retributiva e atributiva. A primeira seria uma relação de equivalência, e a segunda, que nos interessa aqui, equiparação. A justiça social que se procura com a igualdade, especialmente neste trabalho, é a atributiva, uma vez que se pretende atribuir igualdade de direito à saúde aos cidadãos dentro da sociedade brasileira, e diz-se que o ressarcimento é um meio para isso.

Assim, falou-se em igualdade dentro do Estado Democrático de Direito como promoção de justiça social, ou seja, como busca de equilíbrio para as relações na sociedade atual, bem como a própria justiça social leva à igualdade. E as relações da saúde não fogem a essa seara.

### **2.4.3 Igualdade e dignidade**

Também pode-se ligar a igualdade dentro do Estado Democrático de Direito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse prisma, a igualdade não se confundiria com a dignidade, mas seria uma de suas bases, seria uma garantia de dignidade.

Primeiramente, cumpre dizer que, para alguns, a nomenclatura mais correta seria apenas “dignidade humana”, já que a expressão “dignidade da pessoa humana” conteria um pleonasmo: toda pessoa seria humana.

No entanto as duas nomenclaturas são corretas, mas a primeira representaria o conteúdo para toda a humanidade, e a segunda seria relacionada com a dignidade para a pessoa em si. Sarlet (2005, p. 28) afirma que a primeira tem o “[...] sentido da dignidade reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal (concreta) e a dignidade da

pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento pessoal e moral”. Insta dizer que o sentido a ser adotado nesta dissertação é de garantia de dignidade do indivíduo dentro da sociedade, por meio da igualdade na saúde possibilitada também pelo ressarcimento.

Barcellos (2002, p.104 e segs.) afirma ser necessário falar de dignidade em quatro momentos principais: Cristianismo, Iluminismo, as ideias de Kant e a Segunda Grande Guerra. No primeiro, houve o despertar da solidariedade e da igualdade essencial dos homens; no segundo, deu-se maior crédito à razão humana; o terceiro viu o homem “como um fim em si mesmo”; e o quarto levou à consagração da dignidade, dadas as atrocidades cometidas no período da Segunda Grande Guerra.

Mas será que haveria um conceito do que seja dignidade? Por certo é expressão vaga e indeterminada, que contém uma grande carga valorativa, tornando sua definição um tanto quanto difícil. Novamente Sarlet (2005, p. 16) afirma que “[...] passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal [...]”. De fato, conforme Binbojm (2002, p. 236), “[...] a concepção de bem e de vida digna tem uma dimensão comunitária, constitutiva da própria identidade dos indivíduos [...]”, mas o próprio Sarlet (2005, p. 16) reconhece que a frase acima não resolve o problema do conceito.

Ocorre que, conforme o mesmo autor, é claro que a dignidade existe. Se não se consegue defini-la, num primeiro momento, o fato é que ela é constantemente agredida, o que nos leva a, pelo menos, vivenciá-la, na prática (SARLET, 2005, p. 17).

Continuando em sua análise, Sarlet (2005, p. 19) constata que a dignidade é irrenunciável e inalienável, não havendo como alguém pretender que ela não lhe seja concedida. A pessoa já a tem e, com certeza, pode pretender que ela seja “[...] reconhecida, respeitada, promovida e protegida [...]”. Não pode é ser desconsiderada. No entanto o mesmo doutrinador (2005, p. 22) discorda que a dignidade se passe por uma “qualidade biológica”.

Mas, tratando-se de princípio que deve ser protegido, com certeza também é princípio que deve ser respeitado pelos outros. Nos dizeres de Sarlet (2005, p. 24), “[...] em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da

intersubjetividade e da pluralidade”. E esse sentido é uma construção evolutiva das pessoas e da sociedade, recebendo também sentido cultural (SARLET, 2005, p. 27).

Nos dizeres de Piovesan (2003, p. 390), “Trata-se, o princípio em tela, pela prevalência que lhe concedem os ordenamentos constitucionais que vêm sendo estudados, de verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica”. E a autora explica por que, ao afirmar que

O valor da dignidade humana impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2003, p. 339).

Sarlet (2005, p. 37), ao conceituar definitivamente a dignidade as pessoa humana, afirma que é “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]. Isso levaria a dignidade a ser “[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

No entanto é preciso distinguir dois tipos de dignidade. Maurer (2005, p. 70 e segs.) adota a ideia de dignidade de Hegel, que, nas palavras da autora, apesar de não tratar de dignidade, consegue oferecer uma ideia ao distinguir a noção de “para si” e “em si”. A primeira seria a ideia que cada um tem de dignidade, e a segunda é o conceito de dignidade *em si* mesma. Segundo Hegel, só se tem o conhecimento absoluto, quando há coincidência entre essas duas expressões.

Conforme as definições apresentadas, o que transparece é que a dignidade, ainda que possua um caráter valorativo e axiológico muito grande, é um princípio. Não um simples princípio a nortear a aplicação de normas no ordenamento. É ele, dada a sua característica abrangente, um “*princípio dos princípios constitucionais*”, conforme asseverou Castro (2006, p. 161). Assim,

[...] deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos hodiernos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais (PIOVESAN, 2003, p. 392).

Mas qual é, afinal, a relação entre dignidade e igualdade? Segundo Barreto (2003, p. 131), a igualdade seria uma das faces do princípio da dignidade, assim como a liberdade. Nesse prisma é que se torna imperioso dizer que a igualdade transforma-se em uma relevante bússola a nortear as políticas públicas e proporcionar dignidade (NICZ, 2008, p. 11). Ao mesmo tempo, para garantir outros direitos, a igualdade utiliza-se de valores, sendo um deles “[...] o reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas [...]” (FRISCHEISEN, 2007, p. 47).

Já Maurer (2005, p. 80-81), ao tratar do respeito à dignidade, afirma que a igualdade seria um subelemento. E, mais adiante, completa: “A igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos. É porque cada homem é dotado da dignidade de pessoa que todos são iguais”. Assim, percebe-se que dignidade e igualdade atendem ao mesmo fim: promover uma vida conforme ela deve ser para um ser humano. Enquanto, em alguns momentos, a igualdade provoca dignidade, em outros, é esta que garante aquela. Ou seja,

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas [...] enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direito e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2005, p. 34-35).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana advoga a favor da proteção dos direitos fundamentais, além de ser, ela própria, à semelhança da igualdade, também um direito humano e fundamental consagrado em declarações internacionais e constituições nacionais. A dignidade cumpriria, assim, dupla função: direito fundamental e meio de proteção contra medidas restritivas (SARLET, 2002, p. 123). Dessa forma, a missão da dignidade seria “[...] informar e orientar a interpretação e aplicação do conjunto sistêmico das regras de direito, mercê de sua inexcedível eficácia reitora e corretiva das ações tanto públicas quanto privadas, em sintonia com o ideal maior da justiça solidarista e humanitária” (CASTRO, 2006, p. 175).

Portanto a dignidade seria limitação e dever do Estado e da sociedade, tanto para que ela seja preservada quanto para ser promovida (SARLET, 2005, p. 32-33). Nesse prisma, “[...] a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro [...]”, ou seja, tratar pessoas como objetos na mesma linha de pensamento de Kant e Dworkin, na obra *O domínio da vida* (SARLET, 2005, p. 36). Kloepfer (2005, p. 173-174) já afirmou, falando da Constituição Alemã, mas também aplicável ao Brasil, que

Caracterizador de violação à dignidade da pessoa humana seria, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal, o fato de que ‘o ser humano é exposto a um tratamento que coloca em dúvida, substancialmente, a sua qualidade de sujeito, ou que ocorra, no caso concreto, um menosprezo arbitrário da dignidade da pessoa humana’.

Barcellos (2002, p. 114-115), inclusive, afirmando sobre direitos fundamentais e suas categorias (direitos individuais, políticos e sociais), diz que eles se completam e que “[...] contribuem para a realização da dignidade humana”. E continua, dizendo que “[...] esses bens fundamentais formam imperativos da dignidade humana, não podendo depender da provisão do mercado”. Assim, Melgaré (2006, p. 197-198), conceituando a dignidade como “[...] a absoluta e indisponível ética do ser humano real [...]”, cita Canotilho, que expõe fatores componentes densificadores do princípio da dignidade da pessoa humana, quais sejam

[...]  
 - 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.

No entanto vale dizer que “[...] é na igualdade fundada nas desigualdades humanas, virtuais e justas, que reconhecem a dignidade humana como essência equalizadora de todos os homens, que se elabora o Direito” (ROCHA, C., 1990, p. 45).

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. Tem relação com a igualdade, porque esta, sendo garantida, permite a proteção da dignidade, bem como a dignidade não pode ser violada, sem que se atinja a igualdade. Ambos os conceitos encontram-se vinculados, não se

podendo deixar de pensar em dignidade quando se vem falando de igualdade nos tempos contemporâneos de Estado Democrático de Direito.

#### **2.4.4 Igualdade: uma busca fantasiosa?**

Toda essa noção de que a igualdade pode ser vista tanto como valor, relação, ideologia, direito (inclusive fundamental) e princípio garantidor de direitos fundamentais, promovendo, no Estado Democrático de Direito, justiça social e dignidade humana, não seria uma utopia?

A utopia pode ser identificada como algo existente no campo dos pensamentos, mas que jamais será alcançado no âmbito prático. Pode, também, representar aquilo que se vai atingir em um futuro próximo. Salienta-se que o sentido a ser aqui utilizado será o primeiro, uma vez que a doutrina o utiliza em sua maioria, sem a preocupação de se cair em uma terminologia de “senso comum”.

A discussão parece importante, já que muito se fala em uma utópica igualdade nos dias atuais. A alegação é de que não se conseguirá atingir patamares de igualdade satisfatórios. Mas, se isso acontecerá, para que este estudo? De nada vale o pensamento e a divulgação deste, se, na prática, ele for completamente impossível.

Conforme GARCIA (2005, p. 30), “[...] há quem chame a atenção para a ausência de conteúdo do princípio da igualdade, considerando-o uma fórmula vazia [...], incapaz [...]”. No entanto, pela importância do tema, não pode a questão ser resumida a uma meta inatingível.

Mas quais os patamares a serem atingidos pela igualdade que seriam e que não seriam utopia? Certamente, pensando conforme a ideologia marxista, ou seja, pretendendo a exclusão de classes e a completa e total submissão de todos aos mesmos direitos, não serão conseguidos resultados satisfatórios, conforme a própria História demonstrou com as quedas de grandes economias socialistas.

Bonavides (2003, p. 213) assevera as ideias socialistas na busca pela unanimidade, deixando a entender que a igualdade pode sim ser uma utopia, mas apenas em uma interpretação radical. Para o referido autor, na mesma página, esse era o caso da filosofia defendida por Marx, que

pregava a extinção das classes sociais, a passagem dos meios de produção para “apropriação social” e a desnecessidade do Estado, para se chegar à igualdade absoluta.

Inclusive, o mesmo autor, na mesma página, afirma que havia duas teorias radicais da igualdade: a de Rousseau e a de Marx. A primeira pregava a igualdade jurídica, sem considerar as desigualdades, e a segunda, “[...] aspirando a idêntico resultado, como igualdade material”. Mas afirma que o que queremos, hoje, é uma igualdade relativa pautada no compromisso democrático (2003, p. 213). Esse é também o ponto de vista defendido no trabalho.

Ora, é claro que a igualdade total nunca será conseguida (BASTOS, 2002, p. 187).<sup>2</sup> “Essa igualdade, contudo, a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana (BASTOS, 2002, p. 187). E são muitas as razões para isso, tais como

[...] a natureza física do homem, ora débil, ora forte; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las (BASTOS, 2002, p. 187).

É claro que “Alguns são mais talentosos; outros mais esforçados; outros, ainda, possuidores de um dom especial. A própria habilidade das pessoas não é igual, o que faz com que algumas se insinuem mais e ascendam à posição de mando”. Quer dizer, a realidade se deita pela desigualdade na vida, “[...] mesmo que ela seja a inicial, advinda da própria natureza de cada um. Enfim, o quadro natural predispõe o homem para ser desigual” (BASTOS, 2002, p. 189).

Para Nicz (2008, p. 7), a igualdade material absoluta seria uma utopia. E de que vale ela? Para nada, diriam os doutrinadores. Rocha C. (1990, p. 35), ao tratar das três passagens do princípio da igualdade, quais sejam, o primeiro momento, de desigualdades, depois, o de igualdade forjada e o da percepção da fragilidade formalista, assevera que “A lei que afirma a

---

<sup>2</sup> Evita-se utilizar as palavras “nunca” e “sempre”, em uma pesquisa jurídica, ou mesmo em pesquisas de outras áreas. Sabe-se disso, mas, no entanto, os argumentos para a utilização do “nunca” nessa frase são demasiadamente fortes e irreversíveis. Ademais, como será comentado mais adiante, no próximo capítulo, mesmo que diretamente apenas às empresas de planos de saúde, vive-se em um mundo capitalista, que visa ao lucro e que, pela globalização, acirrou ainda mais a “selvageria do capital”, o que torna uma utopia a possibilidade de igualdade absoluta.

igualdade dos homens não é bastante se não vem acompanhada de instrumentos capazes de torná-la um princípio eficaz”.

“Está claro, pois, que uma exigência geral indiscriminada de que todos sejam tratados de igual maneira só significa que o tratamento dado a cada pessoa deve seguir regras gerais” (ROSS, 2000, p. 331). A partir desse ponto, é preciso refletir bem sobre o assunto, para que seja determinado

se é o caso de se fazer caso omissivo dela, como uma formulação meramente ideológica, juridicamente vazia ou se é possível conferir-lhe significado específico com base num fundamento histórico. Se tal exigência aparece na doutrina, é tarefa da crítica demonstrar sua vacuidade e averiguar o que se quis, possivelmente, dizer com ela (ROSS, 2000, p. 331).

A questão é que, sendo complexa e subjetiva, a igualdade torna-se de difícil conceituação, com muito maior razão quando se leva em consideração o pretendido, que não é a igualdade total, mas um equilíbrio (conforme tópico anterior), a dignidade e a justiça social.

É claro que, por fim, se concorda com Miranda P. (2002, p. 144), quando afirma que “[...] as experiências concernentes à igualdade foram poucas, se bem que suficientes para a convicção de que o movimento igualitário, nascido antes mesmo da liberdade e da democracia, não é utopia”. A utopia se mostra, em alguns momentos da História, por meio de teorias igualitárias exageradas, que não vislumbram concretização. Ao mesmo tempo, “A invocação da violação do princípio da igualdade é, pois, uma constante nos dias de hoje, o que parece ser sintoma de uma renovada vitalidade do princípio” (GARCIA, 2005, p. 30).

Assim, pode-se concluir que a igualdade, em si, como um valor, uma relação na sociedade, um direito e um princípio, de forma alguma pode ser considerada, num primeiro momento, como utopia. Fazer isso seria negar o caráter de direito fundamental da igualdade, bem como sua importância e função como um princípio garantidor e promovedor da justiça social e da dignidade.

Utópicas são algumas teorias, principalmente a do utilitarismo, que, divulgando uma igualdade maximizada, não poderá jamais alcançá-la, dadas as diferenças naturais entre as pessoas, prejudicando, assim, ao invés de ajudar, a importância da igualdade dentro do Estado Democrático de Direito.

### 2.4.5 As faces da igualdade: o utilitarismo, o liberalismo e Ronald Dworkin

Não obstante o conceito de igualdade representar o que o contexto social determina – a promoção de dignidade e justiça social –, há teorias que discordam entre si sobre a forma de aplicar a igualdade, ou, simplesmente, dão ênfase diversa a esse princípio.

Como objeto deste estudo, escolheu-se como corte metodológico discorrer-se sobre as diferenças existentes entre o utilitarismo, o liberalismo, especialmente de John Rawls, e a obra de Dworkin *Virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*, para que, ao final, se conclua que, realmente, Dworkin se apresenta como um liberal igualitarista, ou seja, uma terceira via na interpretação da igualdade social e política (conforme ele mesmo se identifica). Concorda-se com sua teoria e entende-se ser ela a levada a cabo para promover o dever legal de ressarcimento dos planos de saúde em prol da igualdade.

Acrescenta-se o fato de que não é apenas Dworkin a teoria de base do trabalho, bem como não se propõe aqui estudar toda a sua obra jusfilosófica que contém inúmeros assuntos. Estudar-se-ão, apenas, as ideias de Dworkin quanto à igualdade na obra supracitada.

#### 2.4.5.1 O utilitarismo e a maximização utópica da igualdade

A primeira visão a ser estudada quanto a interpretações sobre a prática da igualdade é o utilitarismo. Cumpre-nos, primeiramente, fazer uma distinção em relação a outras nomenclaturas existentes: comunitarismo, socialismo e comunismo. Com efeito, essas expressões representam movimentos e teorias diferentes entre si, bem como diversas do sentido de utilitarismo.

O comunitarismo entende que não há princípios universais. Deve-se analisá-los no seio de cada comunidade. Por fim, entendem os partidários dessa doutrina que “[...] as questões de justiça devem eclodir dentro da própria comunidade, descobrindo as respostas em suas rotinas implícitas”. Desse modo, a justiça das instituições seria viver “[...] com ações centradas no

bem comum” (LOIS, 2005, p. 25). Entende-se que o público existe apenas para atender às demandas dos indivíduos daquela comunidade.

O filósofo Michael Walzer é apontado como um autor do comunitarismo, apesar de alguns o chamarem de liberal-comunitário, como Silva (2001, p. 198). Segundo Walzer, na obra *Spheres of justice*, as pessoas vivem em esferas, e a igualdade deve ser verificada em cada uma delas e não como um todo na sociedade. É o que ele chama de igualdade complexa. Para ele, “Em termos formais, a igualdade complexa significa que nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode definir sua situação em qualquer outra esfera, em relação a qualquer outro bem”<sup>3</sup> (WALZER, 1983, p. 19, tradução nossa). E continua com um exemplo

Assim, o cidadão X pode ser escolhido ao invés do cidadão Y para um cargo político, e assim os dois serão desiguais na esfera da política. Mas eles não serão desiguais em geral, tanto quanto o cargo de X não dê a ele vantagens a mais que Y em qualquer outra esfera – atendimento médico superior, acesso a melhores escolas para seus filhos, oportunidades empresariais, dentre outras<sup>4</sup> (WALZER, 1983, p. 19, tradução nossa).

Assim, “Os comunitaristas perfilham argumentos que se afastam do bem-estar utilitarista e do conservatismo, de um lado, e dos liberais individualistas, ainda que igualitaristas, do outro” (SILVA, R., 2001, p. 220).

Já o socialismo marxista vê qualquer propriedade privada como injusta. Assim, “[...] a justiça marxista requer a socialização dos meios de produção, para que o patrimônio produtivo seja a propriedade da comunidade como um todo ou dos trabalhadores em cada firma” (KYMLICKA, 2006, p. 204-205). Por fim, analisando-se o comunismo, última diferenciação a ser feita, este advoga a completa e total anarquia. A inexistência de um Estado guiando a vida de cidadãos.

Explicadas as diferenças e voltando-se ao objeto de estudo, o utilitarismo, em sua versão clássica, a doutrina aponta Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick como os

---

<sup>3</sup> “In formal terms, complex equality means that no citizen’s standing in one sphere or with regard to one social good can be undercut by his standing in some other sphere, with regard to some other good.”

<sup>4</sup> “Thus, citizen X may be chosen over citizen Y for political office, and then the two of them will be unequal in the sphere of politics. But they will not be unequal generally so long as X’s office gives him no advantages over Y in any other sphere – superior medical care, access to better schools for his children, entrepreneurial opportunities, and so on.”

precursores dessa teoria. Para Sarmiento (2006, p. 277), também Adam Smith pode ser considerado um pensador utilitarista.

No entanto Touchard (1949, p. 15) ensina que “O utilitarismo, portanto, não é peculiar da Inglaterra de Bentham. É fenômeno geral que surge igualmente nos Estados Unidos e em França e de que a glória de Franklin e a de Voltaire (depois de Béranger) constituem as manifestações simbólicas [...]”.

Assim, podemos constatar que, longe de ter sido uma teoria criada apenas na Inglaterra, o utilitarismo surgiu nos séculos XVIII e XIX e se espalhou pelos principais países da Europa e pelos Estados Unidos, certamente dados os avanços anteriores do liberalismo das Revoluções Americana e Francesa, que geraram insatisfações sociais.

Mas o que seria efetivamente o utilitarismo? Segundo Kymlicka (2006, p. 11), “O utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. E, completando, constata que

O bem que ele busca promover – a felicidade, a prosperidade, ou o bem-estar – é algo que todos buscamos na nossa vida e na vida dos que amamos. Os utilitaristas simplesmente exigem que essa busca do bem-estar humano ou utilidade (usarei estes termos como intercambiáveis) seja feita imparcialmente, para todos na sociedade (KYMLICKA, 2006, p. 12).

Oliveira N. (2003, p. 25) afirma que “O utilitarismo, de uma maneira geral, defende que os arranjos sociais sejam tais que maximizem a felicidade plena de seus membros, sem levar em conta como os benefícios e as desvantagens são distribuídos, a menos que afetem o total”. E faz uma crítica a essa doutrina, dizendo que apresenta consequências econômicas “[...] como por exemplo na transferência distributiva de riquezas dos mais ricos para os mais pobres, na proporção em que diminui uma utilidade marginal – os pobres são, nesse caso, efetivamente muito mais favorecidos do que os ricos empobrecidos, dentro de certos limites previsíveis”.

Mas, “Para os partidários do comunitarismo, a sociedade não é uma reunião de indivíduos egoístas. Ela é formada por comunidades que são realidades sociológicas inevitáveis e crises nos quais se forjam valores essenciais para a coesão social”. (NAY, 2005, p. 485). Essa doutrina contém três requisitos, segundo Oliveira N. (2003, p. 26)

*'welfarismo'* (a bondade de um estado de coisas é função apenas das informações sobre utilidade relativas a esse estado), do *'ranking pela soma'* (*sum-ranking*, isto é, as informações sobre utilidade relativas a qualquer estado são avaliadas considerando apenas o somatório de todas as utilidades desse estado) e do consequencialismo.

Quanto ao último requisito, inclusive, significa “[...] que verifiquemos se o ato ou procedimento em questão realmente faz algum bem identificável ou não” (KYMLICKA, 2006, p. 13), ou seja, se há o resultado pretendido com a medida adotada. Mas o resultado, nessa teoria, é a felicidade única e geral a todos.

O próprio Bentham (1979, p. 4) arguia que “Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo [...]”. E, esclarecendo seus pensamentos, afirma que fala em “[...] não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo”. Ou seja, para Bentham, os atos, sejam eles de particulares ou de indivíduos, deveriam levar à felicidade geral. Afirma, ainda, que “Refutar a justeza do princípio da utilidade com argumentos constitui tarefa impossível”, e cria mecanismos para levar as pessoas a entenderem da mesma forma (BENTHAM, 1979, p. 6)

Segundo Sarmiento (2006, p. 278), no utilitarismo “[...] justifica-se o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos”. De fato, o utilitarismo possuiu uma visão um tanto maximizada da igualdade. Como consubstanciar na prática o que seria a felicidade para uma imensa gama de indivíduos (diferentes entre si), dentro de uma sociedade? Em face desses pormenores, a teoria utilitarista sofreu e sofre críticas grandiosas de conteúdo e razão.

Ross (2000, p. 336 e segs.) analisa a teoria utilitarista de Bentham e faz críticas contundentes. Para ele, a teoria indica que “[...] todo esforço humano é um esforço em busca da felicidade”. Mas afirma que, a despeito da ideia de que o homem pode ter ações altruístas, o prazer buscado na teoria seria o prazer próprio, o que não retira a obrigação de se atribuir o mesmo peso ao prazer de todas as pessoas.

A crítica feita é exatamente a já comentada: “Nossas necessidades e desejos diferem qualitativamente e são mutuamente incomensuráveis”. E, em outro trecho, conclui: “A situação verdadeira é que somos movidos por muitas necessidades e considerações diferentes, que se confrontam e lutam num processo irracional de motivação” (ROSS, 2000, p. 339). É por isso, por exemplo, que “[...] o princípio utilitarista é inaplicável em situações de conduta nas quais haja competição de muitas necessidades (interesses, considerações) qualitativamente diferentes” (ROSS, 2000, p. 340).

O mesmo autor, na mesma página, fornece exemplo condizente com o tema proposto no trabalho, ao analisar a postura do mercado. Afirma que “O homem de negócios, por exemplo, apreciará as diferentes possibilidades de investimento de acordo com o benefício calculado, medido em termos de dinheiro [...]”. Desta feita, ele “[...] escolherá entre essas possibilidades a que lhe promete o maior lucro, o que é um claro cálculo de maximização”. Nesse sentido, o ressarcimento não seria legitimado em uma teoria utilitarista, uma vez que a solidariedade que prega, não é condizente com a prática das empresas de planos de saúde, ou seja, não é condizente com a sua completa felicidade, qual seja, a busca pelo lucro apenas.

Assim, ao maximizar os interesses e as necessidades, o utilitarismo é “[...] inadequado para a solução de problemas sociais de distribuição”. Nesse sentido, o aplicado pela fórmula do bem-estar social continuou com os defeitos do utilitarismo: “[...] incomensurabilidade das necessidades e desarmonia dos interesses” (ROSS, 2000, p. 341).

Da mesma forma, o utilitarismo não é condizente com nossa Constituição, já que “[...] não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias”. Na visão utilitarista, “[...] os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral – identificando-se este com os interesses individuais prevalentes em cada sociedade”. Não é o reconhecimento da dignidade implícito nos direitos fundamentais que os garante para os utilitaristas (SARMENTO, 2006, p. 278-279).

“Em suma, para os utilitaristas, o que justifica a garantia de direitos fundamentais é a sua potencial contribuição à maximização da felicidade e do bem-estar geral, e não o reconhecimento da intrínseca dignidade de que são portadores todos os indivíduos” (SARMENTO, 2007, p. 62). “Ocorre que nem sempre a proteção e promoção dos direitos fundamentais leva à maximização dos interesses da maioria” (SARMENTO, 2007, p. 63).

Dessa forma, chega-se à convicção de que, sendo uma maximização utópica de implementação de direitos aos indivíduos, a igualdade não pode jamais, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, ser vista do ponto de vista utilitarista, já que este promove um igualitarismo irreal e inatingível. Tanto é assim que adotar o utilitarismo no presente trabalho e no Estado de Direito Brasileiro seria voltar à igualdade formal do Estado liberal, a qual não detinha aplicação prática, não defendendo o ressarcimento e a igualdade material no direito à saúde.

#### 2.4.5.2 Rawls: liberalismo exacerbado?

Já o liberalismo tradicional, segundo o qual cada um tem a responsabilidade pessoal por sua própria vida, nem sequer toca no assunto da igualdade de forma real. A necessidade da época, por parte da classe dominante (a burguesia), determinava a liberdade. Segundo Bonavides e Andrade (1991, p.92), “Define-se o liberalismo no plano teórico como uma filosofia de liberdade”.

O liberalismo advoga a ideia de autodeterminação. Os liberais entendem que uma pessoa deve viver a sua vida conforme suas convicções pessoais, bem como, se bem entender, criticá-las e modificá-las. Segundo Lois (2005, p. 25), “[...] no plano da promoção, o liberalismo vai propugnar uma separação entre o âmbito público e o privado além de um espaço político neutro e regido por princípio de justiça acordados de forma imparcial”. E, completando, assevera que, nesse regime, há limites para a esfera pública e autonomia privada do indivíduo (e por que não falar para as pessoas jurídicas?).

Nos dias atuais, vivencia-se um neoliberalismo, doutrina que novamente prega a não intervenção estatal nos negócios, mas que teve, no ano anterior, uma quebra em sua evolução, dada a crise financeira mundial, que levou os governos a atuar de forma acirrada na economia, tentando salvar empresas em crise e, com elas, o próprio país.

Como uma vertente mais radical do liberalismo, há também o libertarismo. Segundo Nay (2007, p. 532), ele tem “[...] uma palavra de ordem: combater o despotismo do Estado e

aplicar as regras do mercado ao conjunto da vida social”. Os partidários dessa doutrina criticam o liberalismo puro e simples, que entendem como contendo ideias de igualdade e equidade irrealizáveis e perigosas. Isso porque criticam a sua busca por justiça social, abafando a liberdade dos indivíduos. Ao contrário, entendem que “A sociedade ‘justa’ é naturalmente resultado da ‘liberdade máxima’ e do pleno gozo dos direitos individuais” (NAY, 2007, p.532). Um representante dessa vertente é Robert Nozick, crítico fervoroso de Rawls e Dworkin.

Mas é exatamente a defesa da justiça social e uma forma de coexistência do liberalismo com a igualdade que John Rawls (este de forma precária e enganosa, conforme será demonstrado) e Ronald Dworkin, chamados de novos liberais, defendem. Decerto, quando o liberalismo foi criado, seu rosto perpassava pelas pessoas de Locke e Hobbes. Esses são liberais clássicos, defendendo o liberalismo total, sem qualquer intervenção do Estado, fazendo com que a igualdade ficasse em segundo plano. Naquela época, isso era mesmo justificado: migração de pessoas para a cidade, começo de produção industrial, queda do absolutismo e temor pela sua volta.

Hoje, o liberalismo perpassa por novas vertentes. No entanto, mesmo estando Rawls e Dworkin classificados como liberais igualitários, há diferenças em suas obras, as quais levam à divisão dos dois em categorias distintas no presente estudo.

Rawls, em sua obra *Teoria da justiça*, revolucionou o liberalismo moderno e, até hoje, coleciona seguidores e críticas. Seguindo, de certa forma, a teoria de Kant e seu imperativo categórico, o que Rawls propõe, em suma, é que cada pessoa tem direito à liberdade, que é igual para todos e não há problema nas desigualdades econômicas e sociais, desde que haja vantagem para os menos favorecidos e oportunidade para todos.

Também Rawls, de forma semelhante a Dworkin, tenta encontrar uma alternativa ao utilitarismo. Nos dizeres de Rabenhorst (2008, p. 96), “[...] podemos dizer que o principal escopo de Rawls é desenvolver uma alternativa ao modelo utilitarista da justiça que pensa esse conceito tão somente como maximização do bem-estar coletivo”.

Rawls é crítico ferrenho da visão utilitarista porque, segundo Rabenhorst (2008, p. 96), “[...] (1) ela pode, ao menos em princípio, justificar o sacrifício das minorias em favor do bem-estar de todos; (2) ela é insensível aos aspectos distributivos da justiça, como também à idéia [*sic*] de que os indivíduos possuem um valor não instrumental”.

Segundo Oliveira (2003, p. 11), falando da teoria de Rawls, “A questão do igualitarismo e o desafio de resolver as crescentes desigualdades sociais no seio do capitalismo tardio permeiam, decerto, o desenvolvimento de sua filosofia”.

Rawls apresenta dois grandes princípios-bases de sua teoria: princípio da igualdade e princípio da diferença. Com relação ao primeiro, quer dizer que todos têm direito a igual liberdade, ou seja, iguais direitos civis e políticos. Já o segundo afirma que as desigualdades sociais e econômicas devem privilegiar os mais pobres. Mas como? Garantindo que eles estejam em condições melhores para se chegar à igualdade de oportunidades com os mais favorecidos (RABENHORST, 2008, p. 97). Rawls argumenta uma posição original, que é

“[...] a situação hipotética na qual as partes contratantes (representando pessoas racionais e morais, isto é, livres e iguais) escolhem, sob um ‘véu da ignorância’ (veil of ignorance), os princípios de justiça que devem governar a ‘estrutura básica da sociedade’ (basic structure of society). Afirma que essa estrutura determina atuação das instituições” (OLIVEIRA, 2003, p. 14).

Para ele, da mesma forma que Dworkin, criando-se uma situação hipotética de igualdade inicial, as pessoas cooperariam em relação às decisões da sociedade e do governo. Nas palavras de Rabenhorst (2008, p. 97), com isso Rawls pretendia demonstrar que “[...] a justiça se refere, antes de tudo, às instituições que são responsáveis pela distribuição dos bens sociais”.

Rawls “apresenta a possibilidade da existência de bens primários sociais que seriam direitos e liberdade, oportunidades e poderes, rendimento e riqueza que todos os integrantes de uma mesma sociedade desejariam”. Para ele, o acesso a esses bens primários ensejaria a igualdade de oportunidades para que cada pessoa, na sua esfera de liberdade, realizasse os seus desejos (FRISCHEISEN, 2007, p. 31).

Os estudos de Rawls, entretanto, lhe geraram as mais variadas críticas, talvez por estar, assim como Dworkin, apontando para uma terceira via. As críticas a Rawls provêm de todos os

lados. Os comunitaristas e os utilitaristas o criticam, os libertários e os liberais nas bases antigas também, bem como o próprio Dworkin.

Segundo Rabenhorst (2008, p. 97), “Liberais ortodoxos estimam que a visão rawlsiana seria incompatível com a tradição liberal à qual ela diz pertencer”. Já os comunitaristas, conforme já explicado acima, “[...] acreditam que a justiça só pode ser pensada no âmbito específico de cada cultura, e que a prioridade acordada por Rawls aos direitos individuais seria exercida às custas de outras virtudes importantes de cada comunidade moral ou política” (RABENHORST, 2008, p.97).

Nas palavras de Barcellos, Walzer critica Rawls, dizendo da “[...] supervalorização do elemento individualista do homem [...], bem como seus corolários: a visão do indivíduo desenraizado e só, sem consideração de que, boa parte do que ele é decorre do perfil da comunidade na qual se insere” (2007, p. 119).

Nozick, representante dos libertaristas, rebate ferrenhamente as ideias de Rawls. Segundo ele, elas são “ilusões perigosas”, não sendo capazes “[...] nem de promover o bem-estar coletivo, nem de proteger eficazmente os mais desfavorecidos” (NAY, 2007, p.533). E complementa, nas palavras de Nay (2007, p. 533):

[...] ele só faz tornar aceitável um sistema profundamente inegalitário onde os interesses dos abastados são de qualquer maneira protegidos e onde são as classes ‘médias’ que se aproveitam mais das redistribuições. Pior, ele convida aqueles que estão embaixo da escala social a cooperar ativamente com um sistema que os mantenha na precariedade.

Kuntz (2005, p. 144) faz críticas a Rawls, de forma indireta, pois se dirige aos liberais posteriores a Locke, dizendo que “A maioria de seus herdeiros (do liberalismo clássico de Locke) não foi tão refinada. Cada um a seu modo, porém, os grandes pensadores liberais deram um jeito de livrar-se da carga incômoda ou, senão, de ajeitá-la sem atrapalhar muito os valores do capitalismo”. O autor afirma que essa preocupação passou, pois veio o neoliberalismo, sendo o triunfo do “mais bronco darwinismo econômico”. Rawls responde, dizendo que sua teoria é neutra às já existentes e que é apenas razoável, não criticando, nem aceitando outras teorias (BITTAR, 2008, p. 98).

No entanto uma coisa é certa: apesar de parecer que Rawls defende a igualdade acima de tudo, em um certo utilitarismo abrandado, não é bem assim. Segundo Rabenhorst (2008, p. 97), em havendo conflito entre os direitos civis e políticos e o princípio da diferença, o primeiro prevalece, ou seja, “[...] as liberdades fundamentais têm prioridade absoluta e elas não podem ser sacrificadas ou negociadas em proveito de benefícios sociais ou econômicos”.

Nas palavras do próprio Rawls (2003, p.61), devemos nos lembrar que o princípio da diferença está subordinado aos princípios da justiça, quais sejam garantia da igualdade nas liberdades básicas e ao princípio da justa igualdade de oportunidades.<sup>5</sup> Então, quer dizer que Rawls defende a liberdade como primeiro direito, ou seja, é um liberal exacerbado, ao contrário do que se pretende defender no presente trabalho e ao contrário do que se vislumbra do ordenamento constitucional brasileiro.

Assim, percebe-se que Rawls tenta criar uma teoria da justiça, no intuito de sopesar liberdade com igualdade, mas acaba se inclinando para o mais puro liberalismo, não dando a entender o que seria feito em sua sociedade, se a capacidade de cada um não lhe permitisse chegar à melhor oportunidade, que lhe igualaria com os mais ricos.

Ao que parece, a teoria de Dworkin responde tal pergunta, sendo a mais acertada e a que contém menos falhas, ou inclinações ao liberalismo exacerbado, levando a uma ideia igualitarista não utópica, mas factível, perfeitamente condizente com a solidariedade social e a igualdade buscada para a saúde, com o ressarcimento.

#### 2.4.5.3 Dworkin e a divisão de responsabilidades

Dworkin é o sucessor de H. L. A. Hart, na Universidade de Oxford, mas, ao contrário desse professor, é ferrenho combatente do positivismo jurídico, pois acredita não haver separação entre moral e direito (RIBEIRO, G., 2002, p. 287).

---

<sup>5</sup> “Recall that it is subordinate to both the first principle of justice (guaranteeing the equal basic liberties) and the principle of fair equality of opportunity”

Analisando-se mais detalhadamente a obra de Dworkin quanto à igualdade, pode-se constatar que ele pensa diferente de Rawls. Em primeiro lugar, já na introdução, afirma que não se pode virar as costas para a igualdade. Ela é importante. Em suas palavras,

Nenhum governo é legítimo se não demonstrar igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais objetive dominação e dos quais busque fidelidade. Igual consideração é a virtude soberana de uma comunidade política, sem a qual o governo é apenas tirania – e quando a riqueza de uma nação é muito desigualmente distribuída, como é a riqueza de muitas nações prósperas, então sua igual consideração é suspeita<sup>6</sup> (DWORKIN, 2001, p. 1, tradução nossa).

Na obra *Virtude soberana*, Dworkin (2001, p. 1) comenta que faz parte de uma terceira via: nem liberalismo, nem utilitarismo. Afirma, ainda, na mesma página, que a igualdade é “the endangered species of political ideals”, ou seja, a igualdade é ameaçada entre os ideais políticos. Antes, segundo ele, liberais e políticos de centro entendiam a liberdade como utópica. Mas surge uma terceira via, que não deixa a igualdade à mercê de um mercado, mas também entende por rejeitar a divisão equânime da riqueza de uma nação.

Nas palavras de Ribeiro G. (2002, p. 287), falando de Dworkin, “[...] o mercado não deve funcionar livremente, já que nem todas as desigualdades (tais como as diferenças de talento e herança) são defensáveis do ponto de vista da justiça”. Cita as medidas de redistribuição de renda e de assistência social financiada pelos impostos.

Dworkin (2001, p. 7) entende que a nomenclatura “third way” (terceira via), de que muitos pensadores estão ansiosos por se autorrotular, é, muitas vezes, criticada – “as merely slogans lacking substance” (apenas *slogans* sem substância) –, mas são rótulos importantes, porque ele mesmo irá tentar um meio termo entre os liberais e utilitaristas, uma conciliação entre as teorias. Se isso for uma terceira via, diz ele, então ele mesmo participa dela.

De fato, não concorda com nenhuma das duas posições acima identificadas (utilitarismo e liberalismo, mesmo na vertente de Rawls). Para ele, a igualdade deve ser vista não só como responsabilidade pessoal, mas também como responsabilidade estatal e social, ou seja, advoga o autor a divisão de responsabilidades na sociedade, em uma visão claramente pertencente ao

---

<sup>6</sup> “No government is legitimate that does not show equal concern for the fate of all those citizens over whom it claims dominion and from whom it claims allegiance. Equal concern is the sovereign virtue of political community without it government is only tyranny – and when a nation’s wealth is very unequally distributed, as the wealth of even very prosperous nations now is, then its equal concern suspect.”

Estado Democrático de Direito já explicitado no tópico 2.2.4 deste trabalho e, portanto, condizente com a justiça social e a solidariedade, conforme defendeu-se.

Assim, entende que a igualdade é questão das mais complexas e perigosas. Para ele, a visão antes relacionada ao utilitarismo teve sua rigidez abrandada, bem como a solidez dos pensamentos liberais se curvou ao clamor por igualdade. Mas uma coisa é certa: não há governo que se justifique legítimo sem a defesa e a implantação da igualdade. Na obra *Uma questão de princípio*, Dworkin já falava em um liberalismo baseado na igualdade, exigindo-se do governo um tratamento equânime para todos.

Assim, Dworkin apresenta dois princípios com os quais trabalha para desenvolver sua teoria sobre a igualdade: princípio da igual importância (é importante para cada vida humana que sua vida seja bem sucedida) e princípio da responsabilidade especial (a pessoa tem responsabilidade por sua vida) (DWORKIN, 2001, p. 5). No entanto, quanto ao primeiro princípio, ele “[...] requer que as pessoas ajam com igual consideração em relação a alguns grupos de pessoas em certas circunstâncias”<sup>7</sup> (DWORKIN, 2001, p. 6, tradução nossa).

Quanto ao segundo princípio, ele entende que cada pessoa tem o direito de ter a vida que escolheu e que ninguém tem, ao contrário, o poder de impor qual é a vida certa para ela. No entanto há a ressalva de que a liberdade não pode vir sozinha, pois “O chamado ‘direito de liberdade’ é um conceito errôneo que cria a aparência de conflito entre a liberdade e outros valores. Neste sentido, qualquer medida adotada em prol da igualdade entre indivíduos, por exemplo, passa a ser entendida como violação da liberdade de terceiros” (RIBEIRO, G., 2002, p. 288-289). É nesse sentido que os princípios citados por Dworkin devem vir juntos.

Dworkin comenta que, às vezes, é difícil, sob o ponto de vista do utilitarismo, um governo adotar medidas antipopulares, mas necessárias, simplesmente porque o utilitarismo vislumbra o grau de felicidade da sociedade. Mas, ao contrário, não se pode ter igualdade como sendo igualdade de bem-estar: tudo o que a pessoa deseja (com o que se satisfaz e se sente feliz), o Estado ou a sociedade deve prover para que todas as pessoas tenham a mesma medida de felicidade e sejam iguais.

---

<sup>7</sup> “[...] require people to act with equal concern toward some groups of people in certain circumstances.”

Isso porque não há como chegar a essa igualdade, já que as pessoas têm gostos diferentes e diversos e vão sempre desejar algo mais para sua felicidade, uma vez que a felicidade e os gostos são completamente subjetivos, não se conseguindo um parâmetro para saciar toda a sociedade. Se uma pessoa fica feliz com ovo de tarambola (diz Dworkin), ou com um Stradivarius (marca famosa e cara de violinos), o Estado só garante sua felicidade igualmente com os outros, se der isso a ela, e, dessa forma, corre o risco de não poder dar o básico a outras pessoas, que ficam infelizes e desiguais. Isso seria tentativa de utilitarismo (igualdade de bem-estar), e, dessa forma, nessa sociedade, as pessoas se entregam ao ócio e ao desestímulo. Assim,

[...] igualdade absoluta e indiscriminada não é apenas um valor político fraco, ou um valor que seja facilmente substituído por outros valores. Não é um valor de qualquer modo: não há nada a ser dito por um mundo no qual aqueles que escolhem o lazer, embora possam trabalhar, são recompensados com o produto daqueles que trabalham<sup>8</sup> (DWORKIN, 2001, p. 2, tradução nossa).

Dworkin defende a Teoria de Recursos: nela, o Estado garante uma renda igual para todos os cidadãos, independentemente de seus gostos, e, com ela, eles fazem “apostas”, adquirindo o que gostam e o que querem em um leilão imaginário, de modo que todos têm as mesmas chances de adquirir o que gostam e o que querem, de ganhar e de perder, de ter mais ou menos que outros no futuro e, dessa forma, ficam satisfeitos, ou tristes por não conseguirem, mas ambos os sentimentos são por seus próprios méritos.

De forma semelhante a Rawls, em uma posição original em que não têm nada, as pessoas recebem a mesma quantidade de recursos (como no exemplo em que Dworkin se utiliza de pessoas abandonadas em uma ilha, sem qualquer recurso, e se faz, primeiramente, uma distribuição de conchas para que os indivíduos possam adquirir o que querem, em um leilão imaginado pelo autor) e podem adquirir as coisas de que gostam sem retirar recursos dos outros.

Uma sociedade dessas é uma sociedade dinâmica e feliz, em que ninguém consegue ter inveja de ninguém, porque todas as pessoas obtêm iguais recursos para satisfazer seus gostos e, como estes não são iguais de pessoa para pessoa, podem umas ter mais que outras, mas estão felizes da mesma forma, porque a sua concepção de felicidade foi respeitada.

---

<sup>8</sup> “[...] flat, indiscriminate equality is not just a weak political value, or one that is easily overridden by other values. It is no value at all: there is nothing to be said for a world in which those who choose leisure, though they could work, are rewarded with the produce of the industrious.”

Ocorre, no entanto, que as pessoas podem ter “má sorte” como resultado do “acaso” ou “má sorte” por terem escolhido um determinado caminho que se mostrou errado. A má sorte casual traduz-se, por exemplo, em ser acometido por uma doença que qualquer um teria. Restariam as pessoas, assim, desiguais, mas Dworkin afirma que, se essas pessoas fizeram seguro (em um mercado de seguros imaginário do autor), isso as retornaria à posição de iguais. A má sorte por opção é errar em algum negócio feito e, dessa forma, como consequência, ficar sujeito a duas possibilidades: ter prejuízo e arcar com as responsabilidades de seus atos ou possuir seguro e recuperar o que perdeu.

Também em uma mesma sociedade, as pessoas podem ter talentos diversos, e, se uma tiver um talento que outra pessoa inveje, haverá a desigualdade e inveja nessa sociedade. Assim, Dworkin enfatiza a necessidade de impostos sobre a renda, para compensar a falta de talento de alguns. Segundo Ribeiro G.(2002, p. 28), Dworkin afirma que

[...] cabe ao governo e à comunidade oferecer uma igualdade de recursos (*equality of resources*) a todos os cidadãos de modo a propiciar meios para a execução dos projetos particulares. Contudo, só isto não basta. A diferença de talento e de sorte entre os indivíduos pode gerar desigualdades que afetariam o objetivo inicial de tratar todas as pessoas com igual respeito. Assim medidas compensatórias devem ser estabelecidas para os que não obtiverem sucesso no manejo de seus recursos. Essas compensações tomam a forma de um sistema de tributação que recairia sobre os bem-sucedidos, cujos recursos seriam aplicados em métodos de redistribuição direta, em oportunidades de trabalho ou em amparo médico.

Assim, num processo de redistribuição como, por exemplo, no caso de uma renda mínima e de um imposto, estes “[...] devem ser vistos não como violações da liberdade daqueles sobre os quais recaem as obrigações correspondentes, mas como correções legítimas do processo de distribuição dos bens” (RIBEIRO, G., 2002, p. 290). Nas palavras de Dworkin (2001, p. 4, tradução nossa),

Devemos desejar uma teoria plausível de todos os valores políticos centrais – da democracia, da liberdade e da sociedade civil tanto quanto da igualdade – que mostre que cada um deles vem e reflete nos demais, uma teoria que considere a igualdade, por exemplo, não apenas como compatível com a liberdade, mas como um valor que alguém que preze a liberdade também prezaria.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> “We should hope for a plausible theory of all the central political values – of democracy, liberty, and civil society as well as of equality – that shows each of these growing out of and reflected in all the others, an account that conceives equality, for example, not only as compatible with liberty but as a value that someone who prized liberty would therefore also prize.”

Dworkin também comenta sobre a igualdade política e a igualdade de vida em geral, fazendo apontamentos sobre ações afirmativas e saúde, dentre outros assuntos práticos. Quando Dworkin apresenta os seguros, e até mesmo os impostos como meios de se fazer uma redistribuição de recursos, está salvando a igualdade. Em outras palavras, “[...] sua preocupação por preservar a igualdade dos direitos pôde ser interpretada como um convite a um intervencionismo maior do Estado para corrigir as desigualdades socioeconômicas observadas na sociedade americana” (NAY, 2007, p. 501).

Em suma, Dworkin faz parte da chamada Filosofia Prática, a qual, segundo Rabenhorst (2008, p. 95), “[...] é uma *filosofia normativa* que busca dizer o que é moralmente correto ou politicamente recomendável”. Muito criticada no século XX, por seu retorno, de certa forma, a uma metafísica dos antigos, propondo “[...] ‘o que devemos fazer’[...]” (RABENHORST, 2008, p. 95). Ela só voltou a tomar parte do cenário filosófico na década de 1970 e foi por muitos identificada à obra de Rawls *Uma teoria da justiça*, identificada como o marco dessa reviravolta de positivismo para uma teoria baseada em valores.

No entanto o próprio Dworkin, em sua obra *Sovereign virtue (Virtude soberana)*, já acima citada, reconhece importantes distinções entre a sua teoria e a defendida por Rawls. Apenas como um exemplo, para Dworkin,

Se fizermos amplamente uma distinção entre as teorias da igualdade de bem-estar e de recursos, o princípio da diferença [uma das bases da teoria de Rawls] é uma interpretação da igualdade de recursos.

Mas é, contudo, uma interpretação bem diferente da nossa concepção. Do ponto de vista de nossa concepção, o princípio da diferença não está suficientemente terminado em diversos aspectos. Existe um grau de arbitrariedade concedido na escolha de qualquer descrição do grupo em pior situação, que é, de qualquer forma, um grupo cujas fortunas só podem ser registradas por meio de alguma média mítica ou de um membro representativo daquele grupo. Em especial, a estrutura parece insuficientemente sensível à posição das pessoas com deficiências naturais, físicas ou mentais, que não constituem, em si, um grupo em pior situação, pois este é definido economicamente e, portanto, elas não poderiam contar com um representante ou membro médio de tal grupo<sup>10</sup> (DWORKIN, 2001, p. 113, tradução nossa).

---

<sup>10</sup> “If we distinguish broadly between theories of equality of welfare and of resources, the difference principle is an interpretation of equality of resources.

But is nevertheless a rather different interpretation from our conception. From the standpoint of our conception, the difference principle is not sufficiently fine-tuned in a variety of ways. There is a conceded degree of arbitrariness in the choice of any description of the worst-off group, which is, in any case, a group whose fortunes can be charted only through some mythical average or representative member of that group. In particular, the structure seems insufficiently sensitive to the position of those with natural handicaps, physical or mental, who do not themselves constitute a worst-off group, because this is defined economically, and would not count as the representative or average member of any such group.”

Portanto, Dworkin afirma que “A igualdade de recursos, pelo contrário, seria sensível às diferenças quantitativas, exatamente como os que se opõem à teoria de Rawls, nesse caso, acreditam que deveria prevalecer”<sup>11</sup> (2001, p. 115, tradução nossa). Assim, Rawls seria um liberal e não liberal igualitarista, uma vez que em sua teoria, deixa à própria sorte, conforme Dworkin afirma, as pessoas com deficiência naturais que não se encontram enquadradas no grupo definido como economicamente desfavorecido.

De forma diversa, mas ainda criticando Rawls, Nay (2007, p. 500) afirma que, “R. Dworkin censura igualmente os trabalhos de J. Rawls por não se afastar do utilitarismo liberal clássico”. Isso realmente pode ser verdade, porque, em sua obra, Dworkin, (2001, p. 115, tradução nossa) assevera que

Rawls, por outro lado, supõe que o princípio da diferença vincula a justiça a uma classe, não como uma questão de segunda opção prática para acomodar alguma versão mais profunda de igualdade que seja, em princípio, mais individualizada, mas porque a escolha na posição original, que define o que é justiça mesmo na parte inferior, estaria organizada, por motivos práticos, em termos de classe desde o início.<sup>12</sup>

De qualquer sorte, sendo porque a Teoria de Rawls pretende um liberalismo exacerbado, mesmo que disfarçado, conforme entende-se nesse trabalho, sendo porque ela se rende ao utilitarismo, é diversa da teoria dworkiana.

Nesse prisma, uma concordância com as concepções dworkinianas sobre a igualdade se faz inevitável, pois sua teoria chega ao entendimento de que a igualdade não precisa ser o máximo de bem-estar a todos os cidadãos, sem que eles lutem por isso dentro da sociedade, favorecendo-se o ócio, o que geraria uma certa falta de motivação na sociedade. Também não é necessário que as pessoas estejam jogadas à sua própria sorte como defende o liberalismo, ou o mais radical libertarismo, justificando-se qualquer ação ou liberdade como valor superior à igualdade.

---

<sup>11</sup> “Equality of resources, on the contrary, would be sensitive to quantitative differences of Just the sort that those Who object to Rawls’s theory on that account believe should matter.”

<sup>12</sup> “Rawls, on the other hand, assumes that the difference principle ties justice to a class, not as a matter of second-best practical accommodation to some deeper version of equality which is in principle more individualized, but because the choice in the original position, which defines what justice even at bottom is, would for practical reasons be framed in class terms from the start.”

A igualdade pode, sim, depender de uma responsabilidade pessoal, de um esforço pessoal, mas também depende de que o Estado (uma vez que se abre mão da liberdade para formar um contrato social e dar poderes a um ente que organizaria a vida em sociedade, na concepção rousseauiana) tenha uma consciência igualitária e de solidariedade, buscando a igualdade dos cidadãos e podendo, para isso, determinar normas de cumprimento dessa igualdade pelos demais segmentos da sociedade.

Assim, Dworkin parece entender uma divisão de responsabilidades entre o público e o privado. Poder público e sociedade engajados para se chegar à igualdade. Mas ele também desenvolve sua teoria no sentido de que a igualdade, na prática, é atingida pela consciência da diferença em uma sociedade e pela tentativa de atenuação dessas diferenças, com o fim de se chegar à universalidade de igualdade, conforme o sentimento de cada indivíduo.

Por fim, transcrevendo-se os dizeres de Bonavides (2008, p. 378), percebe-se o casamento perfeito com a tentativa da teoria de Dworkin em implantar igualdade na prática. O referido autor assim afirma: “Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo”.

Vale, ainda, dizer, em conformidade com a teoria dworkiniana, que, “Sem certa igualdade, todo o mecanismo social é reduzido a instrumento dos que têm mais poder (religioso, político, econômico, moral)” (MIRANDA, P., 2002, p. 100). E, segundo Nay (2007, p. 501), “[...] a ‘igualdade de respeito e de consideração’ da parte do Estado para com seus cidadãos constitui um direito que é impossível defender. Ela é o princípio essencial da justiça”.

#### **2.4.6 Igualdade: *status* positivo e negativo**

Estudada a teoria que se defende para a igualdade e analisadas as possibilidades para se chegar à sua prática sem cair em utopias, pode-se verificar que a igualdade não é conseguida apenas pela abstenção de atitudes, mas, e principalmente, pela posição ativa do Estado, dos entes privados e de todos dentro de uma sociedade, em uma verdadeira divisão de responsabilidades.

O princípio da igualdade encontra sua feição na reivindicação de que os casos iguais sejam tratados de forma igual. Foi Rui Barbosa o autor da ideia de tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Segundo Gonçalves (1999, p. 28), isso proíbe que a lei exprima comandos que, direta ou indiretamente, favoreçam ou desfavoreçam pessoa ou pessoas determinadas. Essa uniformidade é, em geral, atendida pela generalidade da lei, aplicando-se esta a quem quer que se encontre ou venha a se encontrar na situação típica que, por hipótese, a lei leva em conta.

A igualdade também denota proibição da discriminação injustificada, ou seja, quando for necessário discriminar para igualar, a lei deverá optar por esse procedimento. No entanto há diferença entre diferenciação e discriminação. A primeira é justificada em prol da justiça e da igualdade de todos. A segunda, injustificada, porque favorece a desigualdade.

De fato, essas atitudes pretendem atingir o duplo objetivo da igualdade: “[...] de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha inculcado em artigo subordinado à rubrica constitucional ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos” (MELLO, 2008, p. 23). Assim, “[...] a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação, como o desafio de promover a igualdade (PIOVESAN, 2003, p. 203).

Dessa forma, a igualdade, para ser efetivamente garantida, precisa da abstenção de atitudes, bem como da ação por parte do governo e dos particulares. Mas, segundo Frischeisen (2007, p. 18), “[...] ainda que apliquemos em casos semelhantes a regra da igualdade com regularidade necessária para que seja de fato uma regra, as concepções sobre quais os critérios que devem estipular a categoria semelhante podem modificar a solução final do problema”. Essa construção de quem é igual a quem, a autora chama de igualdade construída (p. 19), ou seja, a igualdade deve ser construída dentro de uma sociedade. Dessa forma,

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 2008, p. 17).

Mello, na mesma obra e página, acrescenta que os três critérios para diferenciação, sem quebra da isonomia, são: o elemento tomado como fator de desigualação; correlação abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e a consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados, com o cuidado de que o critério válido para hoje pode não valer amanhã, em função da evolução da sociedade. E, concluindo, afirma que

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição (MELLO, 2008, p. 22).

Assim, “[...] não se dá a negativa absoluta de que sexo, raça, cor, idade ou credo sejam fatores de desigualação”. O que se nega é o juízo anterior em relação a essas características, “[...] e sem qualquer correlação lógica, racional e imediata com o interesse protegido do sistema” (ROCHA, C., 1990, p. 71).

O que se está asseverando é que, algumas vezes, deve-se discriminar para igualar, conforme verificado com as famosas Ações Afirmativas, criticadas por muitos, mas, em geral, bem vistas na doutrina, por transparecer o caráter positivo da igualdade. Essas são ações governamentais que, a exemplo das cotas em universidades para negros e pessoas desfavorecidas economicamente (advindas de escolas públicas), pretendem promover a inclusão de segmentos historicamente excluídos da sociedade, bem como compensar as falhas econômicas do regime capitalista desregrado.

A verdade é que “Não há critério que possa ser, abstrata e definitivamente, tido como impossível de se erigir como diferenciador, nem há qualquer um que possa ser considerado, também aprioristicamente e em caráter terminativo, como sempre justo para ser aproveitado como diferenciador” (ROCHA, C., 1990, p. 45). Rocha C., utiliza o exemplo da discriminação por cor, que pode ser negativa ou positiva (ações afirmativas como, por exemplo, cota para negros em universidades) (1990, p. 45). Pra ela, já na página 46, “Qualquer fator diferenciador que não possa ser vinculado, objetiva e logicamente, ao fim pretendido pela norma jurídica e que será, insuperavelmente, o de conferir tratamento igual para a justiça da situação protegida, considera-se inválido”. Assim, depende-se da situação

(ROCHA, C., 1990, p. 47). Dessa forma, os dois *status* da igualdade estão determinados, quais sejam:

[...] além de não ser permitida a criação de situações discriminatórias e preconceituosas que marginalizem alguns da esfera de subsunção aos direitos e de aquisição e aproveitamento dos bens, obriga-se o Poder Público, no exercício de qualquer de suas atividades, a romper diferenças sócio-econômicas [*sic*] e políticas que distingam os homens em sua essência, em seu berço humano e em seu destino digno, fazendo-o necessária e impreterivelmente, em sua atuação concreta e diuturna (ROCHA, C.,1990, p. 44).

Ou, em resumo, o trabalho da igualdade deve ser “[...] um, negativo, o de destruição dos julgamentos de valor, que estabelecem a desigualdade; outro, positivo, o de substituição desses julgamentos de valor por outros julgamentos, mas perto dos ‘fatos’, que assegurem a igualdade” (MIRANDA, P. 2002, p. 577).

Nos dizeres de Moralles (2006, p. 87), o princípio da igualdade “[...] significa que todos devem ser iguais não apenas perante a lei (igualdade formal), mas sim que as leis devem buscar diminuir as desigualdades sociais e econômicas”. Assim,

Afirmar a igualdade entre as pessoas não significa ignorar suas diferenças intrínsecas ou escolhidas como pertencimento a uma determinada comunidade étnica ou grupo social [...] mas não permitir que estas diferenças sejam fundamento para negar o acesso a bens e direitos considerados universais em determinada sociedade (FRISCHEISEN, 2007, p. 20).

E dentre os bens universais, conforme, inclusive, cita Frischeisen (2007, p. 20), pode ser encontrada a saúde como direito constante da Constituição Federal e, diga-se de passagem, direito humano e fundamental (conforme será verificado), equiparado ao princípio dos princípios: a dignidade da pessoa humana.

Não se pode falar aqui, é claro, que a determinação de ressarcimento pelos planos de saúde ao Estado, por promover a igualdade com aqueles que não têm plano de saúde (conforme se defende), seja uma das ações afirmativas. Mas, de qualquer forma, denota a ação positiva do Estado (edição de lei determinando o ressarcimento), o *status* positivo que deve possuir a igualdade, na tentativa de frear o poderio econômico e garantir a própria igualdade. Isso, porque a função social do princípio da igualdade é garantir “justiça material socialmente pretendida”(ROCHA, C., 1990, p. 43).

### 2.4.7 Igualdade e liberdade: conceitos não antagônicos

Após a análise das interpretações da igualdade e do fato de que ela, para ser perquirida no Estado Democrático de Direito, precisa tanto de ações positivas quanto negativas do Estado e dos entes privados, em uma visão de “divisão de responsabilidades” de Dworkin, importante é verificar a relação entre igualdade e liberdade. Seriam esses dois direitos e princípios antagônicos? Ou, explicando-se ainda melhor: havendo igualdade em uma sociedade, isto é incompatível com a liberdade dos cidadãos, da sociedade e do mercado?

É claro que o conceito de liberdade e igualdade é diverso. Nas palavras de Bobbio (1997, p. 13), “[...] a liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres”. Mas isso não quer dizer que não possam viver em harmonia.

Rousseau, na obra *O contrato social* (1997, p. 35-36), ao referenciar-se ao pacto social que cada indivíduo faz para viver em sociedade e sob um Estado, afirma que, em determinado momento, os indivíduos escolhem, por vontade própria, abrir mão de um pouco de liberdade, para garantia conjunta de outros direitos, o que remonta à igualdade.

De fato, na vigência do Estado Liberal, como o próprio nome afirma, a liberdade era o princípio por excelência, dado o temor da volta ao Absolutismo e dado o fato de que a burguesia não confiava no Estado (porque dele ainda não participava) para evolução de seus negócios. A igualdade era apenas formal, como já afirmado, e jamais material, uma vez que esta última não condizia com a liberdade perquirida pela classe dominante.

No entanto a igualdade ganhou força no Estado Social de Direito, em detrimento, muitas vezes, da liberdade restringida e até completamente retirada por regimes autoritários. Hoje, dentro do Estado Democrático, esses extremos não mais acontecem. Nos dizeres de Bonavides (2008, p. 378),

A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica

para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.

E o mesmo autor, em outra obra (2003, p. 220), completa, dizendo que a limitação do Estado por parte da igualdade, e, pode-se acrescentar, também da atuação dos particulares, é que gera a liberdade real e a igualdade material, evitando regimes ditatoriais, ou seja, “A eficácia dessa limitação é que faz o Estado Social ser um Estado de Direito, em inteira harmonia com o princípio da liberdade, o que não ocorre com o Estado social dos ordenamentos totalitários”.

É a igualdade que compatibiliza a liberdade de uma pessoa com a liberdade de todos os demais na sociedade, fazendo com que todos tenham o mesmo quinhão de liberdade. Assim, a liberdade é vista “[...] segundo um ‘princípio de igualdade’ que se mostra em duas faces: como direito de liberdade inato e igual para todo ser racional e como limitação igual para todos” (PEDRA, 2005, p. 203). Citando Silva, liberdade e igualdade substancial são valores democráticos, pois, falando-se especificamente da segunda, sem ela, os demais valores não se verificarão (PEDRA, 2005, p. 204).

Assim, não há como afirmar a existência de contradição entre liberdade e igualdade, pois “[...] *em vez de haver antagonismo, ou impossibilidade, entre as liberdades, a democracia e as regras de fundo sobre maior igualdade, o que existe é mútua sustentação das três, necessária solidariedade entre elas, sempre que se trate de conservá-las e de melhorá-las*” (MIRANDA, P., 2002, p. 141, grifos do autor).

A relação entre igualdade e liberdade faz parte de “[...] valores fundamentais da convivência e princípios de uma ordem jurídica traçada segundo a inspiração de um ideal de justiça, paz e segurança” (BONAVIDES, 2003, p. 210). E esse ideal, como já verificado, faz parte do Estado Democrático de Direito, levando à afirmação de que “[...] a prevalência da liberdade sobre a igualdade, ou o inverso, não guarda coerência com o ideal democrático que se põe ao modelo estatal contemporâneo” (ROCHA, C., 1990, p. 48).

E por serem, além de princípios informadores da ordem estatal atual, ou, para citar Rocha C. (1990, p. 50), “[...] binômio que ao Direito compete fazer valer como pedras de sustentação do seu sistema fundamental”, também, direitos fundamentais, precisam inter-relacionar-se, uma vez que apenas dessa forma garantem a sua efetivação e a dos demais direitos. “Em

suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes” (PIOVESAN, 2003, p. 338).

No entanto há os que assim não pensam. Não foi encontrado, na doutrina pesquisada, quem levantasse a bandeira do antagonismo entre liberdade e igualdade. No entanto, na época da obra de Miranda aqui estudada (*Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*, com primeira edição datada de 1944), havia os que discordavam da boa convivência entre esses direitos. O autor informa que as razões seriam

A primeira pretensa prova, que lhes ocorre invocar, é a de que a igualdade supõe e propõe uniformidade, ao passo que a liberdade busca a *expansão diversificante*. Depois aludem à necessidade de se centralizar para *se igualizar*, enquanto a liberdade desama a centralização (MIRANDA, P., 2002, p. 328, grifos do autor).

No entanto pensar dessa forma remonta ao Estado Liberal, bem como a teorias utópicas de igualdade, já aqui rechaçadas pela sua inconcretude. O mesmo autor, inclusive, à frente de seu tempo, já na página 329, garante que “Maior liberdade provoca maior igualdade; maior igualdade provoca maior liberdade: a maior coincidência entre elas constitui maior realização e ao mesmo tempo mais prestante limitação das duas”.

Dessa forma, “A liberdade faz com que a igualdade não seja um privilégio de alguns”. Já a igualdade “[...] representa a extensão a todos da liberdade na proporção justa a torná-la materialmente aperfeiçoada” (ROCHA, C., 1990, p. 48-49). E, completando, não poderia haver estado sadio, se uma ou outra se sobrepusessem. Se o Estado tentar demais concretizar a igualdade, ele cairá em excesso. Ao passo que, se deixar a liberdade reinar à solta, corre o risco de levar a “uma sociedade que se desigual, arbitrária e aleatoriamente, criando abismos sociais e econômicos nos quais se afundam algumas pessoas em benefício de outras” (ROCHA, C., 1990, p. 50).

Assim, diante de todo o exposto e levando-se em consideração a doutrina de Dworkin, na obra *Virtude soberana*, para a igualdade, bem como a considerando não utopia e propulsora de uma igualdade real prática, a liberdade e a igualdade não são antagônicas. Soma-se a isso o fato de que, no Estado Democrático, a interligação entre liberdade e igualdade deve existir para proteção dos direitos fundamentais e promoção de justiça social e dignidade. Isso porque

a liberdade permite vida e desenvolvimento social, mas a igualdade limita o Estado e os particulares, faz com que a liberdade seja para todos, bem como os direitos fundamentais.

Além do mais, é importante esse tópico, a despeito de a doutrina atual não discordar das ideias aqui defendidas, uma vez que se quer deixar claro, neste trabalho, que a intenção não é inviabilizar o negócio privado dos planos de saúde, como, inclusive, se verá no próximo capítulo, mas apenas fazer com que eles, dentro de sua liberdade de atuação, possam desenvolver-se dentro do Estado Democrático também segundo a igualdade, promovendo dignidade e justiça social. O papel do presente trabalho é apenas tentar dar embasamento teórico ao ressarcimento, fazendo transparecer às empresas o caráter humano e fundamental da atividade que desenvolvem: a saúde.

## 2.5 A IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Foram analisados, até o presente momento, a evolução da igualdade, seus significados e interpretações e seus reflexos dentro do Estado Democrático. Mas como esse princípio se comporta no Estado Brasileiro? Claramente, não de forma diferenciada. Mas é certo que nem sempre foi assim. A evolução da igualdade, no contexto brasileiro, acompanhou o caminhar da igualdade no mundo. Segundo Nicz (2008, p. 6), não houve nem sequer uma Constituição Brasileira que não fizesse menção ao princípio da igualdade. No entanto pode-se vislumbrar interpretações diversas, bem como isso “[...] não quer dizer que tenha havido o respeito e o acatamento [...] a esse princípio (VIEIRA, 2002, p. 32).

A primeira Carta brasileira, de 1824, desenvolveu-se durante, ainda, a época imperialista. Tinha-se o quarto Poder (Poder Moderador), que concentrava as decisões nas mãos do Monarca. Decerto, a sociedade não experimentava igualdade em seu seio, dada a existência da escravidão, bem como da própria Monarquia, e a Constituição representava toda essa realidade, apesar de contemplar o princípio da isonomia. Nas palavras confirmadoras de Vieira (2002, p. 33), a escravidão contrastava com a determinação de igualdade contida no texto constitucional e, “Como peculiaridade dessa Constituição, o desempenho do regime monárquico encarecia as desigualdades fundadas nos títulos e posições sociais”. Assim, representando a sociedade da época, a Carta de 1824 distinguia o acesso a cargos públicos por

“talentos e virtudes”, bem como abolia os privilégios, mas mantinha os essenciais à utilidade pública (ROCHA, C., 1990, p. 62).

A Constituição já previa, no artigo 179, que “[...] ‘a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção de merecimentos de cada um’”. No entanto essa igualdade parecia ser meramente formal. A diferenciação, por exemplo, acontecia no caso do voto: apenas pessoas abastadas podiam votar (“renda líquida superior a 200 mil réis para se exercer o direito de votar para senador, deputado e conselhos da Província”) (MORALLES, 2006, p. 93).

Completando essa afirmação, Bonavides e Andrade (1991, p. 98) demonstram a desigualdade existente, especialmente no âmbito do sufrágio. Havia duas categorias: “[... ] os eleitores com direito a votar nas assembleias [sic] primárias de paróquia [...]”, que deveriam ter uma renda mínima para poder votar, e os “[...] aptos a votar na eleição de deputados, senadores e membros dos conselhos provinciais [...]”, que eram os mesmos dos primeiros, mas com renda acima de um determinado valor. Também a renda era critério para uma pessoa se eleger deputado, havendo acréscimo na quantia para se tornar um senador.

Já ao falar da Carta de 1891, vislumbram-se inovações importantes em função da Proclamação da República. O contexto de abolição da escravatura fez com que conceitos mudassem na sociedade, retirando-se alguns privilégios. Mas, acompanhando as revoluções mundiais e a implementação do Estado Liberal em outros países, a igualdade ainda era simplesmente formal. Nas palavras de Rocha C. (1990, p. 63), “[...] a realidade desigualante ainda imperava [...]”, mesmo com a instituição da “[...] igualdade de todos sem privilégios de nascença [...]”.

“Explicitou-se que a República não admitia privilégios de berço e desconhecia foros de nobreza. Igualmente extinguiram-se ‘as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselhos’” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 251). Nessa mesma época, adveio o primeiro Código Civil Brasileiro, que, privilegiando o princípio da igualdade, afirmou a ausência de distinção entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gozo de direitos civis (VIEIRA, 2002, p. 34).

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, dentre outras constituições que consagraram direitos sociais, também adotou a igualdade como uma de suas metas, mas, agora, incluída nos direitos e garantias fundamentais. Nos dizeres de Rocha C. (1990, p. 64), pela primeira vez a igualdade figurou no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais. E completa: “Se maiores e benéficos efeitos não produziu, foi em razão da pouca vontade política em dar-lhe eficácia plena e aplicabilidade integral e imediata e pela brevidade de sua vigência [...]”.

A existência de uma vida digna foi apresentada na Constituição de forma a embasar a aplicação da igualdade e mesmo da atividade econômica (já que a Carta de 1934 detinha um título para Ordem Social e Econômica). Segundo Bonavides e Andrade (1991, p. 327), a Constituição “Reiterou o princípio da igualdade e dedicou um título à ordem econômica e social organizada de modo a possibilitar a todos existência digna”. No artigo 115 da CF de 1934, estava escrito: “[...] ‘a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida liberdade econômica’” (MORALLES, 2006, p. 94).

Há quem diga que a Constituição de 1934 já prescreveu a igualdade material, depois repetida em outras constituições (MORALLES, 2006, p. 94). Ao pensar que o Brasil repetia o modelo internacional e que os países europeus viviam o Estado Social, até poder-se-ia concluir dessa forma, mas não há tanta certeza da materialidade da igualdade na época.

Regrediu-se um pouco com a chegada da Constituição de 1937, que, imposta por um regime rígido, apenas instituiu a igualdade de todos perante a lei, sendo denominada “Constituição Nominal”. Nos felizes dizeres de Rocha C. (1990, p. 65), “O dispositivo que figura a inclusão naquela constituição-papel do princípio isonômico tem a extensão da ficção constitucional formulada, ou seja, a brevidade do dito e a eficácia da paródia”.

Mais uma vez, repetiam-se os acontecimentos mundiais, pois a Carta foi “Elaborada sob a influência das constituições autoritárias e anticomunistas que prevaleciam na Europa, o texto dessa Constituição refletia, assim, a tendência dos contextos políticos internos e internacionais, os quais não sedimentavam bases democráticas” (VIEIRA, 2002, p. 35).

Retornou-se ao curso, rumo a uma maior igualdade com a Constituição de 1946, que repetiu as ideias da Constituição de 1934, mas com a diferença de “[...] vislumbrar um conteúdo mais comprometido com o social” (ROCHA, C., 1990, p. 65). Vieira (2002, p. 35) comenta que a igualdade ganha “[...] sentido de obrigação a ser observada, estrita e incontornavelmente, pelo legislador, tanto quanto pelo administrador e pelo julgador”.

Nessa época, “Na estrutura típica do constitucionalismo burguês, buscava-se um pacto social apto a conciliar, numa fórmula de compromisso, os interesses dominantes do capital e da propriedade com as aspirações emergentes de um proletariado que se organizava” (BARROSO, 1993, p. 24).

Com o Golpe de 1964, o Brasil viu-se novamente em uma ditadura que apenas acabaria na década de 1980, com a reabertura democrática do país e uma nova Constituição. Foi nesse contexto a elaboração da Carta de 1967. Segundo Arantes (2006, p. 106),

A Carta de 1967 dispunha sobre o conteúdo do princípio da igualdade no artigo 153, § 1º: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça’. Apesar do disposto no referido artigo, a realidade era outra; não existia um Estado democrático, pois muitas pessoas estavam sendo perseguidas [...].

Ou seja, inscreveu-se uma “vedação à distinção preconceituosa” (ROCHA, C., 1990, p. 65), mantendo-se “[...] formalmente os mesmos direitos e garantias individuais, mas a prática contestou o texto adotado, deixando para a lei ordinária (art. 150) estabelecer os termos em que seriam exercidos esses direitos [...]” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 443). Atitude que, claro, nunca aconteceu, ou se chegou à edição, não obteve cumprimento na prática.

Com a edição do AI-5 (Ato Institucional número 5), a prática dissociou-se ainda mais, com a apresentação apenas formal dos direitos na Constituição (ARANTES, 2006, p. 107). O desrespeito às garantias e direitos individuais tem consequências até os dias atuais, com a tortura e morte de pessoas contrárias ao regime.

Ou seja, a Emenda de 1969, entendida por Vieira (2002, p. 37) e por muitos outros autores como nova Constituição, prescreveram liberdade e igualdade como “palavras vazias”, “[...] numa Constituição-Emenda, documento disforme no título e ausente de eficácia”. “A

desigualdade acentuou-se em todos os níveis, porque a felicidade de grande parte dos brasileiros continuou a valer uma cesta básica não recebida” (ROCHA, C., 1990, p.66).

Com a queda da ditadura e votação e instituição de uma nova Constituição para o Brasil, as esperanças de igualdade real acenderam-se novamente. Foi com a Carta de 1988 a consagração da redução das desigualdades sociais (ROCHA, C., 1990, p. 66), promovendo a justiça social. (MORALLES, 2006, p. 94). De fato, “[...] embora a igualdade já integrasse o texto das Constituições anteriores, foi a de 1988 que deu um lugar de destaque ao princípio da igualdade como um dos pilares do Estado democrático de Direito” (ENGELMANN, 2008, p. 76).

Pelo artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, o Brasil é um “Estado Democrático de Direito”. Já foi dito, repetindo-se as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p.63), 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”, mas no entanto o sentido atual é completamente outro (JARDIM; ESTEVES, 2008, p.149).

Interpretando-se de maneira reversa os dizeres de Dallari D. (2001, p. 197), o Estado Democrático deve possuir um conceito ético político e social, preocupado com a legitimidade do Direito, voltado a promover a dignidade humana, não aceitando qualquer direito, mesmo que esteja nas formalidades “[...] por meio das quais o Estado desenvolve suas atividades [...]”. O Estado democrático de Direito se apresenta como um Estado de Direito onde a democracia aparece como princípio basilar. Dessa forma, consagra-se que o poder está com o povo, e este deve participar das decisões a serem tomadas dentro do Estado.

O conceito de Estado Democrático de Direito é, pois, uma alusão a algo em permanente mutação, envolvido com os valores sociais e, como visto, objetivando a transformação social. Suas características remontam a ser um Estado de Direito, concretizador dos direitos individuais, sociais, em síntese, dos direitos humanos, que também se manifesta de forma coletiva, mas tudo dentro da democracia, da participação dos atores, dos destinatários da norma.

Poderia-se dizer que o Brasil não é um Estado Democrático. No entanto acredita-se não só que pode-se utilizar essa nomenclatura, como também chamar o País de Estado Social e Democrático. Em primeiro lugar, o que se acredita é que o Brasil possui todos os institutos e todas as determinações e normas necessárias (principalmente na CF) para atingir o Estado Democrático. Exemplos disso são a prevalência de direitos e garantias fundamentais, os institutos de participação popular e as normas sobre a livre iniciativa no Brasil, bem como o fortalecimento do Ministério Público e do Judiciário como guardiões da Constituição e dos direitos dos cidadãos, aplicando a legislação infraconstitucional como freio à não implantação ou má implantação da dignidade.

Se o Brasil já atingiu esse patamar, seria outra discussão. Na verdade, verificam-se as deficiências práticas que limitam a democracia no Brasil tais como corrupção e poderio econômico, mas acredita-se estar-se em pleno desenvolvimento. Não é apenas pelos problemas de implementação do Estado Democrático que se deve retirar do Brasil a nomenclatura democrática, que, ao menos, leva a pensar sobre o assunto, na tentativa de realização plena em um futuro próximo pautado na dignidade e na justiça social.

Falou-se em Estado Social e Democrático de Direito, porque vislumbrou-se a presença, na Constituição do Brasil, de uma preocupação com a implantação de direitos sociais como trabalho, saúde e educação, como não havia antes, ou seja, com a participação dos “atores”, destinatários desses direitos, e não de cima para baixo, do governo para os cidadãos, o que, de certa forma, caracteriza o estado democrático.

Vale dizer que se encontram na doutrina autores com o mesmo pensamento. Para Engelmann (2008, p. 43), o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Afirma o autor que temos “[...] a democracia como um elemento fundamental do Estado brasileiro, abrindo-se diversas possibilidades para a realização de direitos sociais e políticos, sempre com a medição do direito”. Completando, conclui que “É preciso observar que não se trata de uma mera reunião de palavras, mas de um verdadeiro compromisso de transformar a realidade social [...]”. No entanto, “[...] para que se possa continuar dizendo que o Brasil é um Estado democrático de Direito, cabe ao Estado e a cada pessoa buscar alternativas para o acesso aos bens humanos básicos” (ENGELMANN, 2008, p. 73-74).

Aliás, nos dizeres de Ferreira Filho (1999, p. 63), a existência da sociedade democrática está no artigo 1º da Constituição, como uma intenção, apesar de ainda não concretizada por inteiro. Engelmann (2008, p. 44-45) especifica claramente o fim desse Estado de Direito brasileiro, ao dizer que

Fica bastante nítido o caráter regulamentador (visa a (sic) regulamentar e transformar as situações e os problemas sociais) expresso pelo texto da Constituição, especialmente focado na condução dos objetivos do Estado para a implementação dos diversos elementos integrantes da categoria social, notadamente a realização das necessidades básicas do ser humano. Isso aparece na nossa Constituição Federal de 1988, onde se percebe claramente que o direito passa a desempenhar um papel transformador relevante, especialmente da questão social, que é qualificada pela igualdade. Por isso Lênio Streck considera que a democracia e o respeito aos Direitos Humanos são os dois pontos de sustentação do Estado Democrático de Direito. [...] os Direitos Humanos como um conteúdo a ser garantido, e nele a necessária preocupação com a igualdade, dentro das desigualdades de cada pessoa ou categoria social.

Assim, a igualdade é instrumento para se alcançar o Estado Democrático de Direito afirmado no artigo 1º de Nossa Constituição, bem como no preâmbulo (NICZ, 2008, p. 10), sendo que há o apontamento de um caminho, qual seja, assegurar direitos sociais e individuais, a igualdade e a justiça “[...] como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (NICZ, 2008, p.10). Ou seja, a igualdade e a liberdade são os dois pilares do Estado Democrático de Direito, dependendo da eficácia dele, a eficácia desses dois princípios (ROCHA, C., 1990, p.49). No entanto há, ainda, o desafio da efetivação, pois a prática da igualdade continua deixando a desejar.

Com efeito, já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, encontra-se menção ao princípio da igualdade. Em poucas palavras, lá está estipulado que o Estado Democrático está “destinado a assegurar” a igualdade e a justiça, além de outros direitos, como sendo “valores supremos” da sociedade (BRASIL, CF/88, p.7).

Muitos afirmam, no entanto, que o preâmbulo, por não ter força normativa, não obrigaria quem quer que seja a cumprir o que lá se encontra. Ocorre que, trazendo os fins da Constituição, o preâmbulo pode servir de base a interpretações (ROCHA, C., 1990, p. 67).

[...] de outra parte, porém, deixa claro o constituinte que a igualdade, que nivela num plano socioeconômico primário mínimo de dignidade e respeito às pessoas, é princípio fundamental para o cumprimento do destino que se pretende atribuir à sociedade brasileira tal como desenhada normativamente pela Constituição da República (ROCHA, C., 1990, p. 68).

Seguindo-se nos dizeres da Constituição, os artigos 1º e 3º tratam, respectivamente, dos fundamentos e dos objetivos da República Brasileira. Lá, encontram-se estampadas a dignidade como fundamento e a justiça, a solidariedade, a redução das desigualdades e a negação ao preconceito como objetivos.

Todas essas palavras remetem à igualdade. Sem ela, não há dignidade, não há justiça social, solidariedade, nem mesmo redução de desigualdades ou preconceitos. Portanto, mais uma vez, o constituinte fez estar presente na Carta Magna o princípio da igualdade a orientar a vida dentro da sociedade. Nos dizeres de Piovesan (2003, p. 329), “Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social”. E não se pode negar, inclusive, por toda argumentação já exarada nos tópicos anteriores, a ligação da igualdade com a justiça social e a dignidade, pois elas completam-se mutuamente.

Na Constituição Federal Brasileira, a igualdade tem a concepção material (NICZ, 2008, p. 10), de modo a alcançar os objetivos inscritos pelo artigo 3º. Assim, ela consegue cumprir com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Brasileira. Também identificando a igualdade como objetivo da República Brasileira, Rocha C. (1990, p. 70) afirma que

[...] em todos os objetivos arrolados no dispositivo em foco a igualdade emerge como componente fundamental do fim traçado, destacando-se nos incisos III e IV, onde a redução das desigualdades regionais, notadas desde os primórdios da história e criadora de vários brasis, é enfocada por um lado, e a promoção do bem de todos os brasileiros, por outro é enfatizada, no sentido de romper as barreiras socioeconômicas que condicionam os brasileiros, em compartimentos sociais e políticos estamentais.

A importância da igualdade para a República brasileira é tanta, que, mesmo nas relações internacionais, a igualdade impera. No artigo 4º da Constituição, apresenta-se a igualdade entre os Estados como princípio. No entanto é no artigo 5º que a Constituição apresenta toda a sua devoção pelo princípio da igualdade, acrescentando momentos e situações da vida em sociedade, em que a igualdade é assegurada: entre homens e mulheres, brasileiros e estrangeiros, garantia de que todos podem reunir-se pacificamente, dentre outras. A igualdade é consagrada no *caput* como princípio e como direito. “A igualdade, portanto, é uma construção, ou seja, é necessário que uma determinada comunidade pactue essa igualdade e o

grau de igualdade depende dos mecanismos que esta sociedade cria para que o direito seja realmente efetivado [...]” (FRISCHEISEN, 2007, p. 22).

Isso tudo, sem se falar de outros dispositivos constitucionais que consagram a igualdade tais como: voto com igual valor para todos (artigo 14); vedação de tratamento desigual entre os contribuintes (artigo 150, II); dignidade e justiça social como fundamento da ordem econômica, bem como o princípio desta de reduzir desigualdades, tema deste trabalho, que será tratado adiante (artigo 170, *caput*, e VII); uniformidade e equivalência na seguridade social (194, I, II, V); direito de todos à saúde, também objeto deste trabalho (artigo 196); concessão de aposentadoria sem critérios diferenciados, com exceções (artigo 201, parágrafo 1º); direito de todos à educação (artigos 205, 206, I e 208, I); acesso de todos aos direitos culturais (artigo 215); acesso de todos ao meio ambiente equilibrado (artigo 225); deveres iguais entre mulher e homem na sociedade conjugal (artigo 226, parágrafo 5º); mesmos direitos para filhos fora do casamento e adotados (artigo 227, parágrafo 6º); garantia de dignidade para pessoas idosas (artigo 230).

Assim, Bonavides (2008, p. 376), citando Estado Social (entende a concepção de que se está em um Estado Social e também Democrático), pois o centro seria a igualdade nesse Estado. Apesar de materializar também a liberdade, ambas compõem “[...] um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”.

E em sendo assim, “Tem-se por assentado que o princípio da igualdade espraia-se sobre todas as pessoas cuidadas pelo sistema normativo constitucional, o que inclui, ao lado das pessoas físicas, as pessoas jurídicas”. Por outro lado, “[...] quer o Poder Público, quer a empresa ou a pessoa privada têm a mesma incontornável obrigação de guardar estrita observância da igualdade jurídica sem distinção de qualquer natureza” (ROCHA, C., 1990, p. 74).

Portanto, compreendendo-se que o Estado está baseado na igualdade, bem como entendendo-se que os direitos fundamentais (à saúde, à educação, dentre outros) são assegurados pela Constituição, Frischeisen (2007, p. 20) entende que, “[...] se estes bens são considerados universais, não podem ser alcançados somente pelas práticas do mercado, devem estar garantidos também aqueles [*sic*] que eventualmente não possam comprá-los [...]”. Isso, segundo a autora, estaria dentro do que se chama de cidadania.

Conclui-se, assim, que os bens devem estar igualmente distribuídos entre Estado e administrados e entre estes em suas relações privadas. No entanto o Estado deve adotar políticas públicas para a promoção da igualdade de todos em bens e serviços essenciais (FRISCHEISEN, 2007, p. 20-21), freando o poderio econômico.

Dessa forma, sendo a igualdade um direito humano e fundamental, bem como sendo um dos pilares do Estado em que se vive, juntamente com a liberdade, querendo dizer justiça social e promovendo dignidade, não pode deixar de ser garantida. Ao mesmo tempo, deve ser garantida não apenas pelo Estado, mas por todos, inclusive pelas empresas privadas, a fim de que o Estado Democrático se concretize. Sendo responsabilidade de todos os setores, público e privado, conforme se pode depreender dos estudos de Dworkin, prestar a saúde também caberia às empresas de planos de saúde, a fim de se chegar à igualdade nesse direito fundamental.

A alegação então de que é dever do Estado prestar a saúde restaria abatida, em função de que melhor saúde para todos leva à igualdade e esta só pode ser conseguida com esforços conjuntos. O ressarcimento, então, poderia auxiliar na promoção dessa igualdade e concretizar a divisão de responsabilidades, é claro, nos limites do contrato firmado, conforme será verificado no item a seguir.

### **3 O DIREITO À SAÚDE COMO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL**

Estudada a igualdade e constatada sua característica de direito, princípio, valor, bem como sua visão em justiça social e dignidade, e vislumbrada sua necessidade, dentro do Estado Brasileiro Democrático, de corresponder a uma divisão de responsabilidades entre setores público e privado, busca-se, a partir de agora, estudar outro tema crucial do trabalho: o direito à saúde e verificar se realmente o dever à saúde no Brasil é apenas do Estado, e se o ressarcimento pode levar à igualdade na saúde.

Nesse prisma, o capítulo abordará a evolução do conceito de saúde até se chegar ao direito à saúde, o porquê de ser a saúde direito humano, fundamental e social a prestações do Estado, não se esquecendo o problema da alegação de reserva do possível e do mínimo existencial, em contraste com a teoria da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da aplicação imediata desses direitos.

Também serão estudados os principais pontos da saúde pública e privada, para que se possa conhecer os fundamentos da responsabilidade do Estado e da iniciativa privada quanto à saúde, entendendo se há subsidiariedade entre essas esferas. Por fim, o capítulo trata da efetividade do direito à saúde, do comprometimento dos planos no setor privado de levar à igualdade, dignidade e justiça social, e trata, também, do problema do poderio econômico que abala esse escopo.

### 3.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO: DE SAÚDE A DIREITO À SAÚDE

Antes de mais nada, convém saber o que significa saúde no contexto atual e a evolução do conceito para direito à saúde, a fim de delimitar-se o objeto a ser devidamente estudado. Etimologicamente, conforme aponta Gregori (2007, p. 19), “A palavra *saúde* se origina do latim *salute*, que significa ‘salvação, conservação da vida, cura, bem-estar’ [...]”.

Certo é que a saúde não é um “conceito científico” e sim uma “ideia comum”. Dallari, S. (2003, p. 39), estudando a saúde pública, afirma que, “Para a antiguidade grega o termo *higiene* significava ‘o estado daquele que está bem na vida’”, e completa, afirmando que, mesmo após o aparecimento da medicina e o surgimento da cura, “[...] a higiene alimentar e o exercício físico são caracterizados como importantes elementos [...]”. Sustenta, ainda, que

Platão também falava em uma saúde da alma, e a necessidade de uma boa relação dela com o corpo. “Assim, o estado de equilíbrio interno do homem, e dele com a organização social e a natureza, é sinônimo de saúde para a antiguidade grega”.

Da mesma forma, ainda na Grécia, “Hipócrates mencionou a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirmou que o médico não erraria ao tratar doenças de determinada localidade quando tivesse compreendido adequadamente tais influências”. (DALLARI, S., 1995, p. 17-18).

Novamente mencionando os dizeres de Dallari, S. (2003, p. 39), na Idade Média, o equilíbrio (entre corpo e mente) continua a dominar o conceito de saúde, e também chama a atenção o início da ideia de prevenção em função das epidemias observadas nesse período. “Do mesmo modo, na primeira metade do século dezesseis, Paracelso salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano.” (DALLARI, S., 1995, p. 17-18). E, seguindo esse pensamento, também Engels, no século XIX (na época da Revolução Industrial), “[...] estudando as condições de vida de trabalhadores, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações” (DALLARI, S., 1995, p. 17-18).

Assim, nas palavras de Rocha J.,(1999, p. 43), “A discussão sobre um conceito para saúde atravessou séculos. Dos pensadores da Grécia Antiga aos dias atuais, a imprecisão do termo ‘saúde’ revela pensamentos distintos sobre o tema [...]”, a saber: havia os que acreditavam que saúde se relacionava com o meio ambiente e as condições em que viviam as pessoas, e os que diziam que a saúde estava atrelada à “ausência de doenças”. Conforme Aith (2007, p. 46), acrescentando às teorias já apresentadas,

A saúde era concebida, às vezes, como uma simples ‘ausência de doença’, outras vezes como ‘uma reserva corporal’, ou, ainda, como um “fundo de saúde” inato e que permite ao organismo resistir contra todas as agressões feitas pelo corpo social. Também podemos encontrar concepções da saúde como ‘equilíbrio’ que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros.

Em resumo, a saúde poderia advir não só do comportamento do indivíduo, sendo este responsável por sua saúde e da influência do ambiente social em que vive, mas também da

sorte e do destino, “[...] revelando a forte influência que a religião ainda possui sobre a representação que parte da população possui sobre a saúde e a doença” (AITH, 2007, p. 48).

Dallari, S. (1995, p. 18) aponta que a saúde como ausência de doenças encontra sua origem na obra de Descartes. Este pensador identificou o corpo humano a uma máquina, e, assim, pensava-se que as doenças eclodiam em função de “defeito na linha de montagem, que exigia reparo especializado”, sendo os trabalhos de Pasteur e Koch comprovadores dessa teoria.

A mesma autora, na mesma página, conta que, com a Revolução Industrial, duas das teorias (a de ausência de doenças e a de que saúde se relacionava com o meio em que viviam as pessoas) tiveram um embate, pois as condições precárias e de miséria em que os trabalhadores viviam levavam a saúde a se atrelar ao meio ambiente, e a descoberta de “germes causadores de doenças”, possibilitando a produção de remédios, enfatizava a saúde como ausência de doença.

A autora continua, dizendo que “[...] fatores políticos finalizaram o debate” (DALLARI, S., 1995, p. 18). Esses fatores remontam à Segunda Grande Guerra, 20 anos após a primeira, destruindo a Europa e levando ao caos social. Fica, então, completamente estabelecida, conforme já afirmado na Antiguidade Clássica, a ideia de que a saúde relaciona-se com o meio, pois, com a destruição, pela segunda vez, e ainda maior, da Europa, não houve condições econômicas de prover as necessidades da população, levando à falta de saúde.

A criação da Organização das Nações Unidas fez com que a saúde se mostrasse como bem humano, essencial e fundamental, culminando com a instituição da Organização Mundial da Saúde – OMS –, em julho de 1946, e a conseqüente Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948, entendendo que “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde” (BEDÊ; SANDRI, 2002, p. 133-134). A OMS, por sua vez, no preâmbulo de sua Constituição (OMS, 2008), entende a saúde em uma concepção ampla e abrangente, pois

Os Estados partes 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 doenças ou enfermidades.

O gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar é 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 alcançar a paz e a segurança, e depende da mais ampla cooperação das pessoas e dos Estados. (tradução nossa).<sup>13</sup>

Assim, “O marco teórico-referencial do conceito de saúde foi erigido em meados dos anos 40 do presente século [entenda-se século XX]”. Isso, “Somente com a organização política internacional [...] e com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946) [...]”. (SCHWARTZ, 2001, p. 132). A Organização Mundial de Saúde – OMS – adotou, nos dizeres de Aith (2007, p. 46), o equilíbrio como uma “concepção positiva da saúde”, constituindo esta “[...] na plenitude física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros. Segundo Dallari, S. (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.

E “Isso envolve meio ambiente saudável e equilibrado, boas condições de moradia, alimentação adequada, condições de trabalho salubres, assistência médica e acesso a remédios e tratamentos complementares” (MELO, A., 2001, p. 58).

Com a chegada do Estado Social, os serviços de promoção da saúde se tornaram mais acessíveis, mas “Esse período de prosperidade foi interrompido pela recessão econômica iniciada em meados da década de 1970, que fez com que os questionamentos sobre o aumento dos gastos públicos com saúde ecoassem sobre os formuladores de políticas públicas” (AITH, 2007, p. 47).

---

<sup>13</sup> LOS ESTADOS partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Ocorre que, apesar desse retrocesso, a saúde continuou a ser entendida em sentido amplo, “[...] para que se dê a maior proteção possível ao direito à vida, que como mencionado é um verdadeiro sobreprincípio constitucional” (SILVA, J., 2007, p.166). Assim,

[...] figurando o ser humano como centro de constituição categorial da idéia [sic] de saúde, é tal condição que estabelece os elementos necessários à sua definição jurídica, a saber: *o direito à saúde* dirige-se à proteção da pessoa humana contra quaisquer ameaças ou agressões que derivem das condições próprias dos locais de trabalho, da cidade ou de qualquer outro ambiente do mundo da vida (LEAL, 2006, p. 1525-1526).

Ocorre, porém, que a realidade fática para esse conceito amplo de saúde é difícil de ser concretizado. Ele é mais um “objetivo a ser alcançado”, por ser a saúde um “processo”. Além disso, “[...] o que é perfeito bem-estar para um indivíduo pode não ser para outro. A saúde, então, seria a possibilidade de a pessoa ter os meios indispensáveis para sua efetivação”. (SCHWARTZ, 2001, p. 132). Esse processo deve ser construído “[...] ativamente, interferindo em tudo que possa arruinar a qualidade de vida das pessoas” (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 108).

No entanto uma diferenciação é necessária. Direito à saúde é diferente de direito sanitário, tendo o segundo um objeto mais restrito, traduzindo-se num “[...] controle via exercício do poder de polícia de todas as atividades públicas e privadas que tenham qualquer potencial repercussão na Saúde Pública” (CARVALHO; MACHADO; TIMM, 2004, p. 12). Também deve-se diferenciar direito à saúde do direito aos serviços de saúde, ou assistência médica, “[...] nem considerar tal assistência como o principal fator determinante do nível de saúde. O direito social à saúde baseia-se na definição das necessidades humanas e na existência de pessoas que não dispõem de meios para satisfazê-las” (BEDÊ; SANDRI, 2002, p.133-134).

Voltando-se ao direito à saúde, dado o seu conceito amplo, a saúde pode ser entendida “[...] hodiernamente, referindo-se a duas situações distintas: tanto à sua real existência, bem como ao acesso à sua manutenção, prevenção e tratamento” (BEDÊ; SANDRI, 2002, p.133-134). Em outras palavras, Nascimento (2008, p. 906) argumenta que

*Saúde é bem coletivo e é, ao mesmo tempo, o direito fundamental social de acesso às ações e serviços que visem à promoção, proteção e recuperação da vida. O reconhecimento da saúde como bem coletivo e como direito fundamental significa*

compromisso com a plenitude do direito a uma vida digna – 1º, 3º, 5º e 6º da CRFB (grifos do autor).

De fato, há forte comprovação de que, no Brasil, seguindo-se o entendimento da OMS, o direito à saúde deve ser compreendido em sua concepção mais ampla. Existe na saúde, a consciência do envolvimento das vias citadas pelos autores. Conforme disposto no artigo 196 da Constituição (BRASIL, 2009, p. 63), “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”. Assim, Sarlet e Figueiredo (2008a, p.135), escrevendo sobre a saúde, concluem que,

De qualquer modo, e na esteira do que já foi dito anteriormente, a Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, conforme propugna a OMS, que ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental. Nessa direção, parece mais apropriado falar-se não simplesmente em direito à saúde, mas no direito à proteção e à promoção da saúde, inclusive como ‘imagem-horizonte’ a ser perseguida.

Nessa mesma linha, os mesmos autores, nas páginas 135 e 136, explicam os dizeres do artigo 196 da Constituição Federal. Para eles, a recuperação seria voltada à “saúde curativa”, “[...] garantia de acesso, pelos indivíduos, aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida [...]”. A redução do risco de doença e a proteção “[...] reportam-se à noção de ‘saúde preventiva’, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde [...]”. Por fim, a promoção seria a “[...] busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas [...]”.

Em assim sendo, não há como se entender, de forma reduzida, o direito à saúde, seja no âmbito internacional (com a definição trazida pela OMS), seja no âmbito nacional (segundo consta do artigo 196 da Constituição Federal). Nesse prisma, representando também qualidade de vida, a saúde passa a ser uma “condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana”, ou, em outras palavras, um “[...] *indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial*, porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (LEAL, 2007, p. 92, grifos do autor).

Essa também é a opinião de Rocha J. (1999, p. 43), para quem “A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade”. E, concluindo, afirma que “[...] a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal”.

Mas o que seria qualidade de vida? Conforme demonstrado no capítulo anterior e segundo as ideias de Dworkin aqui defendidas, essa seria uma questão especialmente individual, e que, dada a complexidade da modernidade, não há como se homogeneizar. Também conforme Fagot-Largeault, citado por Figueiredo M. (2007, p. 82), a noção de qualidade de vida envolve um aspecto individual.

No caso da saúde, que possui um conceito amplo, voltado à dignidade, percebe-se que há um mínimo a ser garantido, que não atinge a homogeneidade da qualidade de vida, mas confere dignidade. O restante será conseguido conferindo-se às pessoas “vozes” no Estado Democrático de Direito (participação dos atores conforme indica a teoria de Habermans), ou ainda, conforme as palavras de Dworkin, já citadas neste trabalho, propiciando a elas condições de igualdade material para que cheguem à qualidade para cada uma de suas vidas. Assim, se chegará ao fim amplo da saúde. Nos dizeres de Figueiredo M. (2007, p. 83), (apesar de a autora se utilizar também das ideias de Rawls, as quais critica-se no presente trabalho), ao que parece, compartilhando das ideias propostas por Dworkin, tudo aqui dito leva

[...] à questão do direito à saúde ao desiderato de busca de justiça e igualdade material, pela compensação das deficiências naturais, entre as quais se insere a própria doença. Não descuidam, entretanto, do bom-senso na tomada de decisões, admitindo a multidimensionalidade do conceito de qualidade de vida, individual e coletivamente considerado [...].

E segundo também Sarlet e Figueiredo (2008, p. 42), o conceito de saúde leva ao equilíbrio entre a pessoa e o meio “[...], bem como a cogente consideração do mínimo existencial como garantindo uma vida saudável [...] que em hipótese alguma admite uma redução do mínimo existencial a um mínimo apenas fisiológico ou vital”.

Concluindo, diante do exposto, a saúde evoluiu em seu conceito, passando não apenas a determinar algo do “desconhecido”, ou ser sinônimo de doença, mas também a representar um conceito mais amplo de completo bem-estar e proteção, levando à sua consagração como

direito que considera a dignidade da pessoa humana e que, conforme será visto a seguir, pode ser enquadrado entre os direitos humanos e fundamentais, com toda a importância devida a essas categorias de direitos.

### 3.2 A SAÚDE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Os direitos humanos e fundamentais são tema hodiernamente discutidos e estudados em cursos e livros de todo o mundo. Mais do que estudados, hoje em dia são mais bem compreendidos, e a tentativa de sua melhor aplicação para promoção de dignidade deveria envolver os setores público e privado, apesar de uma certa falta de consciência que ainda assola as entidades privadas.

Antes de mais nada, cumpre-nos dizer que há várias nomenclaturas para direitos humanos, muitas delas inaplicáveis, dada a menor amplitude que conferem a tais direitos, bem como outras não condizentes com as características e a importância desses direitos.

Com efeito, Tavares (2007, p. 418), assim como fez Sarlet (2006a, p. 33), sustenta que “[...] são indistintamente empregadas as seguintes expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.

No entanto cabe aqui dizer que tantas nomenclaturas prejudicam a evolução, compreensão e concretização dos direitos humanos, razão pela qual a doutrina as tem rechaçado, por estarem “[...] divorciadas do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional”, bem como por haver a verificação, com essas nomenclaturas, de “[...] uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais” (SARLET, 2006a, p. 34-35).

Ainda assim, quanto aos termos mais utilizados pela doutrina, direitos humanos e fundamentais, em que pese a alguns autores o utilizarem de forma indistinta, há diferença considerável. De uma forma geral, e sem mais delongas, o primeiro se presta a nomear os

direitos em um plano internacional, e o segundo, em um âmbito nacional. Nos dizeres de Sarlet (2006a, p. 35-36), a expressão

‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um equívoco caráter supranacional [...].

Assim, no presente trabalho serão utilizados os termos direitos humanos e direitos fundamentais, distintamente, conforme as diferenças já demonstradas, sem se retirar a inclusão do direito à saúde tanto no âmbito dos direitos humanos quanto dos fundamentais. No entanto, apesar de não se relegar a importância da distinção em relação às nomenclaturas, ela não será alongada, uma vez que direitos humanos não são o foco no presente tópico, mas o enquadramento da saúde como direito humano e fundamental.

Passa-se, assim, à análise da origem dos direitos humanos, para se entender a saúde como um desses direitos, uma vez não ter sido feita ainda essa análise no trabalho. Ao que parece, já na Idade Antiga, os direitos humanos faziam parte da sociedade da época. Galdino (2006, p. 34) afirma que, na Babilônia, havia o Código de Hamurabi, que é considerado por muitos como o primeiro diploma de direitos fundamentais, e, no Oriente Médio, os hebreus não endeusavam seus governantes, que tinham de respeitar a lei mosaica e os Dez Mandamentos.

No entanto foi na Grécia (é claro que não da forma como temos hoje) que os direitos humanos tiveram seu grande avanço, por meio do pensamento de estudiosos como Péricles, Sófocles, Platão e Aristóteles, que defendiam a democracia, o respeito à liberdade e à igualdade, dentre outros direitos fundamentais que, é claro, seriam apenas para os cidadãos gregos e não para mulheres, estrangeiros e escravos. E essa postura influenciou Roma no estabelecimento de garantias dos direitos perante o Estado (GALDINO, 2006, p. 34-35).

Surgiu dessa época a semente de uma das teorias dos direitos humanos, a jusnaturalista. O próprio Sarlet (2006a, p. 45) afirma que “[...] o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias-chave [sic] que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis [...]”.

Com o advento da Idade Média e o reinado do cristianismo, os direitos humanos se fortaleceram, mas eram poucas as ideias dissociadas da religião (GALDINO, 2006, p. 36). E apesar de Tavares (2007, p. 411), afirmar que a Magna Carta, surgida nessa época, era apenas um pacto de concessão de privilégios aos nobres, no qual a mudança de algumas expressões a perpetuou no tempo, o fato é que ela se reveste como um documento marcante para os direitos humanos. Nos dizeres de Galdino (2006, p. 36), ela previa “restrições ao poder de tributar, a proporcionalidade entre delito e sanção, o devido processo legal, o livre acesso à Justiça e a liberdade de locomoção”, dentre outras garantias.

Assim, após esse período e diante do Estado Absolutista instalado, a Carta se mostrou como um primeiro movimento de liberdade, preparando o advento do Estado Liberal, no qual também os governantes deveriam respeitar os direitos humanos. Segundo Sarlet (2006a, p. 46-47), nos séculos XVI, XVII e XVIII, também apareceram manifestações de direitos humanos: os teólogos espanhóis e alguns jusfilósofos alemães no século XVI, defendendo o direito à vida, imagem, integridade corporal, igualdade, soberania popular, dentre outros; Grócio, Pufendorf e Thomas Hobbes defendendo a submissão das autoridades ao direito natural; e, por fim, as cartas de direitos na Inglaterra do século XVII.

“Cumpre salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade”, restando, aí, as bases do Iluminismo do século XVIII (SARLET, 2006a, p. 48), que levaram ao Estado liberal e à primeira dimensão dos direitos humanos e que, depois, vieram a se somar aos pensamentos de Rousseau, Tomas Paine e Kant (SARLET, 2006a, p. 48).

Alguns documentos comprovadores da história dos direitos humanos após a *Magna Charta* são a Petição de Direitos de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, a Declaração de Direitos (Bill of Rights) de 1689, a Declaração da Virgínia de 1776 e a famosa Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (TAVARES, 2007, p. 412-413).

No entanto, “Em termos gerais, pode-se dizer que os direitos humanos surgiram como direitos da modernidade, atrelados ao ideário das Revoluções Burguesas ocorridas em fins do século

XVIII, especialmente a francesa e a norte-americana” (FIGUEIREDO, M., 2007, p. 19), dados os pensamentos de filósofos da época e da burguesia.

Decerto que, atrelados às revoluções, os direitos humanos também se viram ligados às mudanças dos Estados de Direito ocorridas ao longo do tempo. Assim, do Estado Liberal, surgiram a já citada Declaração de Direitos de 1789 e os direitos de primeira dimensão, voltados a impedir abusos por parte do Estado e garantir liberdades.

Já na passagem para o Estado Social em função da exploração da massa trabalhadora, os direitos de segunda dimensão se associaram aos primeiros, trazendo os direitos sociais para as Constituições, como a de Weimar de 1919 e Mexicana de 1917. No entanto, conferindo poderes demasiados aos Estados, esse modelo caiu por terra quando foi saturado pelos abusos cometidos por governos ditatoriais.

Adveio o Estado Democrático de Direito, trazendo os direitos de terceira dimensão com ideias de solidariedade e fraternidade. Assim, “[...] já no século XX verifica-se uma proliferação de convenções de caráter universal ou regional, consagrando diversos direitos”. Dentre eles, a Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 1948, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (TAVARES, 2007, p. 413).

Para alguns doutrinadores, como Bonavides (2008, p. 571), temos ainda uma quarta dimensão atrelada ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo, dada a “globalização política na esfera da normatividade jurídica”; ou, ainda, uma quinta dimensão (ainda não aceita por todos e com a alegação de que se trata dos mesmos direitos das outras dimensões), em função do aparecimento dos direitos voltados à bioética e à biofísica como os limites à clonagem, por exemplo (SAMPAIO, J., 2004, p. 302).

Assim, este se torna um breve histórico dos direitos humanos, uma vez que já foram suas dimensões devidamente identificadas no capítulo 2, bem como foi feita sua relação com os Estados de Direito.

Quanto a conceituar direitos humanos, como qualquer conceito no Direito, que é uma ciência não exata, se torna uma tarefa um tanto quanto árdua. Diga-se, desde já, que o seu conceito está intimamente ligado à sua classificação em três grandes teorias: a jusnaturalista, que

entende ser esses direitos inerentes ao indivíduo, ou seja, precisam apenas da declaração do Estado; a positivista, que entende direitos humanos como aqueles positivados e criados, assim, pelas leis dos homens, apenas podendo ser exigidos após isso; e a corrente realista, que afirma serem os direitos humanos produto das condições sociais (TAVARES, 2007, p. 416-417).

Ao que parece, corroborando o pensamento da última teoria, Mastrodi (2008, p. 28) sustenta que, “Conforme a época e o grupo social, certos valores são considerados mais importantes que outros; novos valores são descobertos e superam os anteriores em importância, num processo dialético e dialógico natural dos processos históricos das relações sociais”. Assim, esses valores são respeitados, legitimam os atos em relação a eles, levando ao surgimento de “princípios normativos” a regular a sociedade.

No entanto pode-se identificar outras teorias tendentes a definir o que seriam os direitos humanos tais como teoria liberal (são os direitos de liberdade contra o Estado), teoria institucional (defende uma liberdade voltada à concreção de interesses e à sua própria realização), teoria axiológica (são valores fundamentais da sociedade), teoria democrático-funcional (são um processo para uma livre produção democrática), teoria dos direitos fundamentais do Estado Social (direitos fundamentais como facilitadores do cumprimento de prestações sociais pelo Estado) (AMARAL, 2001, p. 105-107).

Leite (2001, p. 31) parece ter uma visão do conceito dos direitos humanos de acordo com as dimensões, uma vez que, para ele, esses direitos representam “[...] liberdade (direitos civis e políticos), igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e a fraternidade ou solidariedade (direitos ou interesses metaindividuais) como valores indissociáveis [...]”.

Entretanto concorda-se com as palavras de Correia (2005, p. 99), para quem “A expressão direitos humanos pode referir-se a situações políticas, sociais e culturais, que se diferenciam entre si, tendo significados diversos. Assim, o conceito de direitos humanos alcança caráter fluido, aberto e de contínua redefinição”.

O que não se pode jamais esquecer e perder de vista é o fato de que direitos de todas as dimensões passadas como liberdade, igualdade material, direitos sociais, solidariedade e fraternidade, têm clara ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, razão maior

de sua importância dentro de um Estado Democrático de Direito e razão maior em se defender a saúde, que se relaciona com a vida do ser humano, como um direito humano. Nos dizeres de Leite (2001, p. 28), os direitos humanos visam à “[...] construção e a manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana [...]”.

De fato, as características dos direitos humanos, com algumas diferenças entre os autores, passam pela inalienabilidade, inviolabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade (que, segundo Tavares, 2007, p. 445, pressupõe valor absoluto, mas que alguns, diversamente, não concordam, preferindo dizer que os direitos humanos são relativos), interdependência ou complementaridade e efetividade.

Em assim sendo, percebe-se claramente a inclusão da saúde nos direitos humanos. Isso porque ela se relaciona diretamente com a vida das pessoas, remontando ao princípio da dignidade, conforme, inclusive, afirmado no tópico anterior. Ao mesmo tempo, possui as características de inalienável e irrenunciável.

Também o direito à saúde pode ser enquadrado como participante dos direitos de segunda dimensão, com sua evolução já no século XX com a Declaração dos Direitos Humanos e a criação da OMS. Nos dizeres de Sarlet (2006a, p. 56-57), “[...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. [...]”. Assim, “[...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas [...]” (SARLET 2006a, p. 57-58).

Nos dizeres de Cury (2005, p. 40), algumas convenções internacionais, já no século XIX, se preocuparam com a saúde, como as realizadas contra a cólera, em Paris, Viena, Veneza, dentre outras, contra a peste bubônica e as demais em matéria sanitária, no Rio de Janeiro, Argentina, Paraguai, etc.

Após a OMS, a mesma autora, já nas páginas 41 e 42, afirma que o direito à saúde “[...] apareceu em instrumentos importantes [...]” e cita a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Econômico, Social e Cultural, Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção sobre Direitos da Criança, bem

como documentos de organizações regionais como a Organização dos Estados da América, o Conselho da Europa, dentre outros.

O direito à saúde, apesar de se enquadrar com maior afinco à segunda dimensão e apesar de já aparecer nas convenções e declarações citadas, bem como na Declaração Francesa de Direitos Humanos de 1789, foi na Declaração de 1948 (ONU, 2008) que, pode-se dizer, conseguiu contornos de direito humano, pois, no artigo XXV, está afirmado que

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 desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ligando-se o direito à saúde à vida e à dignidade das pessoas, conforme já outrora afirmou-se, participando da evolução dos direitos humanos e constando de documentos internacionais de direitos humanos, não há como retirar-lhe tal característica. Os direitos humanos relacionam-se com a dignidade e igualdade das pessoas, assim como o direito à saúde, não havendo como dissociar os dois direitos.

Tentando-se, agora, enquadrar a saúde como direito fundamental, certo é que, nas Constituições Federais brasileiras passadas, já existiam algumas menções à saúde, acompanhando a tendência de algumas Constituições estrangeiras. Dallari, S. (1995, p. 23) sustenta que, nas Constituições italiana de 1947, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, já havia, na primeira, a menção da fundamentalidade da saúde e, em todas elas, a necessidade de proteção e promoção da saúde.

Gonçalves (2006, p. 111-112) afirma que a saúde já era tema da Constituição de 1824, mas como questão pessoal, ligada à pobreza e “[...] a partir da noção emergencial dos *socorros públicos*”. A saúde não era, ainda, um direito fundamental, assim como continuou a não ser na Constituição de 1891, dado o seu cunho estritamente liberal.

A mesma autora, já na página 113, ao tratar das Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, afirma que, apesar de terem um título relacionado à ordem econômica e social, “[...] as políticas públicas, no período em evidência, não se aproximaram de fato dos padrões mais universais do *welfare state*”, evidenciando a falta de noção do conceito de saúde como direito

humano e fundamental, ligado à dignidade. No entanto a autora afirma que, ao menos, a Constituição de 1934 tratava como fim da ordem econômica a existência digna, a de 1946 estabelecia a justiça social como princípios dessa ordem, assim como as de 1967 e 1969, mas não afirma a ligação desses princípios com a saúde.

Já segundo Schwartz e Bortolotto (2008, p. 258), as Constituições anteriores até possuíam normas sobre a saúde, mas “[...] o enfoque principal sempre foi no intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Todavia, a Constituição de 1988 passou a tratar a saúde como verdadeiro direito fundamental do cidadão”.

Assim, desde a Constituição de 1988, a saúde é, ao mesmo tempo, além de direito humano, também fundamental, uma vez que está positivado em nossa Constituição e uma vez que ela própria o intitulou como fundamental, quando afirmou ser também direito fundamental à vida, além de também se enquadrar como fundamental por causa do seu caráter de essencialidade ligado à dignidade da pessoa humana. Conforme Schwartz e Bortolotto (2008, p. 258-259), os dispositivos que tratam da saúde na Carta Magna de 1988 são: artigos 196, parágrafos 6º, 7º, IV e XXII, 23, II, 24, XII, e 30, I. A Emenda Constitucional 29 acrescentou a alínea “e” no artigo 34, VII, possibilitando intervenção da União quando não houver sido destinada renda mínima à saúde e modificando o artigo 35, III, com possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, além dos artigos 197, 129, II, 198 e 200. Acrescentou-se outros.

Nos dizeres do artigo 5º (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2009, 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 e à propriedade [...]”. Da mesma forma, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos conforme o artigo 3º, inciso IV (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2009, p. 7).

Ademais, consta a saúde como também um direito social, no artigo 6º, integrante do Título II da Constituição de 1988, nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Não há, portanto, qualquer dúvida de que o legislador constitucional entendeu a saúde como direito fundamental, dada a sua importância na vida das pessoas da nação. Schwartz e Bortolotto (2008, p. 257) afirmam que, com a chegada da CF de 1988, a saúde se tornou destaque em função de sua inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais.

Segundo Amaral (2001 p. 100), “Já sob o panorama dos direitos fundamentais, reconhece-se a existência de um valor ontológico residente na dignidade da pessoa humana, não mais se reconhecendo como lícito um *status*, ainda que meramente fático, que negue tal dignidade a quem quer que seja”. Assim, conforme determina o artigo 1º da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana é um princípio tido como um dos fundamentos da República (BRASIL, 2009, p. 7), ligado à saúde, ou seja, a saúde passou a ser um dos direitos que levam à dignidade, ela se torna fundamental para a concretização desse fundamento da República brasileira.

Tão fundamental que “[...] foi reconhecido um caráter de eternidade – cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV). Houve, nitidamente, a proposta de não apenas declarar os direitos fundamentais, mas, sobretudo, concretizá-los” (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 260).

Dessa forma, ligada à dignidade, a saúde é ainda essência da própria pessoa humana, bem como inalienável, enquadrando-se nos direitos fundamentais (BINENBOJM, 2002, p. 245), o que é constatado pela OMS, quando alega que “[...] a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano” (DALLARI, S.,1995, p. 19).

### 3.3 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL A PRESTAÇÕES

Conforme demonstrado, a saúde se enquadra como um direito humano e fundamental e se encontra no título dos direitos sociais brasileiros. Decerto, ela participou da segunda dimensão dos direitos humanos, uma vez que a exploração efetivada pela burguesia visando, cada vez mais, lucros, levou à eclosão da reivindicação por melhores condições de trabalho e de vida.

Assim, ao mesmo tempo em que pode ser caracterizada a saúde como direito humano e fundamental, pode também ser identificada como um direito social. Explica Lopes (2008, p. 174) que, “Em meio à crise do liberalismo no primeiro pós-guerra (pós-1918), a expressão

direito social referia-se ao direito do trabalho, ou seja, ao campo do direito que passou a cobrir as relações entre empregados e empregadores”.

No entanto, acompanhando a tendência mundial de evolução dos direitos humanos e fundamentais, “Com o sistema atualmente vigente no Brasil, os direitos sociais foram desvinculados dos direitos trabalhistas e foram chamados universais” (LOPES, 2008, p. 174). O autor cita o artigo 196 da Constituição Federal, que trata a saúde como direito de todos, bem como o artigo 205, que considera a educação da mesma forma. Mais detalhadamente,

Com o passar do tempo, portanto, foram considerados sociais os direitos de acesso aos serviços prestados de forma universal na forma de bens coletivos, tais como educação e saúde e cujos beneficiários eram em primeiro lugar os trabalhadores mesmos. Tais prestações pretendiam constituir-se em meios de integração social das classes inferiores, não apenas os trabalhadores empregados. Dessa forma, passaram a ser chamados [*sic*] direitos sociais as pretensões a serviços dessa natureza, serviços que a rigor poderiam ser comprados no mercado (de saúde ou educação) (LOPES, 2008, p. 174).

Certo é que a saúde se encontra no rol do artigo 6º da Constituição de 1988, no título identificado como “direitos sociais”. Ocorre que, além dessa certeza positiva de que a saúde é um direito social, temos o fato de que sociais são os direitos voltados à realização da cidadania, propiciando uma vida melhor e maior inclusão na sociedade. “O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade” (TAVARES, 2007, p. 429), pois

De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares (TAVARES, 2007, p. 429).

Entretanto deve-se obter atenção ao verificar os direitos sociais, pois, ao mesmo tempo em que se voltam para a promoção da igualdade, “[...] a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais [...] se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão (SARLET, 2006a, p. 57).

Outro ponto de descuido e ideias equivocadas é o fato de a segunda dimensão ser de direitos positivos. Comumente, os doutrinadores afirmam a primeira dimensão como eclosão de

direitos negativos, voltados à abstenção por parte do Estado, a fim de garantir a liberdade. Já a segunda dimensão é a tida como geradora de direitos voltados à ação do Estado, ou seja, o Estado deveria atuar positivamente no intuito de garantir direitos sociais e proteger o cidadão dos abusos causados pela burguesia durante os tempos de liberdade e omissão do Estado.

De fato, alguns chegam a confundir os direitos de segunda dimensão, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais com apenas uma via positiva, entendendo, de forma geral, que o Estado Social, coincidente com essa dimensão, deveria apenas oferecer ações positivas em prol dos direitos e garantias fundamentais. Tal pensamento é um engano. Nas palavras de Sarlet (2006a, p. 56-57),

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa [*sic*] ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Um exemplo de direitos sociais, e, portanto, de segunda dimensão, mas que se identificam não com uma via positiva (uma prestação positiva por parte do Estado), mas com uma abstenção desse Estado, ou, conforme nomenclatura utilizada, direitos negativos, é a possibilidade do direito de greve e a reunião dos trabalhadores em sindicatos. É claro que, no Brasil, os sindicatos surgiram em um período de absoluto controle do Estado e eram submetidos a ele, mas, mundialmente, a possibilidade do direito de greve e da reunião dos trabalhadores para a busca de melhores condições de trabalho e vida veio em uma concepção de direito social permitido pelo Estado, sem a sua atuação positiva.

Dessa forma, também a saúde, como um direito social, pode ter ambos os aspectos, negativo ou positivo, e pode demandar uma abstenção ou uma ação tanto das autoridades como dos entes privados. No entanto “A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva [...]” (SARLET, 2006, p. 56). Ou seja, os direitos sociais podem ser identificados como os demandantes de uma prestação positiva do Estado. Nesse prisma, Galindo (2006, p. 63) explica que

A realização de tais direitos fundamentais implica uma responsabilidade ativa por parte do Estado na implementação de políticas públicas norteadas para essa realização, ou seja, uma ‘quota de responsabilidade’ do Estado de prestar serviços à sociedade, almejando o bem-estar social. Só que tal responsabilidade estatal está condicionada aos meios e recursos existentes no orçamento do Estado para realizá-los. Se o Estado não possuir esses recursos, não conseguirá efetivar os direitos

sociais e econômicos, ainda que tais direitos tenham previsão constitucional expressa, pois, salvo algumas exceções (liberdade sindical e profissional, por exemplo), os direitos de segunda dimensão não são autoexecutáveis (*self-executing*), dependem da ação do Estado e, exatamente por isso, apresentam um acentuado déficit de exequibilidade e justiciabilidade.

E o direito à saúde pode ser classificado justamente nessa seara, pois “[...] exige do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia e efetividade [...]”. Dessa forma, “[...] o direito público subjetivo à saúde é indisponível representando o bem jurídico constitucionalmente tutelado e integrando o rol dos direitos fundamentais. É, pois, um verdadeiro direito prestacional” (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 257).

Ocorre que, demandando prestações do Estado, os direitos sociais, dentre eles a saúde, necessitam de recursos financeiros e não financeiros para sua concretização. Nos dizeres de Lopes (2001, p. 1175-176), “[...] todos os direitos têm custos. Tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, alguns deles chamados direitos de prestações positivas, têm custos. E isto é verdade, se bem seja necessário fazer alguma distinção”.

Nesse ponto, vale dizer que garantir a liberdade dos cidadãos, protegendo suas propriedades e integridade, também gera custos para o Estado, pagos por toda a população por meio dos impostos. No entanto esses não são gastos específicos segundo a necessidade de cada cidadão. Assim, “[...] quando se fala dos custos dos direitos, é fora de dúvida que os custos dos direitos de liberdade existem. Mesmo assim, não funcionam a meu ver exatamente como os custos dos direitos sociais” (LOPES, 2008, p. 177).

O mesmo autor, já nas páginas 176 e 177, faz análise interessante, especificamente sobre o direito à saúde. Para ele, “[...] o serviço de saúde (e um pouco menos o de educação) tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto”. Ele afirma que nem todos ficarão doentes ao mesmo momento, ou precisarão dos mesmos remédios, gerando o mesmo volume de custos. “E isto porque, ao garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente uma prestação positiva que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo.” Cita idade, etnia, gênero, localização geográfica como pontos de diferenças.

Também a propriedade (direito de primeira dimensão e tida como um dos direitos de liberdade) demanda uma atuação diversa do Estado em comparação à saúde (direito social a

uma prestação positiva do Estado). De fato, observando-se os artigos 5º, XXII, e 196 da Constituição, verifica-se que a propriedade “é garantida”, mas a saúde “é direito de todos e dever do Estado”. “O Estado não se obriga a dar acesso à propriedade (de que bens?) a todos, mas a garantir que os que gozam da propriedade não serão esbulhados. Já quanto à saúde, o Estado ficou obrigado a garanti-la, mas, claro, mediante políticas sociais e econômicas [...]” (LOPES, 2008, p. 177).

Ocorre que, em função de toda essa questão do custo, especialmente dos direitos sociais a uma prestação positiva do Estado, “[...] aliada ao caráter não taxativo dos direitos fundamentais”, o receio era de que esses direitos tivessem “[...] uma força normativa duvidosa [...]”, prejudicando sua importante efetivação. Isso, especialmente, pelo fato de serem caracterizados como normas programáticas, “[...] aquele tipo de normas sem eficácia imediata, representando antes um compromisso do Estado com a possível realização dos programas socioeconômicos, sem, no entanto, tomar providências imediatas para tal”. Por isso, o Brasil, em sua Constituição, assim como também fizeram outros países, entendeu os direitos de segunda dimensão como de aplicabilidade imediata. Mas muitos consideram a exclusão de muitos direitos dessa natureza porque irrealizáveis (GALINDO, 2006, p. 63).

É nesse ponto que a crítica a essa aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais a prestações, bem como à teoria da máxima eficácia dos direitos fundamentais, se faz presente. Amaral (2001, p. 107) afirma que, “Ao se extraírem pretensões positivas dos direitos fundamentais, sua realização passa a demandar emprego de meios financeiros. Em decorrência, tais direitos passam a vigor sob a reserva do possível”.

É bem verdade que os direitos à saúde e à educação têm uma realidade diferente. Eles encontram sua efetivação por meio da prestação do mesmo serviço pela iniciativa privada (LOPES, 2008, p. 175), prática já enraizada na sociedade. Nesse prisma, os particulares e, especialmente, quanto à questão do presente trabalho, as empresas de planos de saúde, como será demonstrado, realizam um papel importante diante da falta de recursos estatais.

Assim, dado o caráter de humano, fundamental e social a prestações positivas, ligado à dignidade e à igualdade, como se afirmou aqui, o fato é que o direito à saúde tem grande importância para a vida das pessoas. No entanto, sendo classificado como direitos a prestações positivas do Estado, ele demanda recursos, de maneira que a teoria da eficácia

máxima dos direitos fundamentais e a total aplicabilidade imediata de tais direitos se tornam irreais e inatingíveis.

### **3.3.1 O caso da reserva do possível e o mínimo existencial**

Conforme afirmado, em um primeiro momento, dada a carga de importância de um direito humano e fundamental como a saúde, a tendência é buscar a sua máxima eficácia, mas, sendo enquadrada em um direito social a prestações positivas, a eficácia e a efetividade estão condicionadas ao montante de recursos disponíveis.

Os defensores da máxima eficácia, por certo, defendem que há a maior importância em dar máxima eficácia aos direitos sociais encontrados na Constituição, mas não comentam o conteúdo e a estrutura desses direitos (AMARAL, 2001, p. 113). Essa posição não está associada “[...] a qualquer concepção dos direitos fundamentais, mas a um positivismo extemporâneo, fundado na premissa de que, se ‘está na lei’, é direito, associada a uma compreensão a nosso ver equivocada da efetividade das normas constitucionais” (AMARAL, 2001, p. 113). Nos finais dizeres de Amaral (2001, p. 117),

Pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as consequências financeiras e eventuais impossibilidades do erário, é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá [...] e, ainda, desequilíbrio entre as pretensões voltadas para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias e, ainda, com anseios difusos, voltados para um estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas.

Assim, a seara dos direitos fundamentais sociais a prestações positivas do Estado é uma das mais problemáticas em termos de efetivação. “Além da dificuldade para concretizá-lo no plano formal em função do modelo de produção do direito para resolver disputas interindividuais [...]”, observa-se “[...] a dificuldade operacional da obtenção e aplicação adequada de meios e recursos para levá-los à efetividade [...]” (GALINDO, 2006, p. 64).

Ao contrário do que afirmam os defensores da máxima eficácia e também da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, e também dos direitos sociais a prestações positivas, com a alegação da dependência dos recursos necessários para implementação dos

direitos sociais, o que se pretende é o fortalecimento desses direitos. Nos dizeres de Lima (2008, p. 276), “Não se pretende, dessa forma, restringir o âmbito de aplicação deste direito social, e sim fortalecê-lo, através de uma aplicação racional e criteriosa [...]”, afirmando a descaracterização do conceito de direito fundamental pelo seu enfraquecimento em função da inflação desses direitos.

Dessa forma, o que se deduz é que a máxima eficácia deve ser entendida em relação ao custo dos direitos, ou seja, enviar esforços para o cumprimento dos direitos, mas não tentar a efetividade deles a despeito do montante financeiro do qual dependem. Segundo Caliendo (2008, p. 199-200), opinião com a qual concorda-se,

Somos da opinião que uma compreensão da razoável da [sic] proteção dos direitos fundamentais sociais deve ser realizada mediante uma *eficácia máxima* possível implica em levar o custo (*reserva do possível*) e a complexidade (*reserva de consistência*) da efetivação dos direitos fundamentais sociais a sério. Desse modo, nessa concepção existiria uma proibição de insuficiência no fornecimento e a preservação do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana.

A alegação da reserva do possível foi firmada primeiramente na Alemanha, segundo Sarlet (2006, p. 301), no julgamento do “pragmático caso *numerus clausus*”. Consta que, não havendo vagas no ensino superior, e tendo sido ajuizado processo na Corte Constitucional Alemã, esta entendeu que o número de vagas depende do que “[...] o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade [...]”. Assim, “[...] mesmo que [sic] dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (SARLET, 2006, p. 301).

Ao que consta, a reserva do possível surgiu em um contexto social e político, uma vez que não há como dissociar-se dele. “O contexto é o das promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social da segunda metade do século XX.” (LOPES, 2008, p. 173). É claro que “A respectiva história poderia ser traçada mais longe, desde a crise do liberalismo constitucional experimentada no Ocidente depois da Grande Guerra de 1914-1918. Mas podemos confortavelmente ficar com a onda constitucionalista da segunda metade do século XX” (LOPES, 2008, p. 173).

Nos dizeres de Figueiredo, M. F. (2007, p. 131), “A teoria da reserva do possível tem origem sobretudo nas formulações de dois juristas alemães, propostas no início dos anos de 1970 e depois acolhidas pela jurisprudência constitucional daquele país”. Os juristas seriam Häberle e Martens.

No entanto uma distinção parece-nos importante: “A reserva do possível de caráter econômico não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a impossibilidade técnica ou com a escassez (LOPES, 2008, p. 181). E completa o mesmo autor, com exemplos, afirmando que

Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de um medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabem ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos.

Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas (LOPES, 2008, p. 181).

Assim, está em questão o “caráter igualitário do acesso à saúde”. Em outras palavras, “[...] o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter universal (deve contemplar a todos os que se encontram naquela situação) e igualitário (ou seja, não pode preferir a uns ou outros, não pode conceder a uns e não a outros)”, porque, no artigo 196 da Constituição de 1988, indica-se que a garantia de saúde se dá mediante políticas sociais e econômicas e tem caráter igualitário e universal (LOPES, 2008, p. 181).

Já Caliendo (2008, p. 201) afirma outra forma diferente de visualizar a reserva do possível, mas redundante na mesma conclusão. Para ele, “A chamada *reserva do possível* pode ser de ordem *fática* (falta de recursos) ou *jurídica* (orçamentária). A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento”.

Amaral (2001, p. 116) fundamenta a reserva do possível de forma diversa. Para ele, ao que parece, essa alegação seria questão não de falta de recursos, mas de alocação desses recursos, pois afirma que “A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha *desproporcional, imoderada ou não* razoável por

parte do Estado”. Seria uma questão de ponderabilidade de direitos a serem assegurados e outros a serem sacrificados. Assim,

Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparentemente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesses seriam sacrificados. Demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador (AMARAL, 2001, p. 117).

Silva, S. (2007, p. 183) comenta a real intenção da criação dessa teoria, qual seja, “[...] retirar a exigibilidade dos direitos sociais oponíveis ao Estado alemão, para submetê-los à discricionariedade das decisões governamentais e dos parlamentares, por meio da composição dos orçamentos públicos”. Afirma que, em função disso, o professor Ricardo Lobo Torres nega a jusfundamentalidade dos direitos econômicos e sociais, “[...] para só conceber aqueles tocados pelos interesses fundamentais ou pelo mínimo existencial, representado pela condição de liberdade”.

Não se pensa dessa forma. Por mais que a teoria tenha vindo em função da retirada de exigibilidade dos direitos sociais em face do Estado, o fato é que, em primeiro lugar, no Brasil, a alegação da reserva do possível é vista como falta de recursos, e isso não se pode negar ser uma realidade. Em segundo, a afirmação de Ricardo Lobo Torres se torna demasiadamente forte, ao não encontrar fundamentalidade em todos os direitos sociais. Essa visão faz parte das múltiplas teorias sobre o mínimo existencial, as quais serão vistas mais adiante.

Assim, acredita-se que a doutrina pátria entende, de forma acertada, a reserva do possível como a questão da escassez de recursos. Nos dizeres de Silva, S. (2007, p. 183), a concretização das prestações positivas devem encontrar limites “[...] na riqueza nacional ou na situação econômica de um país, visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e na possibilidade de garantir a total felicidade do povo”. E o referido autor completa, já na página 188, corroborando a ligação definitiva da teoria da reserva do possível com a falta de recursos, pois afirma que,

Como desenvolvimento conceitual do mínimo existencial, a teoria da reserva do possível sofreu modificações, deixando de ser um elemento de discricionariedade

política a cargo do Poder Executivo e Legislativo, na definição do conteúdo de determinados direitos sociais, para assumir contornos mais claros no que pode ou não ser atendido pelo Estado.

Também Sarlet e Figueiredo, M. F. (2008, p. 29) sustentam que se pode entender por reserva do possível que “[...] a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”.

Ocorre que há quem pense de maneira diversa, ao que tudo indica, erroneamente. É o caso de Mastrodi (2008, p. 96-104). O referido autor afirma que a economia não é uma ciência que não possa ser modificada pelos homens, e as normas de distribuição não estão “[...] já construídas pela realidade econômica”. Ao contrário, afirma que

[...] a Economia não possui essa força. A realidade, qualquer realidade, é construída a partir de pressupostos e a partir da experiência, do desenvolvimento desses pressupostos, da convenção e do consenso entre vários pontos de vista. A realidade é criada pelos homens na medida em que se relacionam. Os valores (tanto em sede de matriz liberal como em sede de matriz social) vão sendo conferidos às coisas pelas pessoas, tendo por base a consolidação das relações intersubjetivas, com base tanto na comparação com o valor dado às outras coisas quanto com o valor das próprias coisas ao longo do tempo e das condições particulares de cada situação.

Assim, afirma o autor que os valores econômicos são relativos assim como os sociais. Mas, em um âmbito de Estado Democrático de Direito, “[...] a proteção aos direitos de todos os membros da sociedade passa a ser um valor de magnitude tal que a Economia não pode mais ser vista como algo que não esteja em função da proteção da dignidade humana”. E conclui, dizendo que a reserva do possível pode ser válida quando há falta de recursos em termos absolutos, mas no Brasil não, pois

[...] tal *reserva* não é justificativa para negar ações sociais em países com economias consideradas entre as maiores do mundo, como é o caso do Brasil. Numa situação como a brasileira, a *reserva do possível* nada é senão pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais. Numa situação destas, isto não é uma reserva do possível, mas uma reserva de injustiça (MASTRODI, 2008, p. 103-104, grifos do autor).

Não nos parece real tal alegação, até porque, mesmo tendo uma das maiores economias do mundo, o Brasil é um país com crescente população, com crescente expectativa de vida longa, bem como, no caso da saúde, há sempre uma nova droga e uma nova cura, custosas, ambas, a se levar ao montante gasto com os direitos.

No entanto não se pode pensar que a reserva do possível se limita a apenas ser um obstáculo fático e jurídico dos direitos fundamentais sociais a prestações positivas. Nos dizeres de Sarlet e Figueiredo, M. F. (2008, p. 30), ela pode também ser considerada “[...] garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação [...] e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais”. Ou seja, pode ser utilizada “[...] com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.

Observe-se, por exemplo, o caso do presente trabalho. A verificação de que há limites fáticos para a concretização de direitos sociais a prestações positivas indica que a saúde depende de recursos para sua concretização, demonstrada sua classificação como direito humano, fundamental e social a prestação positiva. Desse modo, comprovada a falta de recursos, ou a reserva do possível, esta ajudará a concretização do direito à saúde, uma vez que, com muito maior razão, será a determinação do ressarcimento como um meio de se levar a igualdade à saúde.

Ao mesmo tempo, sendo a reserva do possível um limite aos direitos fundamentais, e trabalhando contra a efetivação deles, há a necessidade de o direito fundamental “[...] ser construído em consonância com os valores tutelados pelo Estado Democrático de Direito, buscando-se uma harmonização com os demais princípios (DE CONTO, 2008, p. 93). Em outras palavras,

Deve-se tentar para que o princípio não seja utilizado como um discurso político autorizador de medidas retrocessivas, notadamente em países periféricos como o Brasil, onde a escassez de recursos públicos em face das necessidades da sociedade é geralmente apresentada como justificadora do desrespeito às diretrizes constitucionais e da ineficiência em implementar direitos sociais (DE CONTO, 2008, p. 93).

Assim, a questão do mínimo existencial se torna relevante. No entanto, como se chegar ao mínimo existencial? Conforme Caliendo (2008, p. 201), também “Concordamos que não se pode negar a efetividade dos direitos fundamentais pelo argumento de que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser mais bem implementados [...]”, uma vez que os recursos são escassos e as necessidades sempre estão aumentando. “Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada

verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais”, como, inclusive, vimos ser classificada assim a saúde (BIGOLIN, 2004).

Decerto que há variadas interpretações em relação à efetividade dos direitos sociais e ao mínimo existencial, “Mas ainda existe uma zona de penumbra a despertar intensas discussões no Brasil”. No entanto deve-se verificar o “[...] exato limite dentro do qual é obrigatório prever e implementar a entrega de prestações públicas” (TORRES, 2008, p. 80). O mesmo autor, na mesma obra, nas páginas 69 a 86, faz uma análise de seu pensamento e de alguns autores da doutrina brasileira.

Em primeiro lugar, ao que parece, e conforme já foi dito neste tópico, Torres entende que mínimo existencial são os direitos fundamentais sociais, e isso seria diferente de direitos sociais (2008, p. 80). Afirma ele que há “Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser orçamentária”.

Para o autor (2008, p. 81), os direitos econômicos e sociais estão submetidos à reserva do possível ou à divisão orçamentária, mas o mínimo existencial não. No entanto ele entende uma dificuldade nessa distinção quando se trata da saúde. E não é para menos, já que ela se envolve diretamente com a vida e com a dignidade humana. Em seus dizeres, já na página 82,

O problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações de saúde após as emendas constitucionais vinculantes (ex.: EC 29/2000). Nesses casos a política pública se torna indispensável e a decisão judicial deve obrigar à implementação da *policy* pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo) (grifo do autor).

Já Amaral (2010, p. 38-44) entende que todos os direitos estão submetidos à reserva do possível, pois todos os direitos têm custos. Para tanto, cita, nas páginas 38 a 44, o estudo “The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes” de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, afirmando que mesmo os direitos de defesa, entendidos como concretizados com uma abstenção do Estado, custam valores financeiros, mas, caso seja decidido pelo Judiciário, não importam em “consumo de meios para sua execução” (2010, p. 63).

Ocorre que, segundo o autor, é bem verdade que os primeiros direitos, de defesa, cuja efetividade não depende de uma ação direta estatal, também dependem de recursos, mas, quanto aos direitos que chama de “dependentes”, há uma “competição por recursos escassos” (AMARAL, 2010, p. 44-45).

A solução do autor é, na interpretação de Torres (2008, p. 76), que um direito deve ser prestado quando for essencial (e aí liga-se o direito ao mínimo existencial e à dignidade) e por conta da excepcionalidade (quanto mais essencial a prestação, mais excepcional deve ser a desculpa para não cobrir aquele direito). Só situações concretas é que podem dizer a existência desses dois critérios. Mas Torres (2008, p. 76-77) afirma que essa posição possui desvantagem porque os dois argumentos são cláusulas abertas. No entanto “[...] tem o mérito de criar mecanismo para a interpretação da exigibilidade das prestações de saúde, que desde a Lei 8.080/90 ficam na zona cinzenta entre os direitos fundamentais e os sociais”.

Conforme Barcellos (2002, p. 273), ao que pôde ser entendido, os direitos sociais são fundamentais, mas, dentro deles, há uma divisão do mínimo existencial, que é ligado à dignidade humana e que não está sujeito à reserva do possível. “Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.” Ou seja, são direitos fundamentais e subjetivos de aplicabilidade imediata em face do Estado. Assim, nos dizeres da autora (2002, p. 258),

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário (grifos da autora).

Mas o que seria saúde básica? A autora afirma, já na página 285, que seriam o atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e o saneamento, além de afirmar, também, na página 281, as ações de prevenção epidemiológica. Sustenta, na mesma página, que essas indicações de saúde básica encontram-se na Constituição, nos artigos 23, inciso IX, 198, inciso II, 200, incisos II e IV, e 227, inciso I. Mas também afirma, na página 282, que um parâmetro interessante seriam as condições mínimas a serem asseguradas pelos planos de saúde, conforme determinou a Lei 9.656/9.

Por fim, mas não menos importante, Sarlet também defende o mínimo existencial conforme a dignidade humana, mas não se arrisca a dizer o que seria ele, afirmando apenas que deve ser verificado no caso concreto. Ocorre que, ao que tudo indica, entende que, no caso da saúde, o mínimo existencial tem um sentido mais amplo.

Assim, para ele (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 18), “A vinculação dos direitos (fundamentais) sociais com o que passou a ser designado de uma garantia de um mínimo existencial é evidente [...]”, mas afirma que há aspectos controversos. Continuam os autores (2008, p. 25-26), afirmando que,

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomando aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no último segmento!) – tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais [...].

[...] este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o esmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.), não dispensando, portanto, a necessária contextualização [...].

Torres (2008, p. 77-78), citando a obra de Sarlet, especialmente *A eficácia dos direitos fundamentais*, parece traduzir mesmo as ideias do autor. Sustenta que ele divide os direitos fundamentais em de defesa e direitos a prestações. Os direitos sociais prestacionais são direitos subjetivos a prestações, que são direitos fundamentais sociais, mas encontram limite na reserva do possível e na competência do Legislativo. Se houver tangência com o valor da vida e da dignidade, ou, de uma análise de ponderação, resultar a prevalência dos direitos sociais prestacionais, há como reconhecer, na esfera do mínimo existencial, um direito subjetivo a prestações. O mínimo relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, que é princípio fundante dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou prestacionais, mas admitindo ponderação.

Concorda-se, neste trabalho, com a posição de Sarlet e de Barcellos, conforme tudo o que foi dito no capítulo 2, bem como nos itens acima. De fato, o direito à saúde é um direito humano e fundamental, mas é também direito social a prestações positivas, demandando recursos financeiros (ou não financeiros) para sua concretização. Mas o mínimo existencial deve ser

identificado e concretizado como um direito subjetivo, a despeito da alegação de reserva do possível.

Esse mínimo tem relação com a dignidade da pessoa humana, ou seja, caso haja um direito social relacionado com a vida e a dignidade humana, como é a saúde básica, por exemplo, conforme dizeres de Barcellos (ou de outros pontos da saúde a serem verificados em cada caso concreto, conforme Sarlet), a alegação de reserva do possível não pode prosperar, sob pena, aí sim, de enfraquecimento e inefetividade dos direitos fundamentais. O limite é tênue, mas precisa-se de uma linha divisória a fim de não se tornar a afirmação da reserva do possível uma constante e despropositada alegação em prol da injustiça social.

### 3.4 OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA INICIATIVA PRIVADA NA ÁREA DA SAÚDE

No Brasil, a prestação da saúde se mostra em duas vias: a saúde pública e a saúde privada, tendo ambas o mesmo objeto, prestação da saúde, mas não necessariamente as mesmas regras e os mesmos procedimentos.

De fato, a saúde pública é regida pela Lei 8.080/90, que disciplina a prestação dos serviços públicos pelo Sistema Único de Saúde e pelas entidades particulares complementares, possuidoras de contratos ou convênios com o Estado. As regras, aqui, são de direito público, e o acesso a essa saúde é universal, conforme ditames da própria Constituição Federal. Aqui se misturam saúde pública e saúde complementar (entidades privadas prestando saúde por contratos celebrados ou convênios com o SUS).

Já a saúde privada ou suplementar é regida pela lei dos planos de saúde, já demonstrada no capítulo 1. Entidades privadas fornecem atendimentos diversos a pessoas que podem efetuar o pagamento por esse serviço. É uma atividade econômica, regida pelos princípios do direito privado, mas não se pode esquecer ser também um serviço de direito humano e fundamental, de grande importância para a sociedade, razão pela qual também possui outros princípios ligados à efetivação desses direitos.

Feita essa breve introdução, importante é verificar quais os fundamentos que levam a responsabilidade do Estado e da iniciativa privada na prestação da saúde, mormente quais as atividades que essas duas esferas devem efetuar para cumprimento de seu papel na sociedade.

### **3.4.1 Saúde pública: eficácia vertical do direito à saúde**

#### **3.4.1.1 A evolução da saúde pública no Brasil**

A saúde pública no Brasil, com toda certeza, não surgiu desde o início, com a independência brasileira. Ela desenvolveu-se ao longo da promulgação das Constituições e da edição das leis reguladoras do setor. Por óbvio que não se conseguirá, no presente trabalho, identificar todas as regulamentações referentes à saúde pública. No entanto proceder-se-á à verificação de sua evolução mediante a observação das medidas tomadas por meio da legislação federal mais impactante, especialmente em relação à criação do Sistema Único de Saúde.

Nos dizeres de Gregori (2007, p. 26), “[...] saúde pública pode ser entendida como um serviço público, no qual a prestação de serviço de saúde é prestada diretamente pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, aos seus administrados”. Assim, a saúde pública no Brasil é prestada tanto pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, quanto pelas empresas privadas contratados pelo Estado ou conveniadas com ele. Salienta-se que essa última modalidade de prestação de serviço não se confunde com a saúde suplementar, conforme já identificado e que será objeto de estudo mais adiante.

Hodiernamente, a saúde pública, prestada, basicamente, pelo SUS, viu a sua consolidação “[...] na Constituição Federal de 1988, e que foi normatizado pelas Leis 8.080, de 19.09.1990 – Lei Orgânica da Saúde, e 8.142, de 28.12.1990 [...]” (GREGORI, 2007, p. 26). Ambas as leis “[...] dispõem sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e o sistema de transferência de recursos financeiros, e pelas Normas Operacionais Básicas (NOB 91, 93 e 96).” Gregori (2007, p. 26), que, em poucas palavras, resumiu muito bem o funcionamento do SUS, afirmou que

O SUS é fundamentado em três diretrizes básicas: a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade. Seu financiamento deve ser partilhado entre

os três níveis de governo, federal, estadual e municipal. Esse modelo deve levar em conta que a questão da saúde não pode ser vista isoladamente, mas associada a políticas públicas de saneamento, alimentação, transporte, emprego e lazer.

Voltando-se ao início da saúde pública no Brasil, a obra *Direito sanitário e saúde pública* (BRASIL, 2003, p. 13-57) é que melhor consegue efetuar uma evolução detalhada da saúde pública no Brasil. Será seguido o que é afirmado nessa obra.

Nesse diapasão, é afirmada, apenas, na Constituição de 1934, a preocupação com o direito social à saúde. Antes da terceira década do século XX, as inquietações em torno da saúde eram apenas com a mortalidade infantil, higiene mental e propagação de doenças. No período colonial, o Estado não prestava a saúde, sendo ela cuidada pelos cirurgiões-barbeiros, boticários-físicos ou pelas santas casas de misericórdia.

Consta que, em 1828, foi instalada uma inspetoria para verificar passageiros doentes nos portos, e, de 1902 a 1906, foram realizadas demolições em casas de bairros considerados insalubres. A revolta da população aumentou com a vacinação obrigatória em São Paulo, gerando a Revolta da Vacina em 1904.

Em 1923, a Lei Eloy Chaves criou o que seria, posteriormente, formalizado para várias outras profissões ao longo da evolução da saúde pública no Brasil: Caixa de Aposentadoria e Pensões para os ferroviários.

Em 1930, foi criado o Ministério da Educação e da Saúde, sem que esta tivesse importância de direito humano e fundamental, muito menos de direito social e dever do Estado, e foi criada, também, a Conferência Nacional de Saúde, que passou a se realizar de dois em dois anos no máximo. Até aqui, as ações de saúde eram realizadas em favor dos trabalhadores de diversas categorias, em Caixas de Assistência próprias, ligadas à aposentadoria.

A 1ª Conferência Nacional de Saúde realizou-se em 1941 (seguida de outras ao longo dos anos, até chegar à 11ª, pelo menos nos dizeres da obra aqui citada, realizada em 2000), e, após ela, foi editada a Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil, para coordenar os serviços de saúde no Brasil. Decerto, uma primeira tentativa, mesmo que inconsciente, de agrupar os serviços de saúde.

Em 1953, foi dado um passo importante para a independência da saúde no Brasil, com a criação do Ministério da Saúde, e, em 1974, mais um indício de que o Brasil seguiria o caminho do direito social à saúde como dever do Estado, com a criação das Coordenadorias Regionais de Saúde para apoiarem o Sistema Nacional de Saúde.

Em 1978, a OMS realiza a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários com a Saúde, identificando a necessidade de atuação dos governos, fazendo com que o Brasil, em 1982, criasse o Conselho Nacional de Administração da Saúde Previdenciária. Nesse período, “O Movimento Sanitário cresceu e ganhou legitimidade atingindo outros segmentos da sociedade, como sindicatos e centrais sindicais, os movimentos populares de saúde, alguns gestores e parlamentares” (BRASIL, 2003, p. 37), e, “Em 1985 deu-se início à universalização da atenção à saúde” (BRASIL, 2003, p. 37), contando com a participação popular. Nas palavras de Cury (2005, p. 38),

As reformas setoriais dos anos 80 do século XX, visando acesso universal, integralidade da atenção, ênfase em ações de promoção e proteção da saúde, descentralização e participação social, adquiriram expressão legal e institucional com a CRFB/88 e com a integração dos serviços de saúde pública através do SUS.

Afirma o Ministério da Saúde (BRASIL, 2003, p. 40) que “Até os anos oitenta do século XX, a saúde era tratada como um ‘complemento dos benefícios’ da Previdência Social [...]” e que “Neste período instituiu-se um sistema ‘múltiplo de saúde’ no País [...]”, mesmo com a criação do Ministério da Saúde. Já em 1988, com a promulgação da Constituição de 1988, foi implantado o SUS. Segundo Sarlet e Figueiredo (2008a, p. 140), o SUS foi

[...] estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, além de consistir no resultado de aperfeiçoamentos efetuados a partir das experiências anteriores frustradas e, de outra parte, consistir em reivindicação feita pela sociedade civil organizada, sobretudo no Movimento de Reforma Sanitária que precedeu à elaboração do texto constitucional.

Mais uma vez utilizando os dizeres de Cury (2005, p. 38-39), percebe-se que o SUS representou “[...] uma importante iniciativa de dotar o Estado de capacidade jurídico-legal para mediar um processo redistributivo”. O pretendido era que o SUS acabasse com as características de fragmentação do sistema de saúde brasileiro “[...] expressas na dicotomia entre a medicina previdenciária e as políticas preventivas do Ministério da Saúde”. Afirma, ainda, a autora que uma das ações para isso foi “[...] a criação da Fundação Nacional de Saúde

(FNS), que busca melhorar a coordenação das políticas, facilitar o processo e criar condições para o desenvolvimento administrativo mais eficiente”.

Em 1990, vieram a Lei Orgânica da Saúde e a lei federal dispendo sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, o que dá margem a dizer que “A última década do século XX foi caracterizada pela edição de atos normativos e administrativos para a implementação e a operacionalização da política de saúde [...]” (BRASIL, 2003, p. 41). Seguiram-se, então, várias Normas Operacionais Básicas – NOBs –, que são referenciais de implementação do SUS no Brasil, identificando a “Ousadia de Cumprir e Fazer Cumprir a Lei”.

Conforme já foi afirmado no item 3.3.1, sobre reserva do possível e mínimo existencial, nos dizeres de Barcellos (2002, p. 281 e 285), o SUS contém quatro pontos principais a tratar, identificados na Constituição Federal: o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva, os serviços de saneamento e as ações de prevenção epidemiológica. Para isso, há as diversas normas e a legislação ordinária, guiadas pelos princípios do setor, a fim de garantir a saúde no Brasil.

#### 3.4.1.2 Princípios e diretrizes norteadores

Assim, a fim de cumprir os quatro pontos prioritários, o Sistema Único de Saúde é guiado por alguns princípios e diretrizes norteadores de sua conduta, bem como orientadores da persecução de uma melhor prestação do direito fundamental à saúde.

Um primeiro ponto a asseverar é que a saúde pública se enquadra como um serviço público e, sendo assim, encontra-se a administração pública obrigada, segundo consta da norma constituinte, a seguir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37 da CF/88). Dessa forma, qualquer atitude do setor público em prol da saúde deve se perpetrar segundo o que a lei determina, de forma a não prevalecer quem quer que seja, pautada na moral, com a total transparência e comunicação de seus atos e buscando sempre a excelência dos serviços. Fora esse fato, a finalidade e a motivação dos atos de saúde pública devem ser em prol da saúde da coletividade.

Especificadamente, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2003, p. 61) apresenta como princípio, em primeiro lugar, a “saúde como direito”. Acrescenta o fato de constar do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.080/90, que a saúde é tida como direito humano e fundamental, bem como que a importância do princípio se mostra pelas ações de saúde pública no passado, “[...] considerados apenas pontuais benefícios concedidos pela Previdência Social [...]”. Acrescenta, por fim, já na página 62, o fato de que a saúde se encontra no capítulo dos Direitos Sociais na Constituição Federal e que isso significa a “[...] responsabilidade de elaborar programas operacionais que garantam que a atenção à saúde de toda a população habitante na área de abrangência de sua competência esteja assegurada [...]”.

Conforme estipula o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde se apresenta como dever do Estado, e este deve fornecê-la aos cidadãos de forma universal e igualitária. Estes são os dois seguintes princípios a serem estudados: universalidade e igualdade.

Quanto à universalidade, ela é repetida na Lei 8.080/90, no artigo 7º, e, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2003, p. 63), liga-se à constatação da saúde como direito. Nos dizeres de Henriques (2008, p. 829-830), os ditames da Constituição, nesse sentido, foram influenciados pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, e a universalidade acabou com a exclusão que imperava em relação à saúde no Brasil. Nos dizeres da autora, “[...] apenas os contribuintes da Previdência Social tinham acesso ao sistema público de saúde [...]”.

No entanto há de se fazer uma ressalva, também segundo a autora citada, nas páginas 830 e 831, de que a universalidade não importa, necessariamente, em gratuidade dos serviços. Ela explica que o sistema de saúde pública é gratuito por força da Lei Orgânica da Saúde (8.080/90), diga-se, desde já, no artigo 43. “Por conta de tal diploma legal, restou vedada qualquer cobrança pelas ações e serviços fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, independentemente da condição socioeconômica apresentada pelo usuário”. Entretanto, quanto a procedimentos que o SUS não cobre ou em relação a medicamentos não constantes como distribuídos gratuitamente, mesmo que requeridos judicialmente, há que ser feito o pagamento, desde que isso não afete o sustento próprio ou da família (HENRIQUES, 2008, p. 830-831).

Em relação ao princípio da igualdade, a saúde pública demonstra estar de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, pois confere como princípio a igualdade

substancial. Com efeito, a prestação deve ser igual a todos, e o Estado deve se esforçar para isso. “ O que deve determinar o tipo e a prioridade para o atendimento é a necessidade das pessoas [...] e o grau de complexidade da doença ou agravo [...]”. Assim, está-se resguardando a dignidade da pessoa humana, princípio já identificado com a saúde no capítulo 2 do trabalho, no qual, pode, também, ser identificada a divisão de responsabilidades, o que constitui um dos argumentos para a defesa do ressarcimento.

De fato, a Lei Orgânica da Saúde – LOS –, identifica, em seu artigo 7º, inciso IV, que são proibidas quaisquer formas de discriminação ou privilégio em relação à prestação da saúde pública. No entanto, conforme Henriques (2008, p. 834),

Na realidade, todos os pacientes devem ter igual acesso ao tratamento que postulam, submetendo-se, no que concerne à disputa pelas vagas no hospital de sua preferência, a critérios razoáveis e transparentes de seleção. Cabível, sem dúvida, o controle dos critérios adotados, assim como a eventual propositura de ação coletiva tendente a corrigir discrepâncias gritantes no nível de assistência ofertado pelos diversos hospitais da rede pública.

Outro princípio a ser observado é a integralidade. O artigo 198, II, da Constituição Federal afirma que uma das diretrizes das ações de saúde é o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. É importante verificar, nesse princípio, a incidência direta das determinações na saúde pública da precaução e da prevenção, relacionadas à segurança e eficácia, informando a prioridade da prevenção, em nível restrito, e também amplo, “respaldando as ações de vigilância e polícia sanitária, bem como as medidas voltadas à prestação de saneamento básico e à garantia de um ambiente sadio e equilibrado” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 143). Da mesma forma,

[...] vigoram também os princípios da razoabilidade e da eficiência (não, porém, sob uma ótica economicista e utilitarista), pois não se pode considerar razoável um tratamento cuja eficiência não seja comprovada, ou que acarrete sérios riscos à saúde da coletividade, por exemplo. De outra parte, a integralidade do atendimento reflete a idéia [sic] de que as ações e os serviços de saúde devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo, de modo que sejam simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos [...] e níveis de complexidade do SUS [...].(SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 143).

De fato, segundo preceitua o artigo 5º, III, bem como o artigo 7º, II, da Lei 8.080/90, a integralidade se torna um princípio, que é identificado como sendo um “conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (BRASIL, 2010).

Nos dizeres do Ministério da Saúde (BRASIL, 2003, p. 64), antes da Constituição vigente, as ações de saúde eram pontuais, oferecidas pela Previdência Social, e reduzidas a alguns procedimentos. No entanto, com a integralidade, “a necessidade das pessoas” define o que deve ser feito em matéria de saúde pública. Nesse prisma, a integralidade “[...] significa que o cidadão tem o direito de ser atendido e assistido sempre que necessitar, em qualquer situação de risco ou agravo (doença), utilizando ou não insumos, medicamentos, equipamentos [...]”. É, sem dúvida, um “novo ‘paradigma sanitário’”, significando dignidade e cidadania.

No entanto a integralidade não quer dizer a obrigatoriedade do Estado de fornecer quaisquer tipos de medicamentos e procedimentos, pois assistência integral não quer dizer assistência ilimitada. Os atendimentos devem ser feitos “[...] de acordo com normas técnico-científicas e parâmetros racionalizadores, sob pena de revelar-se ineficaz sob o aspecto terapêutico, tornar-se economicamente inviável e vir a privilegiar alguns poucos em detrimento de muitos” (HENRIQUES, 2008, p. 835).

Assim, tratamentos experimentais, ou não aprovados no Brasil, cujos custos não podem ser cobertos pelo País, ou mesmo no caso de medicamentos mais recentes, com eficácia similar aos já adotados pelo SUS, não podem ser exigidos do Estado sob a ótica do princípio da integralidade e até, também, da igualdade.

Mais três princípios a serem identificados são a unicidade, a rede regionalizada e hierarquizada e a descentralização, dos quais, os dois primeiros constam do *caput* do artigo 198, e o último, do inciso I, e podem ser identificados como princípios voltados ao funcionamento do SUS, ou à concretização de suas diretrizes. De fato, fundamentam a realidade de que o sistema de saúde pública no Brasil é único, compondo uma rede devidamente organizada em todas as regiões do País, a fim de obter uma maior eficiência na prestação.

“Pelo princípio da unicidade do sistema, é indicado que as ações e os serviços de saúde operacionalizados por vários ministérios, instituições, fundações, autarquias e agências sejam vinculados à administração direta de cada uma das três esferas do governo [...]” (BRASIL, 2003, p. 63). Certo é que, antes de 1988, a saúde era desvinculada de um centro, qual seja, os Municípios, Estados e União, cada qual em sua competência, havendo “disputas políticas”

entre os dirigentes de cada instituição prestadora da saúde (BRASIL, 2003, p. 63). A unicidade veio, então, para fazer com que o sistema funcionasse de melhor forma, concentrando as ações de saúde.

Sarlet e Figueiredo (2008a, p. 141) pensam de forma um pouco diversa. Para eles, a unicidade veio acabar com a limitação do acesso à saúde pública, voltada apenas aos trabalhadores formais e dependentes segurados pela Previdência Social. Entretanto qualquer que seja a interpretação – união das prestadoras de saúde, a ponto de acabar com as disputas políticas, ou união para fazer com que todos tenham um sistema de saúde –, o fato é que a unicidade não pode ser esquecida como princípio informador, pois leva à igualdade na prestação da saúde pública e, conseqüentemente, à dignidade.

No entanto, apesar de única, a rede de saúde no Brasil é regionalizada e hierarquizada e, pode-se acrescentar também, descentralizada, também conforme o artigo 7º, inciso IX, alíneas *a* e *b*, da Lei 8.080/90. Regionalizada e descentralizada, a fim de conseguir o Poder Público elaborar “[...] projetos mais reais e compatíveis com cada realidade [...]”, considerando a distribuição da população nas regiões do País e a verificação da realidade social de cada uma, até mesmo meios de locomoção para acesso à saúde (BRASIL, 2003, p. 66), e hierarquizada, possibilitando uma melhor distribuição dos serviços e um cumprimento das normas gerais do SUS e coadunando-se “[...] aos princípios da subsidiariedade e da eficiência [...]” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 142-143).

Assim, há uma ligação entre a estrutura do SUS e o princípio federativo, e o Município é a mais importante verificação da descentralização e regionalização, levando ao equilíbrio da distribuição dos recursos, verificando-se presentes os princípios da equidade e subsidiariedade. “Os princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade embasam as regras constitucionais de distribuição de competência no âmbito do SUS, bem como sua regulação normativa em nível infraconstitucional” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 141-142).

O último princípio constante do artigo 198 da Constituição Federal é a participação da comunidade (inciso III), que pode significar orientações para o autocuidado, para a incorporação de hábitos saudáveis e proteção do meio ambiente (BRASIL, 2003, p. 68), ou, ainda, relaciona-se com a definição das políticas e o controle de sua execução, mediante os

representantes nos Conselhos de Saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 143). Esse princípio identifica o novo paradigma vigente, o Estado Democrático de Direito, com participação da população nas decisões em relação a seus direitos, mas, sabe-se, no Brasil, ainda precisa desenvolver-se, obtendo-se maior conscientização dos cidadãos.

Por fim, vale ainda dizer que a lei 8080/90, em seu artigo 7º, acrescenta alguns outros princípios a serem verificados pelo Poder Público no âmbito da prestação da saúde, quais sejam: o direito das pessoas assistidas pelo SUS à informação, a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física, integração das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico, resolubilidade (capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência), aplicação mínima de recursos, evitando a duplicidade de meios para fins idênticos, dentre outros. De resto, ainda podem ser identificados a humanização do atendimento, financiamento solidário e planejamento ascendente (BRASIL, 2003, p. 67, 69 e 71).

Assim, vislumbra-se que a administração pública deve seguir todos esses princípios no âmbito da saúde, a fim de poder fornecer à população saúde pública de forma regular e eficiente. Estão aí identificados, de forma direta, os fundamentos da responsabilidade do Estado para com a saúde, além de toda a fundamentação já exarada no Capítulo.

#### 3.4.1.3 Falta de recursos: uma questão real?

A despeito de a saúde ser um direito humano, fundamental e social a prestações positivas e de ser dever do Estado prestar a saúde pública conforme os princípios já identificados, o fato é que a escassez de recursos é uma realidade. É claro que a obtenção de dados completamente corretos sobre o montante destinado e o necessário para a saúde no Brasil, ou mesmo em relação aos recursos para a promoção de direitos sociais, torna-se difícil. No entanto há indícios apontados pela doutrina de que essa realidade existe.

Ao que consta, “A Administração Pública é, por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas”, e “O direito tem seu domínio sobre o campo do possível [...]”. Assim, “[...] todo e qualquer reclamo que consubstancie demandas orçamentárias

poderá, em alguma situação, transplantar tal campo, gerando a ineficiência do atendimento a todos, simultaneamente” (AMARAL, 2001, p. 110 e 114).

Caliendo (2008, p. 202) tentou demonstrar, em números, a escassez de recursos para os direitos no Brasil e trouxe, também, a questão da saúde. Segundo o autor, “[...] no caso brasileiro, assume espetacular obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais a monumental dívida pública nacional. É para lá que são carregados os parcos e fundamentais recursos necessários para garantir nosso desenvolvimento social”. Utilizando-se, então, do Orçamento Geral da União do ano de 2006, ele mostra um quadro no qual a dívida da área da saúde é gigantesca, em comparação com o orçamento social. Completando, conclui

Assim, se fizermos uma leve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública veremos que existe uma *reserva do possível geral* no Brasil que impede os gastos sociais que se chama *dívida pública*. Enquanto não houver solução para este problema não haverá como reduzir o esforço fiscal do Estado, a carga tributária e o nanismo nos investimentos sociais. Não se trata, contudo, de um fenômeno novo.

Schwartz e Bortolotto (2008, p. 258), apesar de afirmarem diversamente ao defendido no presente trabalho (a não aplicação imediata de direitos humanos, fundamentais e sociais que não correspondam ao mínimo existencial e, com ele, à dignidade), afirmam que a administração pública não cumpre com seu papel, não conseguindo dar efetividade ao direito fundamental à saúde. Em assim sendo, “[...] o Brasil ocupa, atualmente, a posição de número 125 no *Ranking* Mundial da Saúde elaborado pela OMS – Organização Mundial de Saúde”.

A razão para tanta falta de recursos pode ser encontrada em fatores sociais e técnicos. Com efeito, a medicina avançou muito nos últimos anos, desenvolvendo tratamentos e cirurgias novos, mas a custos altos. Ao mesmo tempo, pode-se constatar o desenvolvimento da pesquisa farmacológica, com a introdução, no mercado, de drogas novas, mais eficientes, ou as únicas eficientes a determinadas doenças, mas com preços altos.

Gregori (2007, p. 28) confirma a informação, dizendo que “Uma das maiores dificuldades que se enfrenta nessa área está relacionada à incorporação tecnológica que, nestes últimos 50 anos, ocorreu aceleradamente e trouxe significativa elevação dos gastos em saúde”. E Amaral (2010, p. 75), citando John F. Kilner, afirma “[...] que o desenvolvimento de drogas que

combatem a rejeição vem fazendo dos transplantes uma opção terapêutica viável para mais pacientes [...]”, o que também acontece com as Unidades de Tratamento Intensivo.

Da mesma forma, pode-se constatar um aumento na expectativa de vida da população, o que leva um maior número de pessoas a serem tratadas pelo sistema público. Nos dizeres de Amaral (2010, p. 79-80), “Por último, o aumento da expectativa de vida e da idade média da população também ocorre no Brasil.”, ou, nas palavras de Gregori (2007, p. 28),

Outros fatores também pesam como o crescimento demográfico desigual e a pobreza. Outro aspecto a considerar é o aumento da expectativa de vida da população, que, se por um lado representa um forte indicador de desenvolvimento humano, por outro, o crescimento da população idosa resulta em complexidades na compatibilização da modelagem das políticas públicas diante das novas exigências da sociedade, com um orçamento deficitário.

É preciso, no entanto, compreender que, quando se fala em falta de recursos, quer-se dizer todo e qualquer recurso, no presente caso, para a promoção do direito à saúde. “Além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com a necessidade”. (AMARAL, 2010, p. 74-75).

Assim, “Mesmo que não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade de adoção de critérios de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas”, pois “Todo desenvolvimento tecnológico é seguido por um extenso período no qual o tratamento é escasso, desde o momento em que esse tratamento não é mais experimental até o momento em que há a produção e distribuição de recursos [...]”. Foi exatamente isso que aconteceu, por exemplo, com a hemodiálise. (AMARAL, 2010, p. 80).

Para tentar resolver o problema da alocação, há decisões de três ordens, “[...] relativas a quanto disponibilizar, a quem atender e, ainda, a condutas dos potenciais beneficiados, e que não há um critério único que possa balizar todas essas decisões. Ao contrário, as decisões tendem a ser políticas e locais” (AMARAL, 2010, p. 95).

No entanto isso não retira a realidade da escassez de recursos tanto financeiros como relacionados a pessoal, órgãos, equipamentos, em comparação com as necessidades. Nos

dizeres de Amaral (2010, p. 100 e 151), “[...] a escassez é inerente às pretensões positivas e de modo ainda mais acentuado quanto à saúde”, bem como “[...] no campo da saúde, a escassez, em maior ou menor grau, não é um *acidente* ou um *defeito*, mas uma característica implacável”, ainda que tenha havido alguns avanços na área da prestação da saúde pública.

Alguns poderiam dizer que a falta de recursos se deve à corrupção e à má gestão dos recursos. A despeito disso, já foi constatado acima que a questão da alocação dos recursos também é importante, mas que isso não retira a realidade fática da própria falta dos recursos. Ademais, dizer que o Estado não emprega bem suas verbas, utilizando-se de fraudes, é constatação de noticiário de jornais, o que não obtém qualquer valor jurídico (AMARAL, 2010, p. 141).

Fica constada, então, a escassez de recursos para os direitos à saúde no Brasil. No entanto uma pergunta deve ser feita: se a escassez leva ao normal desrespeito ao dever de prestar a saúde, ou se a atitude seria continuar perseguindo a concretização dos direitos fundamentais, humanos e sociais, especialmente a saúde, tida como mínimo existencial e voltada à dignidade. Nos dizeres de Lopes (2008, p. 181), “Embora a reserva do possível seja plausível como defesa jurídica, é muitas vezes usada como obstáculo fácil aos impasses dessa conta incontrolável. ‘Já que não há nada a fazer, nada façamos!’ Aceitável, ela pode levar a consequências inaceitáveis”. Concorde-se com esse ponto.

Mas o autor (p. 187) desenvolve raciocínio que pretende obrigar o cumprimento do dever estatal. Afirma que, segundo o artigo 122 do Código Civil, “Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”. Afirma que, nos casos dos direitos sociais, que dependem de alocação de recursos pelo Poder Público, a realização dos direitos encontra-se totalmente nas mãos de uma das partes, qual seja, o Estado. Dessa forma, defende a atuação do Judiciário na defesa desses direitos.

Ocorre que não há como simplesmente adotar a opinião do autor. Em primeiro lugar, porque a escassez de recursos, como já foi dito, é flagrante, especialmente no caso da saúde, em segundo, porque utilizar uma norma de direito civil em uma relação de direito público requer uma certa dose de cuidado. O Estado não está atuando, aqui (na prestação do direito à saúde ou de qualquer outro direito social), como um particular, mas como Poder Público, a relação é de direito público, com a utilização de princípios diversos. Ao mesmo tempo, a decisão do

Juiz, em casos como o de falta de recursos ou alocação deles, deve pautar-se em não ferir a separação de poderes. Por maior que seja a evolução da doutrina e da jurisprudência, ainda assim há limites à atuação do Judiciário, as quais não são importantes para o presente trabalho, mas existem e devem ser cumpridas. Da mesma forma, o Judiciário nada poderá resolver um caso no qual exista a real falta de recursos.

Assim, fica constatado que, no Brasil, a alegação de falta de recursos para a saúde é factível, mas devem-se enviar esforços para se fazer com que a alegação de reserva do possível não prospere sobre direito humano e fundamental, voltado à dignidade.

### **3.4.2 Saúde privada: eficácia horizontal do direito à saúde**

#### **3.4.2.1 A evolução da saúde privada: legislação tardia no Brasil**

Após a verificação da saúde como direito humano e fundamental, bem como direito social a prestações do Estado, importante é verificar que, no Brasil, o legislador constitucional entendeu por bem abrir à iniciativa privada a prestação da saúde, segundo o que consta do artigo 199.

Chegou à tutela constitucional, então, a saúde suplementar, que, conforme informado, nenhuma relação tem com as empresas privadas que prestam serviço público de saúde para o Estado, fora o fato de que são todas empresas privadas. Chama-se, aqui, tanto de saúde privada quanto de saúde suplementar a atuação dos planos de saúde, que, ao lado do Estado, também oferecem serviços nessa área de forma independente do SUS, embora ainda minimamente, e têm sua atuação verificada pelas agências reguladoras.

Certo é que, mundialmente, e mesmo no Brasil (refletindo as mudanças externas), essa abertura às empresas privadas já havia sido conferida muito antes, mesmo sem qualquer regulamentação legislativa. Ela se deve ao fato da queda do Estado de Bem-Estar Social, que, instalado após o Estado Liberal, não conseguiu manter o montante de gastos públicos necessários para o cumprimento das promessas de concretização de direitos. Nos dizeres de 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. Diante desse novo contexto socioeconômico, o *Welfare State* vai perdendo suas características mais sólidas; o Estado caminha para se retirar do gerenciamento e execução direta da atividade econômica, deixando o antigo modelo interventor e passando a desestatizar empresas nacionais que vinham sendo geridas sob o comando estatal, assumindo papel de regulador.

No Brasil, a Era Vargas e o período militar de gestão do general Geisel se mostraram como períodos anteriores a essa desestatização, ou seja, períodos de forte papel do Estado como condutor do desenvolvimento do País (GREGORI, 2006, p. 110). No entanto, como no restante do mundo, a ampliação das funções do Estado gerou a ineficiência dos serviços, causada por endividamento estatal em função dos elevados gastos públicos, inflação galopante e peso dos tributos sobre a população (XEXÉO, 2007, p. 51). Burocracia e crise financeira e fiscal também podem ser identificadas como causas (GREGORI, 2006, p. 110), dando margem ao aparecimento dos planos de saúde.

Na década de 1970, os serviços públicos já estavam em colapso, e o início da globalização com abertura às multinacionais culminou com a crise do Estado, na década de 1980, e o *boom* da instalação dos planos de saúde, que viram no Brasil um inesgotável mercado lucrativo, até em função da desregulação.

É importante dizer que, no presente tópico, diante da parca doutrina encontrada sobre o assunto, quem melhor transmite os detalhes dessa evolução dos planos, no Brasil, é Gregori (2007), autora já citada neste trabalho, que, na obra *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, consegue trazer as minúcias de um desenvolvimento da saúde privada no Brasil.

Assim, a autora (2007, p. 29) afirma que, no início, a saúde, que não era prestada pelo Estado, estava ligada a instituições filantrópicas, que realizavam o serviço em prol da solidariedade. Logo depois, nos anos de 1920 e 1930 é que começaram a surgir assistências voltadas aos trabalhadores. Foi o que aconteceu com a Lei Eloy Chaves, que “[...] determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão – CAP – em cada empresa de estrada de ferro existente no País”. Foi este o marco da “[...] transferência da responsabilidade do Poder Público para o setor privado”, que era custeado por empregadores e empregados e que depois se expandiu para outras profissões.

Já nos anos 1940, também as empresas do setor público implantaram assistências para seus funcionários. Mas foi nos anos 1960 e início dos 1970 que a contratação coletiva de planos teve seu maior avanço: “Eram os chamados convênios médicos entre entidades empregadoras e empresas médicas. O sistema privado se desenvolveu a partir do ABC, na região metropolitana de São Paulo, em resposta à demanda criada pela indústria automobilística” (GREGORI, 2007, p. 29-30).

Posteriormente, a previdência começou a entregar a empresas a responsabilidade pela assistência à saúde. “É da chamada ‘medicina de fábrica’ que surgem as ‘empresas médicas’ ou ‘grupos médicos’ especializados na venda de serviços assistenciais [...]”, que, na época da ditadura militar, se fortaleceram com o incentivo do governo, vindo a dar origem à medicina de grupo (GREGORI, 2007, p. 30).

Na mesma página (30), a autora afirma que, com o Dec. Lei 73, de 21-11-1966, veio a estruturação do “[...] Sistema Nacional de Seguros Privados, criando o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP – e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP”. Note-se que a saúde era vista como uma atividade de seguros como qualquer outra, reembolsando as despesas que a pessoa porventura tivesse, e as coberturas eram inscritas em uma apólice. E, nos dizeres, novamente, de Gregori (2007, p. 30-31):

Inicialmente, a regulamentação do seguro-saúde, pela Resolução 11, de 21.05.1976, do Conselho Nacional de Seguros, autorizou apenas sua operação na modalidade de reembolso das despesas assistências. A seguradora não participava da prestação do serviço, limitando-se a reembolsar as despesas, pois lhe cabia apenas a intermediação financeira.

Com a Circular 5 de 1989, a Superintendência de Seguros Privados autoriza a indicação, pelas seguradoras, de uma rede credenciada de prestadores de serviços de saúde, mas não permite a prestação direta do serviço. Assim, alguma legislação já havia em relação à saúde privada no Brasil, mas, até aquele momento, de maneira muito individual e sem qualquer preocupação com a importância do serviço prestado. Nos anos 1980 e 1990, houve o crescimento da comercialização de planos individuais e familiares, com a já referenciada entrada de grandes seguradoras no Brasil.

Aumentando as entidades de medicina de grupo, o Conselho Federal de Medicina determinou a garantia de atendimento das enfermidades constantes do Código Internacional de Doenças, da OMS, mas não foi cumprida tal determinação. (GREGORI, 2007, p. 31). Pior, as irregularidades continuaram, dada a carência de uma melhor legislação para o setor, pois,

Sem uma normatização específica, a inexistência de um sistema de coordenação e fiscalização dessa atividade e, também, diante das dificuldades de financiamento e organização do sistema público, assistiu-se a um crescimento desordenado desse setor, dando margem a toda sorte de abusos e ilegalidades contra os seus beneficiários, os consumidores.

Conforme já afirmado em outra ocasião (JARDIM; ESTEVES, 2008, p. 145), alguns problemas foram superados com a entrada em vigor, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor, não se esquecendo, também, a 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”. Ocorre que,

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 (JARDIM; ESTEVES, 2009, p. 145).

Mas a regulamentação não parou por aí. “Sob o perigo de uma ditadura do mercado diante de um direito fundamental [...], criou-se por meio da Lei nº 9.961/00 a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (JARDIM; ESTEVES, 2008, p. 145).

Assim, a partir do CDC, passando pela Lei Orgânica da Saúde, que determina os serviços públicos de saúde, e chegando-se à própria lei dos planos de saúde e de criação da ANS, constata-se um momento em que a saúde realmente é vista e tratada como direito fundamental, como não podia deixar de ser. Algumas das inovações trazidas pela lei de planos de saúde,

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.); atendimento 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’ (JARDIM; ESTEVES, 2008, p. 146-147).

Podemos também citar o fato de que a lei previu que todos os planos deveriam assegurar um mínimo de serviços, cobrindo todos os eventos das doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (XEXÉO, 2007, p. 59).

É claro que a lei dos planos não trouxe apenas benefícios, razão pela qual, conforme será demonstrado mais adiante, os planos continuam a desrespeitar um serviço com importância ímpar, bem como continuam a receber reclamações nos Procons. No entanto já se tornou um avanço poder imputar aos planos uma visão mais voltada para os direitos fundamentais e, portanto, mais coadunada com o Estado Democrático de Direito.

#### 3.4.2.2 A regulação do setor

Em função da importância do serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde, conforme afirmado, foi editada a Lei nº 9.961/00, criando a agência reguladora ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, a fim de não se deixar que a ânsia de lucro levasse à ineficiência da prestação dos serviços e conseqüente ferimento da dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento, insta dizer que “A relação jurídica entre a Administração Pública e os agentes econômicos decorre diretamente do *ius imperii* que o Estado exerce sobre todos os seus tutelados [...]”, e, assim, devem “[...] todos os agentes que desejem operar no mercado de suplementação privada dos serviços de saúde submeterem-se às disposições legais e normativas do Poder Público” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 34).

Dessa forma, a autonomia privada é limitada, os planos devem observar as cláusulas mínimas de prestação dos serviços de saúde, e “Somente após a garantia do mínimo legal é que as partes contratantes podem negociar um *plus* nos serviços a serem disponibilizados” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 34).

De toda sorte, a regulação do Estado sobre as atividades econômicas exercidas no País faz parte das atribuições do Estado, de acordo com o artigo 174 da Constituição Federal. Essa fiscalização pode ser reconhecida como uma das regras da Ordem Econômica, visando à justiça social, à dignidade humana e ao efetivo cumprimento dos princípios da atividade econômica como, por exemplo, a viabilização da livre concorrência e repressão ao abuso de poder e ao lucro arbitrário. Segundo Toledo (2004, p. 228), “[...] toda economia pública ou privada do país se vê submetida à capacidade estatal de expedir normas a respeito de seu funcionamento”. Também a atividade econômica pública ou privada se vê resignada à regulação estatal.

Percebeu-se que o mercado, sozinho, não poderia se autorregular. O Estado teria que intervir até pelo fato de o neoliberalismo e a globalização trazerem para o País multinacionais sedentas de lucros de forma desordenada. É a figura do Estado Regulador, que representa “[...] novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação efetiva de diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo, abandonar totalmente os setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando a conduta privada [...]” (TAVARES, 2003, p. 299).

De acordo com Grau (2002, p. 322), a palavra fiscalizar contida no artigo 174 “significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica”. E isso concretizaria os princípios da ordem econômica. A intenção, então, era não de se chegar a um Estado mínimo, mas a um Estado “melhor” (MOREIRA NETO, 2003, p. 74). Havia uma desorganização e uma ineficiência, e a criação da referida agência veio para buscar maior “prudência” no exercício dessa atividade econômica (SOUTO, 2007, p. 222).

A origem das agências reguladoras se deu nos Estados Unidos e deveu-se à contenção de abuso econômico, para regular atividades nas estradas de ferro. Teve início em 1887, com o nome de Comissão de Comércio de Interestado (ICC em inglês – *Interstate Commerce Commission*) e se alastrou por outros países como França, Inglaterra e Brasil.

Já no Brasil, refletindo-se os acontecimentos mundiais, o Estado deixou de ser empresário, mas continuou regulando a atividade privada. Na verdade, houve uma onda de privatizações,

na tentativa de se diminuir a máquina do Estado, mas, ao se tratar de serviços de grande importância para a nação, entendeu-se por bem regular o setor. A menção às agências reguladoras pode ser vista na Constituição Federal, nos artigos 21, inciso XI, e 177, parágrafo segundo, inciso III, que advieram com as Emendas Constitucionais 8 e 9 e que correspondem às agências ANP (Agência Nacional do Petróleo) e ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

Apenas a título de ilustração, o caso da ANS – Agência Nacional da Saúde Suplementar – é diverso das demais agências. Continua-se com a saúde pública prestada pelo Estado, mas a ANS veio para regular o setor privado, de grande importância e relevância e, dessa forma, com maior razão, deve fazer com que as empresas sigam os princípios da ordem econômica, quais sejam: dignidade, justiça social e viabilização do interesse social.

Em verdade, também cabe à ANS “[...] 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 (ANS, 2000), “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” (JARDIM; ESTEVES, 2008, p. 148). Dessa forma, segundo Nota Técnica 17, elaborada em conjunto pela própria Agência e pelo Conass – Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (2005), a ANS foi implantada “[...] com o projeto técnico-político de garantir aos usuários dos planos privados de saúde uma assistência responsável e solidária por parte das empresas operadoras desses serviços”.

### 3.4.2.3 Os princípios norteadores

Sendo conceituados como entidade privada, portanto voltada ao lucro, mas que presta um serviço de direito humano, fundamental e social, portanto de importância ímpar, sendo inclusive regulados pelo Estado (ANS), os princípios que levam à responsabilidade dos planos pela prestação desse serviço devem ser estudados.

Entretanto cumpre dizer, de início, que, em se tratando de atividade econômica, prestadora de um direito, como já afirmado, de alta importância, voltado a consumidores, teremos que dividir os princípios norteadores da conduta dos planos em três diversos: relacionados com a atividade econômica, relacionados com a prestação da saúde e, por fim, relacionados com a proteção dos consumidores.

Os primeiros princípios a serem considerados são a livre concorrência e a livre iniciativa. A atividade econômica, no Brasil, é livre para atividades lícitas, e a livre iniciativa remonta aos direitos fundamentais de livre profissão e liberdade de associação (no caso de formação de empresas). Além disso, esse princípio consagra um dos fundamentos da nossa República.

Ocorre que, conforme os ditames do artigo 170 da Constituição, a livre iniciativa não é desenfreada. Já houve períodos na história mundial, nos quais liberdade demasiada causou graves problemas e crises como o liberalismo, que levou a burguesia à demasiada exploração de trabalhadores e reivindicações por direitos, e a demasiada intervenção do Estado em todas as áreas, que gerou ditaduras e supressão de direitos individuais e fundamentais, fazendo com que a vontade popular não preponderasse. Realmente, o equilíbrio é o que deve ser buscado, e a intervenção estatal, bem como a livre iniciativa e livre concorrência, todas na medida, são a chave para isso na ordem econômica.

De fato, a livre concorrência confere um equilíbrio ao mercado, mas o seu maior benefício, que deve ser aqui evidenciado, é o fato de haver uma grande vantagem para o consumidor, “ao contrário do que acontece no regime de monopólio, que prejudica o comprador e afeta o equilíbrio da ordem Econômica [...]” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 263). Afirma Bercovici (2005, p. 24) que, “no Brasil, portanto, o direito concorrencial não nasce como consequência do liberalismo econômico, mas como repressão ao abuso do poder econômico, buscando proteger a população em geral e o consumidor em particular”.

Alguns autores como TAVARES (2003, p. 257) apresentam uma duplicidade de objetivos para a livre concorrência: primeiro, regulação de mercado e, depois, benefícios ao consumidor. Com a devida vênia, não se pensa assim. O fato é que, por ser a vida digna e a justiça social fundamentos da ordem econômica, o primeiro ponto a se considerar seria o benefício ao consumidor, ou, ainda, os dois em conjunto. É imperioso que se entenda que também a ordem econômica nacional se reveste de caráter social.

Direito fundamental à livre iniciativa e autonomia privada são direitos fundamentais e, segundo a teoria democrático-funcional, nos dizeres de Amaral (2001, p. 106-107), “Os direitos fundamentais não são reconhecidos ao cidadão para que deles disponha livremente, mas em sua qualidade de membro da comunidade e, com isso, aja em conformidade com o interesse público”. A liberdade passa a ser liberdade para algo. É exatamente a atuação condizente com o Estado Democrático de Direito.

Os demais princípios a serem estudados, função social da propriedade, existência digna e justiça social, não precisam ser demasiadamente destrinchados. Quanto ao primeiro, será tratado no capítulo 4, e, em relação aos últimos, eles foram estudados no capítulo 2 como corolários do direito fundamental à igualdade. Assim, será feita, apenas, a apresentação de seus conceitos.

Decerto que a propriedade privada por si só se consagra como princípio da atividade econômica, mas ela está limitada à sua função social (a ser estudada no capítulo 4), tudo conforme o artigo 170 da Constituição Federal.

Se for recordada a evolução das Constituições Brasileiras, já explicitada, constatar-se-á que houve uma época em que a propriedade privada era sagrada, e nada nela poderia interferir, com raras exceções. No entanto, nos dias atuais, não pensa o legislador constituinte da mesma forma. Viu-se construir uma doutrina voltada ao coletivo, ao social, e, dessa forma, os direitos individuais e, dentre eles, a propriedade viram seu poder mitigado pelo interesse social.

Decerto que a função social da propriedade se perfaz em várias facetas: função da propriedade urbana, rural, da empresa e do contrato, dentre outros. São exatamente os dois últimos que nos interessam para o presente trabalho e que serão tratados no capítulo 4.

Quanto à dignidade, conforme o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, a ordem econômica tem como fim “[...] assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social [...]” (BRASIL, 2009, p. 59). Ao que se verifica, a dignidade e a justiça social fazem parte dos princípios que regem a atividade econômica em nosso País, ou, ainda, as suas finalidades, aumentando, ainda mais, a carga de importância.

Conforme já afirmado, a dignidade da pessoa humana faz parte da própria identidade do indivíduo e é irrenunciável. Ela se transmuda em direitos garantidos, que devem ser efetivados, remonta a toda uma integridade física, moral e espiritual do ser humano e, muitas vezes a abstenções para garanti-la. O direito à saúde, por exemplo, pode ser visto como 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.

Em relação à justiça social, o seu sentido na ordem econômica brasileira aparece no *caput* do artigo 170 como uma cartilha para as atividades econômicas, ou seja, as atividades devem garantir a dignidade conforme a justiça social. No entanto argumenta a doutrina não ter conceito preciso, sendo termo vago. Diz-se, também, que é expressão amplamente utilizada pela Igreja para determinar a busca pelo bem comum (TOLEDO, 2004, p. 169).

Souza (1994, p. 120) defende que Justiça Social “[...] contém carga ideológica. Quer significar superação na repartição do produto econômico, visto não somente do ponto de vista ético, mas também como exigência de qualquer política econômica capitalista”.

Outros conceitos já foram também identificados para justiça social, mas na verdade, o que se denota é que ambos os conceitos (justiça social e dignidade) se completam e parecem até mesmo se confundir. E a certeza disso advém das alegações exaradas no capítulo 2, afirmando a relação de ambos os princípios aqui estudados com a igualdade.

Analisando-se, a partir de agora, os princípios da atuação dos planos de saúde, especificamente, pode-se constatar a existência de três deles: defesa do mercado, defesa do consumidor e efetiva tutela da saúde, observando-se que a obra *Curso de direito de saúde suplementar* de Figueiredo, L. (2006, p. 35 e 37-40) é a que melhor comenta a questão na escassa bibliografia jurídica sobre o tema.

De início, já vale lembrar que “[...] tais princípios são fundados, norteados e permeados, concomitantemente, em valores tanto de direito público quanto de direito privado, dado o ecletismo que caracteriza este ramo jurídico” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 37).

Em primeiro lugar, uma vez que a atividade dos planos é uma atividade econômica, e, em nenhum momento, no presente trabalho, se negou isso ou se tentou retirar essa característica, o princípio da defesa do mercado afirma que “As normas de direito de saúde suplementar devem primar pela manutenção da higidez econômico-financeira do mercado, bem como pela preservação dos agentes econômicos que nele operam” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 38). Isso, de uma certa forma, se torna óbvio. Já se reconheceu, aqui, a importância do serviço prestado pelos planos, mas isso não quer dizer que não se trata de uma atividade econômica e que o seu mercado não deva ser resguardado, até em função da manutenção dos serviços, que, em muito, desafogam o SUS. Assim,

[...] para se garantir a assistência privada aos consumidores, mister se faz disciplinar um conjunto normativo que viabilize a atividade, maximizando a obtenção de resultados financeiros, de maneira a tornar o mercado atrativo a um maior número de competidores, garantindo-se, dessa forma, a concorrência saudável no mesmo. Por óbvio, se as normas de direito de saúde suplementar diminuïrem de forma não razoável a margem de lucro dos operadores do mercado, tornando a atividade pouco atrativa, as empresas tendem a fechar, seja por quebra ou por livre iniciativa, para investirem em setores econômicos mais rentáveis, fato que gerará gritantes prejuïzos ao consumidor, que, forçosamente, terá de se socorrer na rede pública de saúde (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 38).

Quanto ao segundo princípio, de defesa do consumidor, ele se verifica em dois pontos: garantia de acesso igualitário aos planos e garantia de disponibilização do atendimento, quando preciso, por conta da operadora (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 39). “Logo, as normas jurídicas de saúde suplementar devem primar pela qualidade técnica dos serviços ofertados, garantindo que as operadoras disponibilizem serviços de saúde aptos a alcançarem seus fins [...]”, por meio de preços “viáveis e acessíveis à população em geral”. Essa é a razão do controle exercido pelo Estado sobre essa atividade: garantir esse tipo de atitude (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 39).

Ao se falar em direito do consumidor, passa-se logo a analisar os princípios dessa matéria relacionados com a atividade dos planos de saúde. Com efeito, a defesa do consumidor já se encontrava na CF/88, que, em seu artigo 5º, inciso XXXII, entendeu por bem deixar a cargo do Estado a defesa do consumidor. Também o artigo 179 da Constituição, que trata da atividade econômica, sustenta como um dos princípios, a defesa do consumidor.

Assim, posteriormente a essas determinações, entendendo a defesa do consumidor como direito fundamental, bem como constante do rol dos princípios a serem seguidos pela

atividade econômica das empresas, foi editada a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor. Este, dentre outros princípios, no artigo 4º, pauta a “Política Nacional de Relações de Consumo” no respeito à dignidade do consumidor, à sua saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, à melhoria da qualidade de vida e à transparência nas relações (BRASIL, 2009, p.801).

Da mesma forma, o artigo 6º traz os direitos básicos dos consumidores, a serem respeitados por todos aqueles que com estes contratam, tais como direito à informação, proteção contra métodos comerciais desleais e práticas abusivas, modificação de cláusulas contratuais que tragam prestações desproporcionais, dentre outros (BRASIL, 2009, p.801-802).

Decerto, práticas abusivas são vedadas como, por exemplo, a contida no artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor, que determina não poder o fornecedor recusar venda de bens ou prestação de serviços a quem esteja disposto a pagar por ele. (BRASIL, 2009, p.805). É o caso a ser comentado a seguir de planos de saúde que dificultam a contratação de um mínimo de prestações em um plano, escolhendo seus segurados pela falta de possibilidade de doença deles, ou, quando contratam, não prestam o serviço de forma efetiva. Nos dizeres dos autores do Código (GRINOVER *et al.*, 1999, p. 307), “Manifestam-se através de uma série de atividades, pré- e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las”.

Por fim, mas não menos importante, o CDC também apresenta o artigo 51, que nulifica as cláusulas contratuais abusivas. Ao que interessa para o assunto em questão, vale dizer que exonerar ou atenuar a responsabilidade do fornecedor é prática abusiva, conforme o inciso I do artigo 51, bem como aquelas que contenham vantagem exagerada para uma das partes (parágrafo primeiro do artigo 51), sendo este conceito relacionado com a ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico, restrição de direitos e obrigações fundamentais, ameaçando o objeto do contrato e o equilíbrio contratual (BRASIL, 2009, p.806).

O último princípio analisado por Figueiredo, L. (2006, p. 40) é o princípio da efetiva tutela da saúde. Assim, “[...] as normas de direito de saúde suplementar devem sempre primar pela qualidade técnica da prestação dos serviços privados de assistência à saúde”. Isso, como fim de

[...] garantir ao consumidor que os atendimentos médicos disponibilizados pelos agentes econômicos realmente constituam um conjunto de ações efetivamente capazes de garantir tanto o restabelecimento do estado de normalidade físico-psíquica do ser humano quanto a preservação às doenças, patologias e enfermidades (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 40).

Seria um meio de fraudar o escopo da atividade de planos de saúde a “[...] disponibilização de serviços de planos privados de assistência à saúde sem o mínimo padrão de qualidade técnica, ainda que por preço mais atrativo ao consumidor [...]” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 40). Isso porque, em caso de doença grave, necessitando o segurado de uma assistência do plano, não conseguirá obtê-la, tendo o indivíduo de socorrer-se na saúde pública. “Tal fato, por si, já desnatura a obrigação pactuada entre o consumidor e o plano de assistência privada à saúde, tornando-a inócua, constituindo infração à lei e às cláusulas contratuais” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 40).

É em função desses comportamentos dos planos de saúde, aqui revelados pelo autor e que, como se viu, ferem o princípio da prestação da saúde privada, qual seja, da efetiva tutela da saúde, que o ressarcimento também se apresenta como uma das realidades mais constitucionais: o Poder Público estará protegendo o consumidor, bem como a saúde pública. O que determina o ressarcimento é apenas o cumprimento dos princípios a serem observados pelos planos quando de sua atuação.

Mais uma vez, utilizando-se as lições de Figueiredo, L. (2006, p. 35), no caso da saúde suplementar, o plano pode rescindir o contrato, no caso de inadimplência comprovada e contínua do consumidor, mas não pode selecionar os contratantes que não possuem doenças ou que terão menos possibilidade de obtê-las, ou seja, “[...] isto não o autoriza a selecionar contratantes que possuem melhor perfil e menor potencial de risco de enfermidades”. Assim, “[...] todos em condições financeiras de contratar com a empresa privada de assistência à saúde devem ter garantido o acesso ao contrato, independentemente de sua condição físico-psíquica pessoal”.

Assim é que o direito de saúde suplementar garante igualdade, “[...] permitindo acesso aos serviços privados de assistência à saúde somente aos que se encontram no mesmo patamar, isto é, aos que estão em condições de arcar com o ônus financeiro contratualmente estabelecido”. Mas permitindo, também, que esses contratados tenham serviços de qualidade

e efetivos, para que as pessoas que não tenham condições de obter um plano possam usufruir de um SUS (já afirmado, com recursos escassos) com maior qualidade. É nesse sentido que o ressarcimento trabalha.

Assim, por todo o exposto, desponta evidente a necessidade de cumprimento, por parte dos planos de saúde, dos princípios inerentes à sua atividade econômica, quais sejam, os voltados à atividade econômica (e, frise-se, respeito à dignidade e justiça social, bem como à função social), voltados aos consumidores (respeitando sua dignidade, segurança, saúde, a melhora da qualidade de vida e primando pela transparência, além da observação dos direitos básicos do consumidor), bem como voltados à própria atividade, respeitando-se o mercado de seguros de saúde, os direitos do consumidor e a efetiva prestação da saúde. Vale ressaltar que o consumidor, diga-se desde já, e seus direitos são os mais desrespeitados, o que leva à certeza de que o ressarcimento não fere qualquer direito, mas, pelo contrário, defende todos eles.

### **3.4.3 Existe subsidiariedade?**

Após analisar-se a saúde como direito humano, fundamental e social a prestações, com as ressalvas da reserva do possível e escassez de recursos, bem como verificar-se o desenrolar da saúde pública e da saúde privada no Brasil e os princípios das duas esferas, nota-se uma questão interessante.

A saúde não foi sempre considerada direito humano e fundamental. Também a noção de que é um direito social a prestações positivas é recente, e encontram-se, ainda, discussões quanto à reserva do possível e o mínimo existencial. Na saúde pública, bem como na saúde privada no Brasil não foi diferente. O caráter fundamental e a importância desse serviço foram cada vez mais gerando a conscientização das autoridades, que passaram a efetivar esse direito e a regular a saúde privada (tanto pela lei dos planos de saúde quanto pela lei de criação da ANS).

Nesse prisma, hoje, os princípios que regem a atuação das duas esferas de prestação da saúde pautam-se (ou deveriam se pautar) pela humanidade e pela fundamentalidade nos serviços, especialmente a saúde privada, que exerce um serviço de interesse público. Nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2008a, p. 148-149),

[...] a relevância pública das ações e dos serviços de saúde decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa proteger [...] incide como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas, quer daquelas concernentes à exploração de recursos naturais e à produção de bens [...], quer das atividades estabelecidas propriamente no setor da saúde, em especial no que concerne aos planos e seguros privados, fundamentando o afastamento de cláusulas contratuais abusivas (oportunidade em que dialoga com o direito do consumidor) e dando resposta para o intrincado problema da solução de continuidade dos serviços de saúde, já que, embora a assistência seja prestada por particular, não perde o caráter público que lhe é inerente, justificando a imposição de obrigações típicas do regime de direito público.

Feitas essas ressalvas e verificada a proximidade de tratamento da saúde com tal importância em ambos os setores, público e privado, pergunta-se se não haveria subsidiariedade entre as ações prestadas pela saúde pública e pela saúde privada.

A palavra subsidiariedade, em um primeiro momento, denota, de imediato, o pensamento de algo no seguinte sentido: se determinada esfera não prestar a saúde, a outra deverá prestá-la. Também gera entendimento similar, por exemplo, à subsidiariedade existente entre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental em relação às demais ações de controle de constitucionalidade, em um âmbito processual, ou, ainda, a subsidiariedade como princípio para se deixar de aplicar ou para aplicar determinada norma. No entanto esse se torna um raciocínio difícil na área da saúde, por tratar-se de uma atividade econômica de um dos lados, voltada ao lucro e, conforme informado, dependente de pagamento por seus usuários.

Outra visão de subsidiariedade é fornecida por Canotilho (2008, p. 112), quando argumenta sobre a crescente presença dos grupos de autoajuda no mundo tais como alcoólicos anônimos. Afirma que “[...] alguns autores avançam hoje a ideia de uma nova subsidiariedade no campo da política de realização de direitos sociais, de autoajuda e auto-organização no domínio da política de saúde”. Completando, o autor sustenta que essas propostas alternativas no âmbito da concretização dos direitos sociais procuram preencher as lacunas da falta de socialidade, compensando a burocracia estatal. Da mesma forma, indicam a recuperação do “[...] sentido de justiça nos direitos sociais [...]”, bem como levam a uma “imaginação” em relação ao “[...] discurso saturado dos direitos e políticas sociais”.

Assim, o autor argumenta a subsidiariedade em matéria de direitos sociais por parte da sociedade civil, em uma certa semelhança com o argumento de Dworkin, afirmado no capítulo 2, qual seja, divisão de responsabilidades. Montebello, em dissertação de mestrado

defendida na PUC – Rio de Janeiro (2002, p. 120), sustenta que a subsidiariedade “[...] propõe que todo ordenamento deve proteger a autonomia da pessoa humana frente às estruturas sociais, ou, ainda, não se deve transferir a uma sociedade maior o que pode ser feito por uma sociedade menor”.

Ao que parece, se refere, por exemplo, à família, muitas vezes chamada como o menor núcleo da sociedade e afirma, também, que o Estado segue esse princípio quando, por exemplo, realiza as privatizações ou se utiliza da concessão para transferir à iniciativa privada os serviços públicos. Por fim, sustenta que

A aplicação do princípio da subsidiariedade certamente não tem por objeto a igualdade linear, como querem alguns. Ela favorece a diversidade de opiniões e a múltipla capacidade de atuação na realização dos fins individuais e sociais, sendo o Estado responsável apenas pela igualdade de oportunidades. Portanto esse princípio busca, acima de tudo, a justiça (MONTEBELLO, 2002, p. 120).

Mais uma vez, vê-se que a subsidiariedade se mostra como uma forma de se chegar a uma divisão de responsabilidades, conforme já discutido no capítulo anterior. Decerto que a importância desse princípio se mostra latente, pois a operatividade da subsidiariedade “[...] transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo, ainda mais quando conectado com o princípio (e dever!) de solidariedade e a própria dignidade da pessoa humana” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 36). Assim,

[...] de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner – que o princípio da subsidiariedade assume, feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio, e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas. Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autorresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 36).

Dessa forma, seria necessário aplicar a subsidiariedade “[...] designadamente no campo da distribuição de encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade [...]”, sem que seja esse um argumento demasiadamente liberal ou de negação dos direitos sociais a esse princípio. Assim, uma co-responsabilidade atua no campo do conceito de dignidade humana e está relacionada à solidariedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 36).

Aplicando-se, então, o princípio da subsidiariedade ao direito social à saúde, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 44) afirmam ser “de difícil sustentação”, em função da desigualdade do País, que uma pessoa com recursos para pagar um plano de saúde possa ter acesso à saúde pública, sem qualquer “tipo de limitação ou condição”, da mesma forma que alguém sem condições de obter um plano de saúde. Na opinião desses autores, “[...] a efetiva necessidade haverá de ser parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 44). Concluem que,

Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual entre os desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que, no mínimo, o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, pelo menos para efeitos de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, maximizando assim o acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema e buscando uma maior qualidade dos serviços (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 44).

Assim, os autores relacionam, em sua análise, o fato de que uma pessoa que possui plano de saúde poderia estar infringindo a igualdade e prejudicando a qualidade de serviços do setor de saúde, ao procurá-lo, sem qualquer ônus. Para eles, a gratuidade dos serviços da saúde pública não é para todos, bem como a integralidade não atinge todas as prestações (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 45). Assim, “Aqueles que podem o pagar, devem contribuir, mas sem comprometer o sustento próprio e da família. Gratuidade só aos comprovadamente carentes” (HENRIQUES, 2008, p. 828).

A igualdade substancial leva à restrição da gratuidade das prestações, “[...] tendo sido, de resto, objeto de algum reconhecimento, seja no que diz com algumas políticas públicas, seja na esfera jurisprudencial e doutrinária”. No entanto é aceitável ofertar a saúde pública a quem possua saúde suplementar em casos de urgência e risco de vida (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 45).

Se é importante que a subsidiariedade exista em relação às pessoas, com muito maior razão, ela também existe para os planos de saúde, que recebem para prestar a saúde aos seus contratantes. Assim, e no intuito da subsidiariedade e da solidariedade, os planos devem

efetivar os serviços contratados aos consumidores. Estes, apesar de desenvolverem atividades econômicas, prestam serviço de importância pública, que pode levar ou não à igualdade substancial (dependendo: se prestarem ou não os serviços contratados e se contratarem conforme determina a lei de planos de saúde, incluindo, ao menos, o mínimo de coberturas), ao prestarem seus serviços àqueles que podem pagar. Nesse prisma, o ressarcimento se legitima: há subsidiariedade na prestação do mínimo existencial voltado à dignidade dos planos para com os consumidores.

Da mesma forma, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 36) afirmam a subsidiariedade na questão da saúde em relação à família que pode sustentar os planos de saúde. Ora, se é assim, por via reflexa, se as pessoas devem arcar, quando podem, com sua saúde e, muitas das vezes, contratam planos, estes estão, indiretamente, sendo admitidos na rede de subsidiariedade. É claro que não de todos os serviços prestados pela rede pública a qualquer pessoa, mas apenas nos limites do contratado e aos seus consumidores, pois está-se aqui tratando de uma atividade econômica.

Mais uma vez, o ressarcimento, determinando o pagamento ao Estado, pelos planos, quando consumidores seus se valem de serviços do Poder Público, trabalha respeitando o princípio da subsidiariedade de forma indireta (por meio das pessoas que podem pagar o plano de saúde), bem como a igualdade substancial no Estado Democrático de Direito, e, ainda, em prol da redução das desigualdades sociais reinantes no País, objetivo da República Federativa do Brasil no artigo 3º da CF/88. Nos dizeres de Lima (2008, p. 280),

Além disso, para que qualquer prestação seja determinada ao Estado, deve ser verificado se o beneficiário efetivamente é carente de recursos, pois, apesar de a saúde ser um típico direito de justiça social – sendo, portanto, devido a todos – ela não é dever somente do Poder Público. Sendo possível que a prestação seja suportada pelo particular, por sua família, pela comunidade ou por qualquer outro ente, o Estado deve ser desonerado, a fim de que possa melhor aplicar os seus escassos recursos, e atingir o objetivo de redução das desigualdades sociais – art. 3º, III, da CF/88.

Afora todas as alegações afirmadas acima, fazendo-se uma analogia com os dizeres dos autores citados, duas alegações se mostram importantes em prol da subsidiariedade dos planos de saúde em relação ao Estado na prestação da saúde: a determinação de prestação de um mínimo de procedimentos pelos planos por parte da Lei 9.656/98 e a determinação de divisão de responsabilidades da Lei 8.080/90.

De fato, a lei de planos de saúde, em seu artigo 10, *caput*, determina que os contratos de planos de saúde cubram, no mínimo, todas as doenças determinadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde – OMS (SALAZAR; GROU; SERRANO JÚNIOR, 2008, p. 203). Essa é uma determinação que argumenta o fato de que aos planos é aplicada a subsidiariedade em relação aos contratos firmados com seus segurados quanto às doenças constantes da lista, como um mínimo.

Já a Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90, contém, em seu artigo 2º, parágrafo 2º, a afirmação de que “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (BRASIL, 1990). Assim, há determinação expressa de subsidiariedade dos planos de saúde em relação ao Estado quando do cumprimento integral dos contratos firmados.

Esses dispositivos, bem como os pensamentos aqui expostos pelos autores utilizados, corroboram o fato de que não é apenas dever do Estado prestar a saúde, bem como de que o ressarcimento ajudaria na igualdade da prestação na saúde. Ademais, as alegações estão coadunadas com todo o capítulo anterior, quando utilizada a teoria de Dworkin para dizer da divisão de responsabilidades em um Estado (existente essa divisão também no Estado Democrático brasileiro), especialmente para garantir igualdade, que deve estar voltada para a saúde, a dignidade e a justiça social.

A palavra até aqui utilizada foi subsidiariedade. No entanto, em função do sentido a ela conferido de cumprimento dos contratos pelos planos, entende-se que, de certa forma, os planos estejam sub-rogados nos deveres do Estado (é claro que nos limites do contrato) para as pessoas que podem pagar pela sua saúde na sociedade, porque há uma relação contratual que une os planos e os consumidores e determina que os primeiros cumpram os contratos. De forma semelhante, ou analógica, o Estado também contratou com os cidadãos (utilizando-se a Teoria Contratualista de surgimento do Estado defendida por Jean-Jacques Rousseau, citada no capítulo 2) para que eles lhe entregassem o poder, e o Estado ditasse as regras para uma convivência harmônica na sociedade.

Por óbvio que, de um lado, está uma relação obrigacional de direito civil e, por outro, uma relação pública. No entanto, quando o plano assina um contrato, para abarcar aqueles

determinados tipos de doenças e procedimentos, está se sub-rogando no lugar do Estado de prestar a saúde em relação ao que contratou, até em função do caráter de interesse público do negócio, e, com isso, age em prol da igualdade e da dignidade num Brasil de desigualdades sociais e comprovada escassez de recursos, especialmente para os direitos sociais prestacionais.

Nesse contexto, segundo Oliveira, A. (2008, p. 56), há julgado no processo nº 1.0024.05.631743-1/003 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado em 29 de setembro de 2007, em que o relator, Desembargador Pedro Bermudes, afirmou que “[...] ‘o particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar assistência médica e integral para os consumidores dos seus serviços’”.

Assim, resta, sem qualquer dúvida, a necessidade de os planos cumprirem com seus contratos, em uma atitude de subsidiariedade ou sub-rogação, levando à igualdade e legitimando o ressarcimento.

### 3.5 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA: PROMOÇÃO DE IGUALDADE, DIGNIDADE E JUSTIÇA

Diante de toda a exposição no presente capítulo, repita-se, vislumbra-se ser a saúde um direito humano, fundamental e social a prestações do Estado. Desta feita, tanto a saúde pública como a particular possuem papel importante em relação a esse direito, a fim de levá-lo à efetividade.

Verificou-se que a saúde pública deve respeitar alguns princípios orientadores da conduta do Estado que levam à efetividade da saúde e, conseqüentemente, à igualdade, dignidade e justiça social. Na seara da saúde suplementar, não é diferente. Deve haver o respeito dos princípios da atividade econômica, dos direitos do consumidor e da efetiva prestação da saúde. Estes, quando levados a cabo, também geram efetividade da saúde privada, levando igualdade, dignidade e justiça social às pessoas que contratam os planos de saúde, bem como às demais, carentes, que necessitam do setor público.

Uma vez que a efetividade da saúde é a promoção de igualdade, dignidade e justiça social, vislumbra-se de grande importância a determinação do ressarcimento ao Estado pelas operadoras de planos de saúde. Caso eles cumpram os seus contratos, em primeiro lugar, os consumidores terão efetivada sua saúde, promovendo os princípios já informados, e, em segundo, os cidadãos carentes de recursos poderão se valer da saúde pública, sem que ela esteja ocupada com quem possui planos de saúde. Caso os planos não cumpram seu papel, o ressarcimento entra em cena para fazer valer a efetividade da saúde às pessoas carentes, levando às mesmas dignidade e igualdade, além de promover justiça social.

Certo é que o conceito de dignidade está incluído nos direitos fundamentais, mas, em maior monta, nos direitos sociais, e é “[...] na garantia, a cada indivíduo, de levar uma vida de acordo com a dignidade humana que os direitos econômicos, sociais e culturais encontram sua explicação e sua inspiração”. São, também, indissociáveis da integridade física assegurada à pessoa (MELO, 2001, p. 57). Daí, a razão de o cumprimento do direito à saúde, por ambas as esferas, levar à dignidade.

Assim, “[...] qualquer previsão legal, qualquer atitude tomada pelo Poder Público [...]” e, diga-se também, pelo particular que presta a saúde (planos de saúde), “[...] que provoque como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição” (SPITZCOVSKY, 2005, p. 09).

“A justiça social, por sua vez, visa diretamente ao bem comum, e apenas indiretamente ao bem deste ou daquele particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro da comunidade é apenas indireto” (LIMA, 2008, p. 276). Mais uma vez, está fundamentada a prestação da saúde tanto pelo Poder Público como pelos planos de saúde, da melhor forma possível, para ambos levarem melhor qualidade de vida à sociedade, bem como também está fundamentado o ressarcimento que trabalha em prol da coletividade e contra a má prestação (ou não prestação) dos serviços contratados às operadoras de planos de saúde, para os quais receberam contraprestação financeira.

Dessa forma, relacionado o serviço de prestação da saúde com a dignidade humana e a vida, bem como, diga-se também, com a igualdade e a justiça social, “[...] cumpre observar que a execução daquele, desconsiderando ou mesmo enfraquecendo esses valores básicos fixados

pela Constituição, torna-se, além de inadmissível, inconstitucional” (SPITZCOVSKY, 2005 p. 09). Como últimas palavras, é importante citar o entendimento de Salazar, Rodrigues e Nunes Júnior (2003, p. 375-376), que afirmam sobre a atuação dos planos de saúde, ser preciso

[...] que as diretrizes de universalidade, equidade, integralidade e controle social sejam preservadas e reinterpretadas, tendo em vista as especificidades jurídico-legais e assistenciais dos planos privados de saúde, bem como do direito de atuação das operadoras. Faz-se necessário estabelecer normas e parâmetros que, considerando as peculiaridades financeiras e assistenciais entre o SUS e o setor privado de saúde, estejam voltadas à equidade e garantias de acesso e qualidade aos serviços de saúde. Aliás, essa equação é imperiosa também para que a hierarquia das normas da ordem jurídica seja restabelecida, em observância da Carta Magna e dos princípios que regem serviços e ações de saúde, ditos de relevância pública.

Ocorre que, mesmo nos dias atuais, com toda a regulação por parte do Estado e normas para guiarem as atitudes dos planos de saúde, os abusos ainda existem, e as reclamações são constantes, fazendo com que os planos levem seus segurados ao setor público, causando desigualdade. O ressarcimento, mais uma vez, seria uma das soluções.

### **3.5.1 Saúde x poderio econômico: abalo nas estruturas da efetividade na saúde**

Há algumas décadas, a globalização se instalou no mundo. Com ela, vieram as facilidades da vida moderna e um maior e melhor fluxo de conhecimento e informação, gerando desenvolvimento. Ocorre que a globalização não trouxe apenas benefícios. Trouxe também a atuação selvagem dos planos de saúde, muitas vezes ligadas a bancos mundiais e empresas multinacionais, em uma postura tipicamente neoliberal.

No artigo “Direitos humanos, interesses metaindividuais e globalização: da via de mão dupla à via de mão única”, apresentado no IV Encontro Anual da ANDHEP – Associação Nacional de Direitos Humanos (JARDIM, 2008), já comentado no capítulo 2, desenvolveu-se raciocínio no intuito de defender a tentativa de que os direitos humanos não fossem apenas prejudicados pela globalização, mas que também pudessem utilizar-se dela para desenvolver-se.

O fato é que os planos de saúde instalados no Brasil, desde muito tempo, lideram as reclamações nos Procons, bem como são alvo de demasiadas ações judiciais por parte dos segurados-consumidores, a fim de fazerem valer o que consta em seus contratos, ou deveria constar, conforme já afirmado integrar o artigo 10 da lei de planos de saúde.

Assim, as empresas utilizam-se de seu poderio econômico para obterem lucros cada vez maiores, em detrimento da prestação de qualidade de um serviço de interesse público, que é a saúde, levando à sua inefetividade e afetando a dignidade humana, a justiça social e a igualdade no Brasil. Conforme Oliveira, A. (2004, p. 102-111),

[...] 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 de demandas envolvendo essas questões.

A mesma autora, já em outra obra (2008, p. 57-58), afirma um aumento das demandas em relação aos planos de saúde que pode decorrer de uma maior conscientização e maior acesso à Justiça. No entanto pode, também, “[...] ser motivado por razões consideradas negativas, entre elas, a resistência dos agentes privados em submeterem-se à lei ou à falência do órgão regulador, que, com a sua atuação, deveria conduzir a um estado de prevenção de litígios”. De qualquer feita, essas informações comprovam o desleixo na prestação da saúde por parte das empresas de planos. Assim,

A plena efetivação do direito social à saúde passa, no atual estágio de desenvolvimento econômico e social do Brasil, indubitavelmente, pela saúde suplementar. A crescente judicialização dos conflitos nesse setor constitui ponto nevrálgico do cenário atual e desponta como a principal alteração considerável em um quadro de aparente estabilidade: dados do Procon e a realidade apontam práticas e reclamações que persistem desde o período anterior à lei, enquanto dados da ANS apresentam, pelo menos no que se refere aos consumidores, pouca inclusão (Oliveira, A. (2008, p. 57-58).

Silva, M. (2008, p. 218), em resumo, se pergunta, então, como se deve conviver com essa lógica capitalista do “financeiramente rentável”, entendendo a atuação na saúde por parte dos planos como apenas um “valor de mercado”. Faz comparação entre a lógica universalista da saúde pública em um país capitalista e o capitalismo das empresas, quando há, no Brasil, a lógica universalista. No entanto “A relação consumidor/assistência médica privada não pode ser compreendida como uma relação estritamente mercantil (ROCHA, J., 1999, p. 77).

Se assim for, haverá a falta de cumprimento dos contratos, ou a falta de contratos reconhecendo a importância do serviço prestado. Isso leva à desigualdade na prestação da saúde. “Não se trata, assim, de obrigação de meio, mas de obrigação de resultado: fornecer assistência adequada à proteção e/ou recuperação da saúde do usuário do plano ou serviço de saúde” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 146-147). Dessa forma,

Lembre-se que os serviços de saúde, mesmo quando prestados pela iniciativa privada e ainda que sob a forma de contratos, não perdem o caráter de ‘relevância pública’ que lhes atribuiu o constituinte (CF/88, art. 197), não havendo dúvida de que a interpretação das cláusulas contratuais, bem como o exame acerca da responsabilidade pela execução adequada dos serviços de saúde deve submeter-se, portanto, à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 147).

Os planos de saúde, com a sua “[...] resistência em se colocar de forma complementar às ações públicas de saúde, claramente definida como diretriz do sistema, na Lei Orgânica 8080 de 19 de setembro de 1990, que regulamenta o SUS, [...]” (SILVA, M., 2008, p. 217), contribui, assim, para as “tensões financeiras em um sistema de economia capitalista”, ou seja, auxilia o aumento da escassez de recursos, ou, de outra forma, impede a igualdade e deixa o Poder Público gastar recursos com quem possui o plano.

Nesse prisma, mais uma vez o ressarcimento se torna importante e legitimado. Figueiredo, L. (2006, p. 298) explica que, “Quando o beneficiário da operadora é atendido pelo SUS, em procedimento médico contratualmente coberto, esta experimenta aumentos em seus lucros indevido [...]”, sendo constada a “[...] transferência do dever legal e contratual em arcar com o referido ônus financeiro do serviço médico prestado da operadora para o Estado, em gritante afronta ao ordenamento constitucional, nascendo, portanto, a obrigação de ressarcir o Estado”. Com efeito, há “a transferência do ônus dos tratamentos mais caros ou não cobertos pelas operadoras de planos de saúde exatamente para o sistema público” (SALAZAR; RODRIGUES; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 375). No entanto,

[...] apesar de ter sido determinada a obrigatoriedade das operadoras de planos de saúde ressarcirem o sistema público sempre que seus conveniados forem atendidos pelo SUS, observando os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), é significativa a resistência do setor privado que tem acionado, frequentemente o Judiciário na tentativa de livrar-se dessa obrigação legal (SALAZAR; RODRIGUES; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 375).

Assim, o poderio econômico dos planos, os quais buscam, sempre, mais lucros, desenfreadamente, tem causado a inefetividade da saúde no setor privado, bem como no setor público, uma vez que o segurado procura o SUS por atendimento não prestado pelo plano, gerando maior escassez de recursos, pior qualidade dos serviços, desigualdade na prestação da saúde no Brasil, bem como indignidade. O ressarcimento seria um dos meios a solucionar esses problemas. A alegação de falta de recursos, ou reserva do possível, determina que, pelo menos, o mínimo existencial deva ser prestado, e o ressarcimento trabalha para isso em prol da igualdade, prevalecendo sobre a autonomia privada e a livre iniciativa.

#### **4 EM DEFESA DO RESSARCIMENTO: IGUALDADE NO DIREITO À SAÚDE**

Nos dois capítulos anteriores, verificou-se que o direito à saúde se insere no rol dos direitos humanos e fundamentais, bem como sociais. Tendo essas rotulações, a saúde é direito que necessita efetividade e eficácia, garantindo, assim, dignidade aos cidadãos. Tanto a esfera pública deve garantir esse direito, quanto a privada, contratada para isso, ou seja, para a prestação de um serviço voltado a direito fundamental, uma vez que, com a contratação, há

subsidiariedade ou sub-rogação no dever do Estado de prestar a saúde, dentro dos limites do contrato firmado.

Assim, se torna de suma importância a igualdade no tratamento à saúde. Afinal, a igualdade é princípio que também remonta à dignidade, à justiça social e à solidariedade, quanto mais se interpretada dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro e, admitindo-se ser corretamente interpretada conforme a Teoria de Dworkin de divisão de responsabilidades, muito bem recebida no Brasil, se comparada com os dispositivos fundamentais da Constituição Federal.

Todas essas constatações são, ao mesmo tempo, fundamentos e fins da determinação do ressarcimento ao Estado pelas operadoras de planos de saúde. No entanto a alegação de que é dever do Estado prestar a saúde fere a igualdade na prestação da saúde ou pode eximir os planos do ressarcimento?

No presente capítulo, serão verificadas as teorias constitucionais atuais que podem fundamentar o apoio ao ressarcimento, com o propósito de responder que ele trabalha pela igualdade no direito humano e fundamental à saúde no Brasil e não pode ser ignorado pelas operadoras de planos de saúde, bem como será constatada a proporcionalidade do ressarcimento.

#### 4.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIGNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL

Um primeiro argumento em prol do ressarcimento é o próprio Estado Democrático de Direito. De fato, conquanto alguns ainda sustentem a inexistência desse Estado no Brasil (opinião não exarada no presente trabalho por todas as alegações expostas no capítulo 2), ele encontra-se consignado em nossa Constituição, no preâmbulo, e, por mais que não esteja totalmente formalizado e enraizado em nossa sociedade, é uma meta a ser cumprida, e está-se, a cada dia, buscando institutos a mais para fazê-lo realidade plena. Esse tão discutido Estado Democrático de Direito Brasileiro, conforme já verificado, está pautado na igualdade, na dignidade e na justiça social.

Pelo histórico vivido no Brasil e no mundo, pode-se verificar, no capítulo 2, que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, durante a qual se cometeram enormes atrocidades, procurou-se a paz mundial e a efetivação de direitos por minorias antes rechaçadas da sociedade. Aí rezam a justiça social e a dignidade humanas, bem como a igualdade dentro da sociedade.

No Brasil, não foi diferente. De forma tardia, foi implementado o Estado Democrático, mas desenvolveu-se legislação a fim de buscar o seu escopo. Exemplos disso são o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Legislação em prol de direitos da mulher, como, por exemplo, a chamada “Lei Maria da Penha”, dentre outros.

O ressarcimento não foge a essa regra. Se o Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito, possui institutos para viabilizá-lo, ou ao menos o estipulou e busca, desde então, a sua implementação; e, ainda, se esse Estado é traduzido pela justiça social, igualdade e dignidade, conforme já se defendeu, então o ressarcimento nada mais é do que mais um mecanismo na busca pela igualdade, dignidade e justiça social nesse Estado, permitindo um maior e melhor acesso à saúde àqueles que não têm condições financeiras, de forma a igualá-los com os demais possuidores de um plano privado de saúde.

No entanto, conforme exaustivamente comprovado e dito no presente trabalho, quem não contrata um plano de saúde acaba se desigualando, uma vez que quem o possui, detém a possibilidade de receber assistência pelo SUS e pelos planos, mas quem não o formalizou, acaba por receber tratamento inadequado dada, a falta de recursos e o abarrotamento do setor público, uma vez que as empresas de planos deixam que seus usuários se valham do SUS para os mais dispendiosos tratamentos, numa atitude antissocial, anti-igualitária, em prol do lucro exacerbado e contra o Estado Democrático de Direito, que pugna pela inclusão e participação das minorias ou dos excluídos da sociedade.

#### 4.2 A PRÓPRIA IGUALDADE: JUSTIÇA SOCIAL, DIGNIDADE E DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES

Também a igualdade pode embasar a cobrança do artigo 32 dos planos de saúde. No capítulo 2, verificou-se que a igualdade é, ao mesmo tempo, um direito humano e fundamental (e apenas por isso encontra-se em patamar elevado, merecendo o devido respeito), bem como “trabalha” em prol dos demais direitos humanos e fundamentais. Também pode-se vislumbrar que a igualdade, em um Estado Democrático de Direito como o Brasileiro, se transmuda em justiça social e dignidade humana.

Para que a igualdade não se verifique como uma alegação de caráter fantasioso, a doutrina de Dworkin, na obra *Virtude soberana*, afirma categoricamente a divisão de responsabilidades em uma sociedade, ou seja, todos têm responsabilidade pela igualdade.

O referido autor argumenta que, após o leilão virtual, havendo desigualdade de talentos, de má sorte não decorrente de escolhas, ou mesmo decorrente delas, ou ainda diferenças naturais entre as pessoas (como os portadores de necessidades especiais), há duas soluções: mercado hipotético de seguros ou redistribuição dos recursos por meio de imposto de renda. Tudo isso para igualar novamente as pessoas dentro daquela sociedade.

Em assim sendo, o que Dworkin defende é que a própria sociedade tem responsabilidade pela redistribuição de recursos e consequente igualdade dos indivíduos. Nas palavras de Bastos (2002, p. 192), “[...] finalmente, aqui então com maior razão ainda, se submetem ao princípio isonômico aqueles que, embora na condição de particulares, prestam uma atividade voltada ao público em geral”, como, inclusive, é o caso dos planos de saúde.

Mas, na área da saúde, a igualdade, também por parte dos particulares, pessoas jurídicas, mais especificadamente empresas de planos de saúde, é conseguida? Segundo Silva, S. (2009, p. 38), os planos não fazem a sua parte, pois

Sabe-se que as camadas sociais de maior poder aquisitivo utilizam o SUS, inclusive para transplantes, procedimentos complexos, medicamentos de alto custo, mas o fazem, em geral, em complementaridade aos seus planos privados e, muitas vezes, em condições de privilégio com relação ao usuário SUS exclusivo.

Complementando o raciocínio, Ocké-Reis e Sophia (2009, p. 75) corroboram o fato de que quem possui um plano procura o setor público, e o Estado fica com menos recursos para fornecer todos os procedimentos a quem não o possui. Segundo os autores,

Atualmente existe um sistema de saúde paralelo no Brasil. Apesar de a Constituição estipular que a assistência à saúde é um direito social básico e que os recursos devem ser alocados com base na necessidade e não pela capacidade de pagamento, as pessoas que têm poder aquisitivo podem ser cobertas pelo mercado e utilizar simultaneamente os serviços públicos do SUS, permitindo uma dupla cobertura para os trabalhadores de média e alta renda, executivos e funcionários públicos.

Os mesmos autores, na mesma obra, já na página 73, asseveram que a existência dos planos ao lado do setor público da saúde produz “efeitos nocivos”, como ausência de planejamento do financiamento público (certamente porque não há como o SUS se planejar em relação ao orçamento, quanto às pessoas possuidoras de planos), e, por fim, após citar outros problemas, afirmam que afeta também a “equidade de acesso (dupla porta de entrada, dada a capacidade de pagamento da clientela da medicina privada)”. Assim,

[...] pode-se enunciar que houve uma privatização do seguro social no Brasil, que ajudou a engrossar o número de consumidores do mercado, dando início à configuração de um sistema de saúde paralelo que reproduz desigualdades sociais e aprofunda iniquidades de acesso dentro do sistema de saúde (OCKÉ-REIS; SOPHIA, 2009, p. 75).

Diante dessa realidade e “[...] em razão do **dever de promoção**, o Estado tem a obrigação de adotar medidas compensatórias para permitir que grupos socialmente desfavorecidos possam concorrer em igualdade de condições com os demais cidadãos” (MARMELSTEIN, 2009, p. 412, grifo do autor). Marmelstein, na mesma página, cita as ações afirmativas, mas sua opinião pode perfeitamente ser atribuída à legitimidade e à legalidade do ressarcimento dentro do Estado Democrático e em defesa da igualdade, pois certo é que

Diante desse cenário, onde o poder econômico e a legitimidade do mercado de planos de saúde não podem ser desconhecidos – mas devem ser fustigados –, a disputa pela hegemonia dos pressupostos igualitaristas da Constituição de 1988 exige uma mediação política, visando a refrear o crescimento da mercantilização do sistema de saúde brasileiro (OCKÉ-REIS; SOPHIA, 2009, p. 74).

Por fim, vale acrescentar as palavras, novamente, de Marmelstein (2009, p. 411-412), de que “[...] o Estado deve adotar medidas capazes de impedir que particulares violem esse mandamento constitucional [fala do dever de proteção], até porque o particular tem o dever ético-jurídico de respeitar o seu semelhante”. Assim, o ressarcimento em prol da igualdade como divisão de responsabilidades, se legítima.

### 4.3 A PRÓPRIA SAÚDE COMO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL: OBRIGAÇÃO TAMBÉM DOS PLANOS

Para não deixar de lado mais uma alegação já apresentada anteriormente, especialmente no capítulo 3, vale lembrar que a própria saúde é, também, um forte argumento para a defesa do ressarcimento ao Estado pelos planos de saúde.

De fato, comprovou-se que ela é um direito humano, postulado em documentos internacionais (especialmente a Declaração dos Direitos do Homem de 1948), e faz parte dos direitos de segunda dimensão. Da mesma forma, é um direito fundamental, porquanto positivado em nossa Carta Magna, no Título de Direitos e Garantias Fundamentais. No entanto os argumentos para a importância da saúde não se estendem a apenas o afirmado. A saúde é direito que leva à dignidade humana, princípio fonte e norteador de nosso Estado de Direito.

Nas palavras de Marmelstein (2009, p. 370), “A saúde é um direito que deve ser efetivado ao máximo, até onde for possível, dentro das capacidades fáticas (financeiras, por exemplo) e jurídicas”. Ou seja, se deve ser efetivado pelo Estado, mas dentro de realidades financeiras, remonta-se a um direito social de prestação positiva do Estado, embora seja, também, fundamental, “Quanto maior for a disponibilidade orçamentária tanto maior será o grau de efetividade desse direito. Essa norma é, por assim dizer, um objetivo a ser alcançado (de preferência, o mais rápido e na maior medida possível)”.

Assim, não se deve perder de vista a importância da saúde e, dessa forma, o dever do Estado em prestá-la, mas também, já que este abriu à iniciativa privada o direito de também prestar a saúde, o Estado tem o dever de regular e fiscalizar esse serviço, tudo conforme ditames da Ordem Econômica da Constituição. O Estado Brasileiro faz esse controle por intermédio da ANS – Agência de Saúde Suplementar –, desde a edição da lei dos planos, por vários dispositivos nela inseridos, dentre eles o ressarcimento.

No passado, “[...] o crescimento dos planos de saúde foi gritante porque contou com incentivos governamentais no contexto do desfinanciamento do SUS, da crise fiscal do Estado e da ofensiva neoliberal” (OCKÉ-REIS; SOPHIA, 2009, p. 74). Dizem os autores que a idéia de que os planos ajudam a desafogar o SUS “[...] esconde a história e as raízes que permitiram

o patrocínio do mercado de planos de saúde pelo Estado capitalista, contribuindo para estruturar um modelo de proteção social de matriz liberal em contrapartida à priorização do modelo de atenção à saúde pública [...]” (OCKÉ-REIS; SOPHIA, 2009, p. 74).

Assim, o sentimento de que a saúde é um direito humano, fundamental e social, demandando recursos sim, finitos, mas necessitando do envio de esforços de toda a comunidade para que não sejam violadores desse direito, especialmente das empresas de planos de saúde, em um caráter de subsidiariedade ou sub-rogação, merece atenção e legítima o ressarcimento.

#### 4.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Um argumento ainda não evidenciado, mas que se constitui de suma importância para o entendimento e para a defesa do ressarcimento em nosso Estado de Direito, é a constitucionalização do direito privado.

De fato, acompanhando a mudança de paradigmas contextuais, o direito constitucional, ou público, passou, nos dias atuais, a ser interpretado e aplicado com a devida importância. Santos, M. (2009, p. 211) afirma que esse fenômeno obtém, na doutrina, diversas denominações tais como socialização, constitucionalização, despatrimonialização e publicização do direito privado.

Decerto, não conclui pela mais adequada em seu entendimento, mas arrisca-se a filiar-se à nomenclatura de constitucionalização do direito privado, já que as demais parecem retirar por completo a autonomia privada, símbolo do direito privado, o que, com certeza, não reflete o movimento em desenvolvimento na doutrina. Nas palavras de Negreiros (2001, p. 378),

Por outras palavras, e em harmonia com o percurso histórico antes relatado, a estruturação valorativa do sistema jurídico, orientado teleologicamente em função da tutela da pessoa humana, importa a superação do individualismo, sim, mas não a substituição deste por um coletivismo ou um estatismo totalitários igualmente inconciliáveis com a proteção da dignidade dos sujeitos sociais.

Passadas essas primeiras ideias, é importante verificar como se deu toda essa mudança no mundo e no Brasil, bem como quais foram elas e suas consequências. De fato, na antiguidade, o direito privado era completamente separado do público, e havia uma maior importância a

esse último ramo, pois “[...] o que se considerava importante era a vida pública do cidadão, através da sua participação política na definição dos destinos da sua comunidade” (SARMENTO, 2007, p. 33). Assim, “[...] o Homem era concebido, essencialmente, como o animal político (*zoon politikon*) como afirmou Aristóteles [...]” (SARMENTO, 2007, p. 33).

O mesmo autor afirma que, na Idade Média, “opera-se uma inversão”, sendo o privado o setor mais importante “[...] sobretudo pelo fato de que as relações de dominação feudal que então se desenvolviam tinham sua origem e fundamento na propriedade territorial, instituição de caráter eminentemente privado” (SARMENTO, 2007, p. 33- 34).

Já no Estado Moderno, em sua posição inicial de Estado Absolutista, o público confundia-se com o privado, uma vez que o Estado era configurado na pessoa do monarca. Foi no Estado Liberal a separação conforme até poucos anos atrás era ainda aplaudida e praticada. Nas palavras de Sarmento (2007, p. 35),

De qualquer forma, pode-se dizer que uma separação mais nítida entre as esferas pública e privada só se delineia após o advento do Estado Liberal, que foi erigido na Europa Ocidental e nos Estados Unidos após as Revoluções Burguesas do século XVII (inglesa) e XVIII (norte-americana e francesa).

Com o Estado Liberal e a doutrina por ele defendida, qual seja, a não intervenção estatal, o setor privado avançou em nossa sociedade, sendo a prioridade em detrimento do público, marcando a separação absoluta entre os dois ramos. Conforme Hammes (2006, p. 92), “Por um longo período, as codificações foram consideradas independentes de qualquer Constituição, não se submetendo a uma interpretação que pudesse partir da existência de uma norma de hierarquia superior”.

Exemplo disso é o Código Civil de Napoleão e a primeira Declaração de Direitos do Homem de 1789. O Código Civil Francês elaborado por Napoleão Bonaparte em 1804 passou a ser visto como Constituição e, assim como a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, mostrava seu cunho individualista, dando ênfase à propriedade, “implicando a prevalência da patrimonialização sobre o ser humano, aniquilando, assim, a dignidade do ser humano”(HAMMES, 2006, p. 93-94).

Com o advento do Estado Social, verificou-se uma maior intervenção do Estado no setor privado e na economia como um todo, a fim de que fossem garantidos direitos sociais das classes menos abastadas. Mas, com sua queda, o setor privado passou a ter uma maior importância, dado o descrédito de que o Estado pudesse resolver as questões sociais e econômicas. No entanto esse fato levou a atrocidades cometidas por governos totalitários, e, logo, a busca por um novo equilíbrio se instaurou.

Segundo Lotufo (2006, p. 22), após a Segunda Guerra, em que saíram vitoriosas as nações contrárias ao totalitarismo, “[...] ocorreu a conquista da redemocratização, começando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que passa a ser o grande centro emanador de valores para todo o mundo, inclusive para o Direito privado”. Também conforme o mesmo autor, na mesma obra, já na página 23, “Muitas matérias relativas à pessoa humana ascenderam, neste período, ao nível Constitucional, sendo necessária, portanto, uma ampla reforma de concepção do Direito Civil, bem como toda uma reestruturação dos Códigos Civis”.

Seguindo nesse prisma, Arantes (2006, p. 130) afirma que “A Alemanha foi o primeiro país a resolver uma lide, inserindo os direitos fundamentais na interpretação e na tutela dos abusos cometidos pelo Estado e, também, nas relações interprivadas”. Nas palavras da autora, o caso ocorreu em

[...] 1950, quando Erich LÜTH, presidente do Clube de imprensa de Hamburgo, queria impedir a divulgação e a produção de um filme elaborado por um “ex-nazista”. O produtor do filme ingressou com uma ação de perdas e danos, alegando incitação ao boicote, além de fundamentar que a atitude do presidente era contrária à moral e aos bons costumes.

O Tribunal Constitucional alemão decidiu pela possibilidade de veiculação do filme, uma vez que impedi-la seria violar o direito de liberdade de expressão. Ou seja, pela primeira vez, o Tribunal alemão utilizou-se de princípios fundamentais, de direito público, para uma decisão de lide entre particulares. “Portanto, a inovação ocorreu por parte do Tribunal Constitucional, que enalteceu a importância dos direitos fundamentais para o direito privado e não do juízo cível” (ARANTES, 2006, p. 130).

Por fim, como mais um exemplo de mudança de mentalidade, vale dizer que, na Itália, “A Constituição, então, é o foco de iluminação, é quem informa e dá os valores ao Direito Civil e

com isso foi possível que todo o Direito Privado italiano progredisse, abarcando as novas concepções elevadas ao Texto Maior daquele país” (LOTUFO, 2006, p. 22).

No Brasil, a história transcorreu de maneira um pouco diversa. Em épocas recentes, os direitos civis ainda eram os mais importantes, tendo os cursos de Direito pelo país, como reflexo, conferido maior importância ao estudo do Direito Civil e de seu Código, em detrimento das disciplinas sobre a Constituição.

Nas palavras de Hammes (2006, p. 94), como resultado do individualismo reinante, surgiram códigos como o Comercial Francês, a legislação civil alemã, e o Brasil acompanhou essa evolução com os Códigos Comercial (1850) e Civil (1916). Segundo Lotufo (2006, p. 21),

Tirando Pernambuco, que teve na história profunda influência germânica, bem como Rio Grande do Sul e parte de Santa Catarina por fatores da colonização, o resto do país sofreu uma outra influência cultural, a influência cultural francesa. Esta influência predomina no Brasil e no mundo do direito, recebendo fortes influências, no Direito Privado, dos estudos de Domat, Demongue, Pothier, Demolombe, Planiol, Rippert, Savatier, Mazeaud & Mazeaud (Henri, Léon e Jean) e Carbonier.

Tanto era dessa forma, que partia-se “[...] do Código Civil como centro, numa visão que nada tem a ver com o nosso sistema vigente. Um Código Civil que vale mais que a própria Constituição” (LOTUFO, 2006, p. 21). E complementa, dizendo que, na França, até os dias atuais, o pensamento é o mesmo, pois “[...] tanto o Código vale mais que a Constituição que aquele país jamais teve um Tribunal Constitucional, resolvendo seus problemas constitucionais em Tribunais Administrativos [...]” (LOTUFO, 2006, p. 21).

Assim, essa fase “[...] se caracterizou por um individualismo capitalista, próprio do Estado Liberal [...]”. Ocorre que “[...] a modernidade apresentou-se através de demandas não solucionáveis pelas codificações, ou seja, um esgotamento e insuficiência do modelo codificado. Para superar tais problemas, surgem então as leis especiais, denominadas de microssistemas” (HAMMES, 2006, p. 94).

Essa mesma autora, já na página 95, cita o surgimento da lei de direitos autorais, proteção do contrato de trabalho, locações urbanas, falências, CDC, etc. e afirma que “Tais microssistemas contribuíram para um novo modelo de Estado, o Estado Social, caracterizado agora por sua intervenção nas relações interpessoais, e relacionado agora a um *fazer* do

Estado, que não mais está naquele papel passivo e negativo [...]”. Cita a autora, assim, o surgimento dos direitos sociais e de documentos voltados a eles como Constituição Mexicana e de Weimar na Alemanha.

Para alguns, inclusive, a Constituição Brasileira de 1934 pertenceu a esse processo social (sob o protesto de outros). No entanto foi com a Constituição de 1988 que a situação começou a mudar com a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Hammes (2006, p. 96), esse princípio

[...] é o responsável por mudar toda uma visão civilista e patrimonialista do ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio, que começa a ter conteúdo jurídico após a Segunda Guerra Mundial, possui uma vasta aplicabilidade e a sua inserção no texto constitucional, por parte dos constituintes, teve por objetivo dar importância acentuada ao ser humano em detrimento da patrimonialização.

No entanto parece que demorou a chegar essa visão ao Brasil, apesar da Constituição. Prova disso é que o Novo Código Civil, com ideias constitucionais embutidas, só veio a ser publicado em 2002. No entanto, com o advento deste, houve a inclusão de vários dispositivos referendando nossa Constituição, dando ênfase aos direitos fundamentais, à influência do setor público no privado e, principalmente, aos direitos fundamentais nas relações tanto públicas como privadas, finalmente chegando uma visão Constitucional ao Direito Civil. Ele é “[...] concebido como sistema atemporal, estático, como instrumento eficaz a solucionar todos os casos concretos, é cercado com a utilização de princípios, conceitos e categorias constitucionais para resolver inúmeras questões” (ARANTES, 2006, p. 132).

Assim, “É óbvio que a superveniência do texto constitucional, dentro do estudo das hierarquias das normas, implicará que ela sempre será o facho, a fonte de iluminação do sistema, e é ela que deverá dar os valores fundamentais do nosso sistema, por ser refletidora de princípios fundantes” (LOTUFO, 2006, p. 24).

Mas quais seriam efetivamente as mudanças proporcionadas pela constitucionalização do direito privado, incluindo-se direitos fundamentais em suas análises? Negreiros (2001, p. 344) sustenta que várias são as verificações de uma “[...] alteração de significado do atual direito civil em comparação aos modelos oitocentistas, que, nos moldes acima delineados, atendiam às aspirações do liberalismo (individualismo político-econômico)”. E, por fim, confere alguns exemplos dessa nova realidade, afirmando que

As mudanças mais impactantes são as relativas aos institutos da propriedade privada e do contrato, hoje marcados por uma “funcionalização” impensável dentro da concepção liberal, contemporânea à sua formação codificada. Assim como as alterações, também numerosas têm sido as teorias a tentar explicá-las, as quais, articuladas, formam uma doutrina crítica de uma concepção liberal-individualista do direito civil.

Corroborando a informação, Arantes (2006, p. 127) sustenta que houve uma repersonalização do direito civil, e “ [...] o ser humano passa a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a propriedade desloca-se a uma posição periférica, mas não menos importante, pois o objetivo primordial é a garantia de sua função social”.

Assim, “[...] a dignidade da pessoa humana constitui um ponto de confluência de interesses individuais e coletivos, os quais, por isso, não mais podem ser relacionados em termos antagônicos, mas, sim, complementares” (NEGREIROS, 2001, p. 246), já que

[...] A reflexão em torno da eficácia normativa dos princípios constitucionais é o ponto de apoio para uma perspectiva de interpretação das relações patrimoniais em chave constitucional, operando-se, desta forma, uma ‘funcionalização’ das relações jurídicas interprivadas aos valores existenciais, muito especialmente ao da dignidade da pessoa humana (NEGREIROS, 2001, p. 350).

E, como mais uma consequência do movimento da constitucionalização do direito privado, verifica-se “[...] a absorção e a tutela de institutos antes regulados somente pelo direito civil, como é o caso da família, da propriedade e do contrato” (ARANTES, 2006, p. 128-129), sendo norteadores dessa mudança de mentalidade os princípios da “[...] igualdade, da função social, da justiça contratual, da dignidade humana, da solidariedade e da boa-fé [...]” (ARANTES, 2006, p. 128-129). Ocorre que também se pode pensar de forma inversa: que a evolução dos direitos fundamentais gerou a constitucionalização. Na visão de Hammes (2006, p. 91-92),

Uma das consequências da concretização dos direitos fundamentais é a nova relação entre direito público e direito privado. O constitucionalismo contemporâneo identifica esta relação como a ‘constitucionalização’ ou ‘publicização’ do direito privado, conferindo uma nova roupagem à aplicação da legislação infraconstitucional classificada tradicionalmente como sendo de direito privado.

Por todo o exposto, vale dizer que “O direito constitucional não dissipou o espaço ocupado pelo direito privado. Este continua tendo o seu próprio local, porém, com características mais

sólidas para a conquista da justiça social estipulada na Carta” (ARANTES, 2006, p. 141). Nas palavras de Sarlet (2001, p. 576),

Com efeito, assim como mudaram as funções da Constituição e as funções clássicas foram substancialmente – pelo menos em muitos lugares – reconstruídas, também mudou o tratamento outorgado às constituições como norma jurídica, com sensíveis reflexos também sobre a interpretação da ordem jurídica infraconstitucional. De outra parte, é preciso considerar que a própria Constituição em sentido material – ou aquilo que se tem chamado de identidade constitucional – encontra-se em constante processo de redefinição e reconstrução, influenciando, por sua vez, também sobre a produção e alteração da constituição formal e do direito positivado no pano legal.

Assim, o direito privado passa por uma fase de abandono da visão individualista, de um sistema fechado, deixando de lado a visão cerrada dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos para uma abertura constitucional, permitindo a incidência de “[...] princípios sociais, como a função social da propriedade, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a necessidade de equilíbrio contratual” (SANTOS, M., 2009, p. 206).

No entanto Sarmento (2006, p. 42) afirma que, com o advento da globalização, o Estado tem dificuldades em controlar o setor privado, e isso deve servir de alerta. Em sua opinião, com a qual se concorda,

[...] o processo de globalização econômica, impulsionado pelos exponenciais avanços tecnológicos no campo das comunicações e informática, não só encurtou distâncias e diluiu fronteiras como também fragilizou o Estado, que tem cada vez menor capacidade para condicionar soberanamente a atuação das forças presentes no seu território.

E completa, na página 43, afirmando que “[...] certamente o lado mais sombrio desta crise é o que se relaciona ao retrocesso nos níveis de proteção às populações carentes proporcionados pelos direitos sociais”. Entretanto “[...] não há como desconsiderar que tanto a superação da dissociação público-privado quanto a circunstância de a Constituição ser o parâmetro primeiro das relações jurídicas no âmbito nacional – estatal segue sendo atual” (SARLET, 2006, p. 578). E, assim, devemos envidar esforços para isso, pois

[...] segue valendo a premissa de que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, de um modo geral, aplicam-se na e a toda ordem jurídica e social. Com efeito, a proteção do cidadão e da sociedade contra o abuso do poder econômico e social pressupõe que se tomem a sério estes riscos e ameaças e que se levem a sério as funções e possibilidades da Constituição e dos Direitos Fundamentais em todos os setores da vida social e jurídica (SARLET, 2006, p. 578).

Dessa forma, como exemplos da constitucionalização do direito privado, há a função social da propriedade, a função social da empresa e do contrato, a atividade econômica voltada para a dignidade e a justiça social, a teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a boa-fé objetiva, a solidariedade social, dentre outras menções à pós-modernidade voltada aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais em primeiro plano, uma vez que retratam o princípio-fonte da dignidade da pessoa humana. Nos tópicos que se seguem, desenvolver-se-ão melhor algumas das teorias voltadas à constitucionalização, a fim de se conseguir fundamento constitucional para o ressarcimento.

#### **4.4.1 Teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e a solidariedade social**

Dois primeiros conceitos a serem apresentados a fim de dar suporte à defesa do ressarcimento são a Teoria da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre os particulares e a sua decorrente, a solidariedade social.

Certo é que, conforme identificado no capítulo 2, bem como no Capítulo 3, ao se falar da evolução dos direitos humanos e suas dimensões, foi constatado que eles foram se desenvolvendo para fazer frente ao Estado (visto como “Leviatã”) e às atrocidades por ele cometidas contra os particulares. Em outras palavras, os direitos humanos cresceram em uma vertente vertical. Um exemplo é a primeira dimensão: direitos civis e impossibilidade de que o Estado agisse de encontro aos cidadãos. Já na segunda dimensão, os direitos humanos, mais uma vez, se voltaram ao Estado, mas, dessa vez, a fim de que ele atuasse em prol dos indivíduos, garantindo-lhes direitos sociais.

Após a queda dos regimes totalitários com a Segunda Guerra Mundial, o mundo se volta para os direitos humanos de terceira dimensão, requerendo solidariedade, paz e respeito às minorias oprimidas. Nessa época, também, dada a liberdade conquistada pelo mercado e o advento da globalização em anos posteriores, as entidades privadas passaram a possuir poderes gigantescos em face de seus contratados, bem como, muitas vezes, em face do Estado, sendo essa uma das causas das mazelas da sociedade. Veio, então, o Estado

Democrático de Direito, com a participação dos cidadãos no comando da sociedade, bem como incluindo os excluídos, garantindo dignidade e justiça social.

Nesse prisma, a constitucionalização do direito privado e o abrandamento da separação entre público e privado, bem como o surgimento e ganho de força dos direitos humanos e fundamentais (em função de instrumentos internacionais e positivações nacionais), passaram a levar ao setor privado princípios e atitudes antes por eles não imaginados. Assim, no Estado Democrático, por todos os motivos expostos e em função da constitucionalização, nas palavras de Sarmento (2007, p. 50),

[...] parece-nos que o critério público/privado não é útil para resolução de conflitos de interesse que se estabeleçam numa sociedade aberta e democrática, seja pela imprecisão e indeterminação intrínsecas aos respectivos conceitos, seja pelo reconhecimento de que ambas as dimensões da vida humana, pública e privada, [...] são igualmente importantes para a realização pessoal da pessoa[...]. Não há, por outro lado, dois ordenamentos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara.

Surgiu, assim, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, ou seja, não nas relações verticais do cidadão com o Estado, mas entre os próprios cidadãos. Parece-nos claro que essa teoria não pode mais ser colocada de lado no Estado Democrático de Direito, já que é condizente com as suas diretrizes. Segundo Sarlet (2007, p. 395),

Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais, encontrando o seu maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade deste século, passando também a atrair – embora mais recentemente – as atenções da doutrina europeia [sic] em geral, além de constituir um dos mais controversos temas da dogmática dos direitos fundamentais.

Mas qual seria a nomenclatura correta para o tema? Decerto que o instituto recebeu inúmeros nomes. Mateus (2008, p. 92-94) desenvolve o trabalho de crítica à nomenclatura da teoria. Afirma que, na Alemanha, um primeiro nome foi “eficácia perante terceiros no direito fundamental”, mas a expressão deixa transparecer que ainda se está vivendo no Estado Liberal, no qual o terceiro seria o Estado, e a reivindicação de respeito aos direitos fundamentais seriam apenas perante estes.

Tentou-se, também, emplacar as nomenclaturas eficácia social, eficácia horizontal ou eficácia privada. A primeira não seria adequada porque, segundo a referida autora, “traz em seu âmago a dicotomia entre Estado (sociedade política) e sociedade (sociedade civil)”, estabelecida nos tempos do “liberalismo puro”, ou seja, a retomada da separação ferrenha entre público e privado.

A segunda confere a impressão de que as relações são estabelecidas sempre entre iguais. Ocorre que há exemplos de concessão de maior poder a uma das partes na relação, principalmente quando há o envolvimento de poderio econômico, como no caso ora em estudo da relação entre as empresas de planos, muitas vezes multinacionais, com toda uma vantagem financeira, e os consumidores contratantes dos planos.

Com relação à terceira nomenclatura, eficácia privada, “da mesma forma que as anteriores também não satisfaz a necessária relação a ser estabelecida entre o signo e seu significado”, ou seja, “Não coloca em destaque o ponto central da problemática” (MATEUS, 2008, p. 93).

Como Sarlet (em várias obras nas quais desenvolve raciocínio sobre o tema), Mateus (2008, p. 92-94) prefere utilizar: “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou nas relações privadas”. Também aplaude-se essa posição, que será a adotada no presente trabalho.

Ao que indica a doutrina e conforme afirma Sarmiento (2008, p. 186), a menção a essa teoria e “O debate sobre tal questão desenvolveu-se, inicialmente na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, onde foram gestadas as teorias da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entre terceiros, e a teoria da eficácia indireta ou mediata destes direitos [...]”. Também Chequer (2007, p. 57) afirma a origem da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas na Alemanha, sustentando que,

Embora as primeiras fissuras da concepção individualista dos direitos fundamentais remontem ao constitucionalismo de Weimar, em especial com Carl Schmitt, como já apontado acima, a consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais [segundo o autor, em oposição à apenas visão subjetiva em que os direitos fundamentais eram vistos como proteção à atuação estatal, e passando, com a denominação objetiva, a significar princípio a ser seguido para efetivação dos mesmos direitos, fruto da Constituição de Weimar, da instituição de um Estado Social, em que também importavam direitos sociais e econômicos] só ocorrerá sob a égide da Lei Fundamental de Bonn (1949), estabelecendo-se como marco o julgamento, pela Corte Constitucional Germânica em 1958, do caso Lüth.

Assim, “Uma sentença do Tribunal Constitucional Federal, [inclusive já citada no tópico anterior, como fonte da constitucionalização do direito privado] que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo (da responsabilidade por atos ilícitos) e a liberdade de opinião, passou a ser de fundamental importância para o tratamento da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado na Alemanha” (CANARIS, 2006, p. 229).

Também segundo Canaris (2006, p. 229-230), o cidadão Lüth liderou um boicote a um filme a ser veiculado na Alemanha, alegando seu cunho antisemita. No entanto os tribunais entenderam como ato ilícito a conduta de Lüth, condenando-o. Chegando o processo ao Tribunal Constitucional Federal, este entendeu ter ocorrido violação ao direito fundamental de liberdade de opinião e cassou a decisão antes proferida. Pela primeira vez na história, o Tribunal Constitucional decidiu com base nos direitos fundamentais, entendendo-os como objetivos e como aplicáveis também aos particulares. Afirmou, ainda, que as cláusulas gerais como, no caso, os *bons costumes* dariam o veio para a interpretação nesse sentido.

Assim, já na doutrina alemã, há duas correntes interpretando a nova teoria criada e, segundo Sarlet (2007, p. 400), lideradas, a primeira por Düring e a segunda por Nipperdey e Leisner. Segundo Düring, os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados no âmbito dos particulares “[...] após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado”. Já conforme a segunda corrente, “[...] em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional”.

Mas a orientação dominante no Tribunal alemão é de que a influência dos direitos fundamentais na esfera privada é feita em função da existência de cláusulas gerais e de conceitos que carecem de interpretação e integração (SARLET, 2007, p. 403), ou seja, não há qualquer necessidade de uma norma que determine a influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas apenas uma interpretação e integração das normas existentes.

No entanto, nos dias atuais, e apesar de toda a inovação e carga de constitucionalidade da teoria levada a cabo na Alemanha, Sarmiento (2008, p. 187) preocupa-se com o “silêncio” da doutrina e jurisprudência nacionais e internacionais em relação a questão tão relevante. E afirma que “[...] este silêncio constrangedor sinaliza de certa forma uma posição que nos parece insustentável, pelo menos à luz da ordem constitucional brasileira: a de que tais direitos não teriam nenhum tipo de eficácia no âmbito das relações privadas”.

Apesar desse pensamento, é importante registrar a posição do Tribunal Constitucional da Espanha, afirmando que, “[...] no âmbito de um Estado social e democrático de Direito, a titularidade dos direitos fundamentais também deve ser assegurada plenamente na esfera da vida social em geral” (SARLET, 2006, p. 585).

Também Miranda, J. (2009, p. 76-74) afirma que, na Constituição Portuguesa, há dispositivo explicitamente indicando a relação dos particulares com os direitos fundamentais, o que é difícil existir em outras Constituições, e sustenta também que “O art. 18, nº1, estipula ainda a vinculação de entidades privadas aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”. O mesmo autor discorre ainda sobre o que seria essa vinculação privada, citando o direito dos consumidores à proteção da saúde. Assim, para ele,

Não estão em causa aqui direitos nas relações entre particulares, só elevados a direitos fundamentais por virtude da sua conexão com certos princípios constitucionais ou por virtude dos cumulativos deveres de proteção dos correspondentes bens jurídicos do Estado... [...]. Trata-se, sim, de direitos que incidem ou podem incidir tanto nas relações com entidades públicas quanto nas relações com particulares ...[...] E trata-se depois de direitos que, tendo surgido historicamente perante o Estado, podem adquirir também sentido frente aos particulares [...]” (MIRANDA, J., 2009, p. 75).

No entanto a relação entre direitos fundamentais e setor privado não se mostra simples, ou ainda tão confortável quanto a relação com o setor público, construída ao longo de anos, por vários motivos: é latente a diferença do modo de agir e os posicionamentos das entidades públicas e privadas; vem da experiência ver os direitos fundamentais como colocados perante o Estado; exige uma análise interdisciplinar porque se apresenta no terreno do direito privado; em função do princípio da autonomia privada (que, de certa forma, pode frear a aplicação dos direitos fundamentais); e porque também importa preservar as instituições privadas perante o Estado da mesma forma como preservar os direitos fundamentais perante as instituições privadas (MIRANDA, J., 2009, p. 76).

Ocorre que, devido à importância na sociedade, tendo relação com a promoção da dignidade humana e refletindo os próprios ditames do Estado Democrático de Direito, enviar esforços a fim de enraizar em nossa sociedade a teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é de sua importância. O ordenamento pátrio já está atrasado em relação, por exemplo, à Constituição Portuguesa, por não conter um dispositivo constitucional específico. Ao que parece, as dificuldades se mostram como ranços do Estado Liberal. O próprio Miranda, J. (2009, p. 77) confere indícios desse pensamento quando afirma que

Não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político – o *imperium*; é preciso também limitar o *dominium* e assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas (grifos do autor).

Nesse sentido é que, havendo diferentes distribuições de poder, mesmo no âmbito particular (muitas vezes ditadas pelo poderio econômico e social), a teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas tende a efetivar direitos, garantindo dignidade. Nas palavras de Sarlet (2006, p. 397),

[...] 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).

No entanto não apenas quando há desigualdades devem ser respeitados os direitos fundamentais nas relações privadas. Ora, no presente trabalho, trata-se de direito à saúde, de humanidade e fundamentalidade já demonstrados. Não se pode, então, verificar a questão como simples prestação de serviço, mas prestação de serviço fundamental para a 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).

Assim, verifica-se a origem da teoria, sua devida importância e suas dificuldades. Mas há de ser citado que nem todos pensam da mesma forma quanto à sua aplicação, (conforme demonstrou-se teorias diversas na Alemanha), razão pela qual há subteorias nomeadas pela doutrina.

Segundo Sarmiento (2008, p. 187), as teorias são divididas em cinco. Teorias negativas, as quais rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações provadas; teoria da eficácia indireta e mediata; teoria da eficácia direta e imediata; teoria que reduz a discussão aos deveres estatais de proteção dos direitos entre particulares; e teoria de Jungen Schwabe e os que buscam conciliar as teorias como Alexy.

Já na Alemanha, a tese de que não há possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas passou a existir com força, mas perdeu seu rumo quando várias decisões do Tribunal Constitucional Alemão passaram a ser tomadas em prol da vinculação.

Com presteza, há três fundamentos para os seguidores dessa teoria: o fato de que “[...] destruiria a identidade do direito privado, conferindo um poder demasiado ao Poder Judiciário” (MATEUS, 2008, p. 101); o fato de que seria rebaixar a Constituição a uma “mera ordem de valores”, levando ao abandono de métodos hermenêuticos clássicos, conforme doutrina de Ernst Forsthoff (SARMENTO, 2008, p. 188); bem como o fato de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado, em uma visão puramente liberal e atrasada.

A negação ganha força quando são citados os Estados Unidos, país formado por meio de um pacto federativo (no qual os Estados ditam as regras de direito privado), que seria ferido se a Suprema Corte passasse a decidir sobre o direito privado dentro dos Estados, aplicando a Constituição, ou a União passasse a legislar nesse caso.

Nas palavras de Ubillos (2006, p. 310-311, tradução nossa), “Para esse setor, a fórmula da *Drittwirkung* (ou seja, a teoria da aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares) é inútil, porque poderiam ser alcançados os mesmos resultados mediante os instrumentos tradicionais do Direito Civil”<sup>14</sup>. Da mesma forma, negando a teoria, em uma visão claramente liberalista, o mesmo autor afirma que “Bate no fundo dessas posições a convicção de que a *Drittwirkung* pode ser uma espécie de ‘Cavalo de Tróia’ que destrua o sistema construído sobre a base da autonomia privada”<sup>15</sup>. Conforme já asseverou Sarlet, no entanto, não há como aceitar qualquer uma dessas alegações, uma vez que não são condizentes com a nova ordem. Assim,

---

<sup>14</sup> “Para este sector, la fórmula de la *Drittwirkung* es inútil, porque podrían alcanzarse los mismos resultados mediante los tradicionales instrumentos del Derecho Civil.”

<sup>15</sup> “Late en el fondo de estas posturas la convicción de que la *Drittwirkung* puede ser una especie de ‘caballo de Troya’ que destruya el sistema construído sobre la base de la autonomía privada.”

Refutam-se, portanto, desde logo, as teses – minoritárias, convém frisar, no âmbito do mundo jurídico europeu e latino-americano – que, a exemplo da doutrina norte-americana da ‘state action’, negam categoricamente qualquer vinculação de atos puramente ‘privados’ e de entes ‘particulares’ às cláusulas constitucionais. [...] [...] no contexto de um Estado Democrático de Direito, não há como afastar a existência desta vinculação (SARLET, 2006, p. 579).

Seguindo o estudo, pode-se vislumbrar a presença de duas teorias a serem estudadas juntas: a da aplicação mediata e da aplicação imediata. Segundo Miranda, J. (2009, p. 76-77), “Para a primeira, somente por meio da sua modelação ou transformação em normas de Direito civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico-privadas [...]”. Já afirmando o conceito da segunda teoria, “[...] não há que fazer cisões na ordem jurídica e tudo se reconduz à dialética liberdade-poder: se, em vez de ser poder político, for um poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto [...]”, mas afirma que, quando não houver, em um dos lados, um maior poder, haverá “graus de vinculatividade”.

Entende-se a posição do referido doutrinador, quando acredita que a vinculação direta ocorre apenas quando há diferença de poder. No entanto pensa-se que a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais ocorre em qualquer caso, quando voltada à promoção de dignidade e justiça, conforme já afirmado alhures.

Insta dizer que também concorda-se com a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, conforme a doutrina majoritária, por entender que, conforme a teoria mediata, deixa-se ao bel sabor do entendimento do legislador a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

Entretanto há críticas a essa tomada de posição. Sarmiento (2008, p. 239) apresenta os argumentos contrários à teoria direta: comprometimento da autonomia privada; a teoria seria antidemocrática tendo em vista conferir poderes demasiados ao Juiz; insegurança jurídica, dada a tomada de decisões com base em conceitos vagos; põe em risco a autonomia do Direito Privado; o fato de que se deve deixar para os Tribunais Constitucionais matérias outras que não de interesse privado.

Ora, concorda-se com o autor, quando afirma que facilmente se rechaçam as referidas objeções. A autonomia privada não é preceito absoluto, e, dada a constitucionalização do direito privado como movimento de valorização da Constituição em nosso ordenamento, calha dizer que as demais e ainda a primeira alegação caem por terra. É justamente pelas consequências esposadas que a teoria merece acolhida, uma vez que condiz com os ditames do Estado Democrático de Direito.

A penúltima teoria afirma que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se resume aos deveres de proteção que o Estado tem, ou seja, dever de o Estado proteger os particulares de ofensa aos direitos fundamentais, mesmo que isso ocorra na relação entre os particulares. Segundo Sarmiento (2008, p. 216), os defensores dessa corrente são Isensee, Oeter, Klaus Stern e Canaris. Ao direcionar os direitos fundamentais em face do Estado, a teoria afirma não haver perigo de afronta à autonomia privada (CHEQUER, 2007, p. 88).

Mais uma vez, por todas as alegações feitas para rechaçar as objeções à teoria da aplicação direta, já se responde também à presente teoria. É claro que, perante o Estado, o indivíduo continua possuindo os direitos fundamentais, bem como ele deve resguardar os direitos fundamentais dos particulares, mas isso não quer dizer que entre os particulares a aplicação não exista. Para Sarmiento (2008, p. 220), a teoria se apresenta “francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável”. Logo depois, em mesma página, completa, dizendo que se verifica contraditória, pois aceita a existência de deveres de proteção, mas nega-se a vinculação direta dos particulares, uma vez que “[...] só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por particular, se se aceitar também que o particular em questão não é lícito causar aquela lesão [...]”.

Por fim, Sarmiento (2008, p. 220-224) ainda argumenta a existência da teoria de Schwabe, que não reconhece separação entre público e privado, seja qual for, e afirma que qualquer violação a direitos fundamentais é vista em face do Estado; e uma teoria criada por Alexy, na tentativa de conseguir uma conciliação entre três teorias, quais sejam, a da aplicação imediata, a da aplicação mediata e a dos deveres de proteção do Estado, tentando arrumá-las em níveis. Essas teorias se mostram, no mínimo, incongruentes com a realidade. A primeira, em função de se fazer contra a doutrina e jurisprudências atuais para não reconhecer o avanço dos direitos fundamentais, e a segunda, por tentar conciliar o inconciliável.

Após a explanação, insta dizer que, em conformidade com as doutrinas de Sarmento e Sarlet, a teoria implementada no Brasil é a da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, sendo a doutrina e a jurisprudência brasileiras majoritárias a fonte dessa alegação. Conforme Sarlet (2006, p. 584),

[...] firma-se aqui posição no sentido de que, no Direito Constitucional brasileiro, para além de outras razões passíveis de menção, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (evidentemente àqueles direitos que, por sua natureza, não vinculam em primeira linha e, portanto, diretamente – embora não de forma exclusiva – os órgãos estatais) e uma eficácia em princípio direta, no sentido de não necessariamente dependente de uma prévia mediação pelo legislador, já decorre de uma adequada exegese do sentido e alcance da norma contida no artigo 5º, I, da CF, quando dispõe que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Afirma Chequer (2007, p. 92-96) que, quando o STF foi chamado a decidir questões atinentes à teoria, não se manifestou claramente, tomando um caminho em relação à teoria direta, mas não a identificando de forma clara. Isso aconteceu, por exemplo, nos julgados RE 158215-4/RS de 1996, RE 161.243-6/DF e RE 251.445 de 2001. No entanto, uma decisão recente versando sobre a possibilidade de retorno de um sócio excluído da União Brasileira de Compositores, por lhe ter sido negado o direito de defesa, mudou essa situação. Por meio da decisão proferida nesse Recurso Extraordinário de número 201.819 (BRASIL, STF, 2006), o Supremo Tribunal Federal entende pela aplicação direta por três votos a dois. 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 (BRASIL, STF, 2006).

Além disso, Sarlet (2000, p. 155) afirma o caráter atual da teoria da aplicação direta em nosso ordenamento, fazendo com que a igualdade prevaleça. Para ele, “[...] 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 [...]”, argumentando que a teoria da aplicação indireta “[...] encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa” (SARLET, 2000, p. 147).

Assim, nesse caso, o Estado brasileiro tem o dever de atuar, garantindo direitos fundamentais e defendendo os indivíduos da ameaça dos particulares, sendo essa atividade plenamente compatível com a teoria direita (SARMENTO, 2008, p. 244). No entanto, quando se fala em direitos sociais, muitos afirmam que não haveria a vinculação direta. Essa não é a visão da doutrina e da jurisprudência pátria majoritária. Segundo Mateus (2008, p. 99).

[...] costuma-se afirmar que os direitos sociais são devidos, em regra, aos necessitados, devendo, portanto, ser o Estado o principal responsável pelos direitos sociais. De fato, são as pessoas com menores condições socioeconômicas que mais parecem necessitar de auxílio, o que não significa que as outras por poderem prover a si mesmas estão desprotegidas da força irradiante destes mesmos direitos fundamentais sociais ou que em função desta situação não se admitam posições subjetivas de um particular perante o outro. O que pode ocorrer é que a forma de eficácia se estabeleça diversamente.

Ademais, cumpre dizer que a eficácia de direitos sociais traz consigo a “promoção da igualdade e liberdade material e a compensação de desigualdades, bem como – e acima de tudo – a garantia de condições efetivas para uma vida digna [...]” (SARLET, 2006, p. 580). Assim, “[...] quanto maior a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (também sociais, portanto) na ordem ‘privada’ quanto maior a eficácia social dos direitos fundamentais e dos direitos sociais” (SARLET, 2006, p. 580).

E, complementando o pensamento, são os direitos sociais ligados à dignidade que nos levam a “[...] uma das possíveis manifestações do princípio da solidariedade onde através do Estado, ou por si mesmas, as pessoas preocupam-se com a realização da dignidade da pessoa humana em nível geral, e não somente individual” (MATEUS, 2008, p. 98).

Assim, não há como negar a aplicação direta dos direitos fundamentais na relação entre particulares, quando se trata dos direitos sociais. Sarlet (2007, p. 397) ilustra o caso da educação, que é dever do Estado e também da família. Pode-se aqui também falar do tema do presente trabalho, a saúde. Segundo Schulman (2009, p. 191), por entender-se aplicáveis a solidariedade e a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas,

no TJRS entendeu-se abusiva cláusula que excluía doenças crônicas, com fulcro na cobertura das doenças previstas na Classificação Internacional de Doenças (CID), tal como estabelecido no plano-referência, bem como por envolver ‘direito fundamental e inerente à natureza do contrato’ (grifo do autor).

Esse posicionamento chama a atenção e remete à reflexão de que “[...] a oferta de assistência médica privada pelos planos de saúde é atividade desenvolvida pela iniciativa privada com grande importância social [...]” (SCHULMAN, 2009, p. 247). E, completando o raciocínio, Sarlet (2007, p. 399) faz uma importante afirmação, dizendo que,

[...] no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

O mesmo Sarlet (2006, p. 591-592) cita Wilson Steinmetz e afirma que o autor sustenta não estar o particular obrigado, por exemplo, “[...] ante o direito fundamental social à saúde, a criar hospitais e postos ou ambulatórios de saúde nem a pagar tratamentos médicos para outros particulares”. É claro que não. Conforme Sarlet (2006, p.592), esses são exemplos extremos e que levariam a um pensamento diferente quanto aos direitos sociais nas relações privadas. Ocorre que é necessário pensar diferente (não de forma extremada, mas consciente), segundo se acredita, em prol da dignidade humana.

Assim, vislumbra-se que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas está intimamente ligada a uma solidariedade social. Conceituando o instituto, Ferraz Júnior (2009, p. 119) afirma que

Trata-se de uma expressão, cujo conteúdo se refere às relações humanas enquanto relações entre seres que sobrevivem pela sua própria força de trabalho, mas constituídos em igualdade como pessoas. Isto é, ao mesmo tempo, reconhecidos como distintos entre si (*princípio de independência em relação aos instrumentos da sobrevivência*) e também igualados pelas condições da sobrevivência (*os seres humanos têm um destino comum: a própria vida*) (grifos do autor).

Ribeiro, G. (2002, p. 260) sustenta que a solidariedade “Divide-se em solidariedade dos antigos e solidariedade dos modernos”. Afirma que, para Aristóteles, significava amizade e “fator de unidade da *polis*”; para Cícero e Sêneca, era a união entre os homens, como ajuda mútua, valor que, mais tarde, foi abarcado pelos iluministas para fazer a trilogia da Revolução Francesa, querendo dizer a solidariedade, nessa época, fraternidade. Afirma, ainda, que foi utilizada pelo cristianismo como caridade. Por fim, nos fornece a razão de observação dos antigos, qual seja, o fato de que eles embutiram “[...] a dimensão ética e religiosa do valor

solidariedade, dando a sustentação moral para a nova consideração que se faria sobre o assunto”.

Continuando, o autor, já na página 261, afirma que a solidariedade como hoje se conhece “[...] é aquela já considerada como fundamento dos direitos humanos. Originou-se da divergência que surgiu a partir da tentativa de se interpretar a economia independentemente dos aspectos morais (tal como proposto por Adam Smith e Malthus)”. Essa alegação, por sinal, já foi combatida no capítulo 2, como sendo teorias que não levam à efetivação da igualdade.

Em suma, então, Dantas (2009, p. 156) afirma que a solidariedade apresenta ligação entre os direitos e deveres fundamentais, pois “[...] todos os direitos fundamentais demandam custos e de que os objetivos fundamentais do Estado são realizados à medida que se concretizam e efetivam os direitos fundamentais [...]”. E, para essa concretização, deve ser chamada à responsabilidade “[...] toda a sociedade e que, o que interessa ao presente estudo, notadamente a partir do dever fundamental de contribuir ao financiamento dos gastos públicos provendo a receita derivada”. Assim,

a solidariedade comporta, no plano do constitucionalismo dirigente, uma feição também dirigente, mas igualmente dirigida. Dirigente porque dela se extraem os aludidos deveres fundamentais; dirigida pela inextrincável concatenação existencial, axiológica e teleológica com a realização dos fins e objetivos republicanos e concretização dos direitos sociais (DANTAS, 2009, p. 163).

E, complementando, já na página 164, diz que “[...] o conteúdo material do princípio da solidariedade remete, compreendido a partir de um dirigismo neoconstitucional, remete [sic] à existência de um dever de redução da reserva orçamentária, do que resultam deveres para a comunidade e para o Estado”.

Não é à toa que Ribeiro, G. (2007, p. 331) afirma que “[...] as principais funções da solidariedade são: a de servir de fundamento e de critério de interpretação dos direitos humanos; promover de [sic] cooperação social; fundamentar tanto os deveres jurídicos positivos como os direitos difusos e coletivos”.

Decerto que Santos, B. já falava na relação entre sociedade e setor privado para a consecução dos fins sociais. Em suas palavras (1995, p. IV), “[...] regulação social por via do mercado e a

articulação deste com a regulação estatal e a regulação comunitária foram negligenciadas e, como tal, ficaram subanalisadas e subteorizadas”. Mas que,

Nos últimos anos, porém, este panorama alterou-se profundamente com os discursos e as reformas sobre a privatização do serviço nacional de saúde, sobre a maior selectividade de segurança social, sobre a complementaridade, sobretudo no domínio das pensões de reforma, entre os sistemas públicos e os sistemas privados. A providência por via mercantil ganhou grande força e terá de ser analisada em conjunção com os outros dois modos de produção de providência societal (SANTOS, B., 1995, p. IV-V).

O que pode ser verificado é uma atenção máxima ao lucro, até mesmo pelo neoliberalismo vivido no mundo atual globalizado. Santos, B. (2003, p. 146), inclusive, atesta esse papel nefasto dizendo que “É esta a miragem essencial do neoliberalismo. Visa basicamente manter e aprofundar a hegemonia da dominação capitalista por sobre o colapso das condições que a tornaram possível no período anterior [...]”.

No entanto deve-se livrar-se dessa regulação, dando “ênfase na solidariedade”, pois esta “converte a comunidade no campo privilegiado do conhecimento emancipatório”. Este que é conceituado como percurso entre estado de ignorância e estado de saber, que é a solidariedade (SANTOS, B., 2001, p. 81 e 78).

Philippe Van Parijs, estudioso belga que interpreta as ideias de Rawls, mas de forma crítica (ou seja, tentando humanizar a sua teoria ou afastá-la da direita), inclusive, e, de certa forma, aproximando-se da teoria de Dworkin, afirma que

Diante de um mundo em que a soberania dos Estados vai aos poucos se erodindo e a concorrência fiscal, ambiental ou social acaba por transformá-los em empresas [...], sua ambição não pode se limitar a uma cooperação harmoniosa entre nações, mas deve visar à formação lenta, caótica mas urgente, dos primeiros elementos de uma democracia mundial” (RIBEIRO, G., 2007, p. 369).

Para ele, dada essa realidade, necessita-se também da “alocação universal” e “patriotismo solidarista”, dizendo que este último “Fundase numa concepção de justiça social que combina um igual respeito por uma grande diversidade de concepções sobre a vida boa e uma igual solicitude por todos os membros da sociedade”. É só dessa forma que se impede a varredura da “ética social” pela “economia globalizada” (RIBEIRO, G., 2007, p. 370).

Nesse prisma, Sarmiento (2008, p. 295), afirma que “Existe uma série de razões que justifica [sic], hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los”. O autor fornece duas razões para isso: o fato da incidência dos valores constitucionais nas relações privadas e o fato da crise do Estado Social, merecendo a sociedade amenizar as misérias, para garantir condições mínimas.

Entretanto sustenta, a princípio, que a solidariedade no direito privado deve vir antecipada de lei, sendo “tarefa do legislador”. Cita exemplos: transporte público gratuito para idosos e deficientes de baixa renda, regras para reajustes de planos em favor do idoso, obrigação dos bancos privados de destinarem parcela dos lucros para programas de financiamento de habitação popular (SARMENTO, 2008, p. 297).

No entanto, já na página 300, sustenta que, se não houver legislação, pode ainda haver o cometimento de dever do particular para com a sociedade. Permite esse pensamento. E afirma, na página 301, que “A vinculação do particular a uma “[...] obrigação positiva, decorrente de um direito social, diz respeito à existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação jusfundamental em discussão”.

Assim, por todo o exposto, vislumbra-se que também se pode falar de ressarcimento em nosso Estado Democrático de Direito, por toda a fundamentação aqui exarada em relação à aplicação dos direitos fundamentais entre particulares e, também, em função da solidariedade social.

Frisa-se, em primeiro lugar, que um dos objetivos da República Federativa do Brasil, exarado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, é construir uma sociedade livre, justa e solidária, razão pela qual, utilizar o ressarcimento como sendo parte de uma solidariedade social nada mais é do que concretizar esse objetivo. Em segundo lugar, é importante dizer que a saúde é direito voltado ao comprometimento com o mínimo existencial da pessoa e, nessa posição, pode se valer das duas teorias aqui discutidas em prol de sua efetividade.

Em um primeiro momento, verifica-se que, por mais que não existisse legislação determinando o ressarcimento, apenas por integrar a saúde o rol dos direitos voltados ao

mínimo existencial, pelo fato da constitucionalização do direito privado, bem como pelo objetivo da República Brasileira de construir uma sociedade solidária, ele não seria inconstitucional materialmente. Da mesma forma, vale lembrar que a doutrina e a jurisprudência pátrias sustentam a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mesmo no caso de direitos sociais a prestações positivas, como é o caso da saúde. Segundo Schulman (2009, p. 180),

No âmbito da saúde, em parte devido à existência de amplo arcabouço legislativo além de inúmeras regulamentações, a incidência do direito fundamental à saúde se faz, com certa habitualidade, por intermédio de dispositivos infraconstitucionais, especialmente com recurso aos princípios da função social dos contratos e boa-fé, às normas da Lei dos Planos de Saúde e do Código de Defesa do Consumidor. Essa possibilidade de eficácia direta (imediata), na falta de 'pontos de conexão'.

Nesse prisma, o autor, na mesma página, não concorda com “[...] as tentativas de impugnar a eficácia do direito fundamental à saúde com base na tese de que seria necessária uma norma infraconstitucional que explicitamente vinculasse os particulares ao direito fundamental à saúde”. Para ele, a questão não está nesse ponto.

No entanto o fato é que há, na área da saúde, inúmeras normas a embasar a aplicação direta: desde o CDC (que é e continua sendo aplicável ao assunto), passando pela lei de planos de saúde, no artigo 32, determinando o ressarcimento, bem como o art. 2º, parágrafo 2º, da Lei n.º 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde –, citados por Schulman (2009, p. 181-182), e já aqui afirmados no capítulo 3. Segundo Schulman, os dispositivos estão assim identificados

**Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.**

§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º - **O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade** (grifos do autor).

Esse dispositivo transcrito já embasaria, por si só, o ressarcimento, por dizer explicitamente que a saúde é dever também das empresas e da sociedade; além dele, temos o artigo 32 da Lei 9.656/98. Por isso, Schulman (2009, p. 182) sustenta que,

Em sintonia com as linhas acima expostas, esse dispositivo, sem descurar do dever estatal, manifesta explicitamente a vinculação do direito fundamental à saúde em

relação ‘às pessoas, família, empresa e sociedade’, bem como deixa claro que tal vinculação se estende ao respectivo dever. Se, por um lado, essa inferência pode parecer óbvia, serve, por outro, não sublinhar que a eficácia abarca não ofender, mas também atender ao direito fundamental, de maneira que se podem extrair condutas positivas, isto é, deveres, para seu atendimento.

Ao mesmo tempo, em consonância com a advertência de Sarmento (2008, p, 301), já afirmada acima de que deveria haver uma relação entre as partes para se verificar a solidariedade, há uma relação entre o plano de saúde e o ressarcimento que ele faz: o plano só faz o ressarcimento no caso de cliente seu ter obtido tratamento em relação a procedimentos cobertos pelo plano. Como negar essa relação? O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em Apelação de número 200251010010290, tendo como relator o Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, da Oitava Turma Especializada, julgado em 17-05-2005 (BRASIL, TRF, 2005), já afirmava, defendendo o ressarcimento, que, dentre outros argumentos,

[...] como não há dano no fato de um particular utilizar a rede pública ou integrante do SUS, sendo assistido por plano de saúde, não causa arrepio o fato de o Poder Público recobrar investimento do setor privado, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa, em combinação com o princípio da solidariedade, pois todos são chamados à sua parcela de contribuição para a manutenção da saúde das pessoas. 4 – O princípio da solidariedade fundamenta a regra contida no art. 32 da Lei n. 9.656/98 e, em última análise, se insere no contexto da concretização do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a saber, a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária (CF/88, art. 3º, inciso I). 5 – Conclui-se pela constitucionalidade, legalidade e legitimidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n. 9.656/98. Precedentes deste Tribunal (BRASIL, TRF, 2005).

Da mesma forma, os exemplos citados por Sarmento dão embasamento ao ressarcimento. No caso do transporte público, há uma empresa privada que financia, indiretamente, a assistência social, assim como no caso dos bancos, que, ao contrário, diretamente mesmo, financiam a assistência, o que, segundo os conservadores, só deve ser feito pelo Estado. E mais: no caso dos bancos, não há uma relação direta com as pessoas que recebem o benefício dos programas de habitação, e não há qualquer alegação de que seja inconstitucional. No ressarcimento, há tanto a relação, quanto a insustentável alegação da inconstitucionalidade, como já demonstrado.

E as razões do ressarcimento não param nessas alegações. Marques, M. (2009, p. 58), sustenta que “A situação atual poderá até melhorar aos poucos, com os reembolsos pagos ao SUS pelos rendimentos dos beneficiários de planos de saúde, mas o fato é que as gravíssimas consequências desse convívio não estão sendo devidamente compreendidas”. Explicando sua

opinião, afirma que “O desdém direcionado ao SUS pelas camadas de nível de renda mais alta, que formam a classe média contribuinte e pagadora dos seguros e planos privados de saúde, entre os quais estão inclusos os servidores públicos, é uma doença, que contagia e que necessita ser extirpada com urgência”.

Nesse ponto, o pagamento, por parte daqueles que podem fazê-lo, ajudará a saúde pública. Para Figueiredo, M. F. (2007, p. 172), “O acesso aos serviços de saúde, mediante cobrança de quem possua e na justa medida dessas condições econômicas, delinea-se como uma possível alternativa à evidente escassez dos recursos financeiros e médicos disponíveis à efetivação do direito à saúde também no Brasil”. E, na mesma página, acertadamente conclui que esse mecanismo estará

Atendendo à concepção de igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada – de todo adequadas ao contexto constitucional e social de um país que, como o nosso, luta por uma distribuição mais justa da riqueza – a restrição à gratuidade das prestações em saúde figura como dimensão da reserva do possível, que admite discriminações positivas no acesso às ações e aos serviços de saúde públicos. De outra banda, viabiliza uma distribuição social dos ônus pela consecução dos direitos sociais a prestações materiais – o que parece mais adequado e igualitário se comparado às díspares condições sociais, econômicas, culturais e políticas da população brasileira.

No entanto, a despeito de todas essas alegações e da defesa do ressarcimento, deve-se estar consciente e ser prudente para afirmar que não se pode falar em eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou mesmo aplicação absoluta da solidariedade social, muito menos em total abstenção da autonomia privada. Nesse caso, a ponderação, no caso concreto, é imprescindível para se chegar à justiça. Assim, para Sarlet (2007, p. 401), não há soluções uniformes. Esse mesmo autor diz

Que a eficácia (em princípio direta) das normas de direitos fundamentais também no âmbito das relações privadas não poderá ser uma eficácia absoluta [...].  
[...] sempre se farão presentes [...] conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e do (ou dos) direitos fundamentais em conflito (tensão), razão pela qual também aqui se está diante de um problema de ponderação, que, à evidência, não se pode resolver pela lógica do “tudo ou nada”, mas sempre à luz dos critérios da proporcionalidade, na sua dupla acepção como vedação de excesso e de insuficiência (SARLET, 2006, p. 586).

Na mesma seara, Sarmiento (2007, p. 47) corrobora as preocupações e afirma a mesma posição de que não se pode quebrar como um todo a liberdade das relações particulares, sob o risco de ferir-se a própria dignidade humana, que, frisa-se quer-se defender. Em suas palavras,

[...]. Todavia, há que se precaver, neste mister, contra o risco de amputação excessiva da autonomia privada existencial e asfixia da espontaneidade das relações humanas, que poderiam ser efeitos colaterais de um bem intencionado “fundamentalismo” de direitos fundamentais no campo das relações privadas. Afinal, a autonomia privada também é uma dimensão relevante da dignidade humana, e os direitos fundamentais não podem converter-se num instrumento para imposição arbitrária do “politicamente correto” contra eventuais recalcitrantes.

Assim, por todo o exposto, é fato que, no ordenamento brasileiro atual, o ressarcimento tem lugar, sendo devido o seu pagamento, uma vez que ele se coaduna com o pensamento democrático e solidário vigente, contido nas teorias aqui expostas, mas sem os excessos provenientes de pensamentos que pretendam tornar insustentável a prática da iniciativa privada.

#### **4.4.2 Função social do contrato e da empresa: transformação da visão selvagem em compromisso ético**

A segunda teoria a ser incluída no movimento de constitucionalização do direito privado, bem como servir de argumento à defesa da determinação do ressarcimento é a função social da empresa e do contrato, como corolários da função social da propriedade, aplaudida no ordenamento pátrio vigente.

Certo é que a função social teve sua implementação conjugada à evolução dos Estados de Direito e as transformações na sociedade. Na Era Feudal, a burguesia pretendia a unificação e a concentração do poder para que seus negócios se desenvolvessem de forma mais rápida, gerando mais lucros.

Ocorre que “Os que ajudaram a construir o poder absoluto e centralizado dos monarcas, agora se rebelam, a fim de garantir a liberdade e a igualdade para todos. Especialmente para todos aqueles que pretendiam fazer do exercício de atividades econômicas, a sua profissão” (RIBEIRO, M., 2008, p. 193). Assim, a burguesia implementou o Estado Liberal, pretendendo a mínima intervenção do Estado e a liberdade para exploração de seus negócios visando, novamente, exclusivamente ao lucro. Nos dizeres de Gregori (2007, p. 123),

Se os indivíduos eram, então, livres e autônomos para contratar conforme sua vontade, essa percepção partia da premissa de que eles se encontravam em pé de

igualdade, ainda que meramente jurídica, formal e abstrata. Vale lembrar que o Estado Liberal também se sustentava na idéia [sic] da igualdade absoluta entre os indivíduos perante a lei.

No entanto o Estado Liberal, dando sinais de seu fracasso, abre espaço ao Estado de Bem-Estar Social, representando este uma intervenção do Estado na economia. Nos dizeres de Ribeiro M. (2008, p. 194), “[...] A Economia passa a ser considerada, em vários países, uma questão de Estado e um dos alicerces do sistema passa a ser a dignidade da pessoa humana”.

O Estado Liberal causou “iniquidades” em matéria de contratos. “Percebe-se que, uma vez que não havia uma real igualdade econômica e contratual entre as partes, a manifestação de sua vontade estava atrelada ao exercício de liberdades qualitativamente díspares [...]” Quem não estivesse em condições iguais de discussão das cláusulas contratuais “[...] tinha tolhida sua liberdade de contratar” (GREGORI, 2007, p. 124).

Guimarães (2009, p. 352) sustenta que “A idéia [sic] de função social da propriedade passou a fazer parte do direito positivo com a promulgação da primeira Constituição Republicana alemã, em Weimar, em 1919”. Nela, havia o artigo 153, que afirmava que “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade”.

Com o advento do Estado Democrático, a maior participação do Estado continuou, mas com a participação também dos grupos antes excluídos, em uma visão de solidariedade social. Assim, “O contorno atual do sistema capitalista e a importância assumida pelo mercado na orientação e no desenvolvimento da prática econômica não permitem mais uma visão dos referidos institutos que seja puramente econômica ou puramente jurídica” (RIBEIRO, M., 2008, p. 191).

Assim, “[...] a visão individualista, paritária e patrimonialista cede espaço à preocupação com a redução de desigualdades, com a proteção do hipossuficiente e a harmonização de interesses privados com os de toda a coletividade, a partir da construção de relações de solidariedade e de responsabilidade mútuas” (GREGORI, 2007, p. 124). O Estado é chamado a intervir para limitar a autonomia da vontade para impor ao contrato e à empresa “[...] a concepção de justiça e de utilidade, exigindo-se responsabilidade social de seus atores, que devem agir com probidade e boa-fé. O equilíbrio entre as partes passa a ser o pilar da estabilidade da relação contratual” (GREGORI, 2007, p. 125).

A função social se torna um conceito imprescindível a ser abraçado e concretizado pela sociedade. Nos dizeres de Petter (2008, p. 237), “[...] a propriedade será socialmente funcional quando, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais”. No entanto não seria um conceito socialista. Na importante lição de Bercovici (2005, p. 147), houve apenas uma mudança de mentalidade, sendo a função social

[...] um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.

Mota (2009, p. 160) atesta essa afirmação. Desenvolvendo raciocínio com base nas ideias de Tomás de Aquino, o autor sustenta que este pensador tratou a propriedade a partir da “teoria da justiça”. Nesse prisma, “A legitimidade da propriedade se funda a partir da distinção entre ‘poder’ (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor, e o dever moral de utilizá-las (*usus*) em proveito de todos”. Especificamente em relação a Tomás de Aquino,

Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro ‘poder’, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O ‘uso’ (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder o verdadeiro direito de possuí-lo que o homem deve utilizar os bens como ‘sendo comuns’, numa disposição virtuosa de ‘compartilhá-los com os necessitados’. ‘Poder’ e ‘uso’ formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico. (MOTA, 2009, p. 160)

Em uma explicação mais detalhada, Gomes (2004, p. 82-83) afirma que, quando se fala em “função”, pode-se ter em mente a função estática, “[...] consistindo em ação própria típica de algum órgão ou instrumento, visando algum uso [...]”, ou, ainda, a função dinâmica, “[...] consistindo em *direito* ou *dever de agir* atribuído legalmente a uma ou várias pessoas para o preenchimento de sua missão [...]”. O autor completa, dizendo que o “[...] *dever jurídico* pode revelar-se num fazer, não-fazer ou, ainda, num dar ou restituir. Uma vez cumprido o *dever jurídico*, o Direito torna-se socialmente efetivo”.

Assim, “Ao mesmo tempo em que ao proprietário se confere um *poder*, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, impõe ao exercício deste direito o atendimento ao

interesse da sociedade [...]”. E continua, dizendo que, “No caso do interesse da sociedade, verifica-se a existência de um *poder* também na via inversa: no sentido de o Estado poder exigir do proprietário do bem mais do que aquelas restrições existentes no Código Civil”. As restrições do Código seriam em relação aos particulares, e as demais, em relação à “sociedade como um todo”, conforme o caso do ressarcimento. Por fim, “Este *poder* a ser exercido em favor da sociedade confunde-se com a categoria *função social*, traduzindo-se, também, em *dever jurídico*” (GOMES, 2004, p. 84-85).

Segundo Guimarães (2009, p. 355), há duas correntes principais explicando a natureza jurídica das sociedades, o que pode explicar ou não a função social: a teoria contratualista, em que o interesse social da empresa é o “interesse comum dos sócios”, e a teoria institucionalista, na qual “[...] as sociedades possuem relevante função social, como instrumento para fortalecimento econômico do país”.

Em outro trecho (p. 355-356), afirma que a última teoria sustenta “[...] a prevalência do objeto social (*rectius* – atividade econômica) sobre o fim social (*rectius* – lucro)”. Assim, “[...] a obtenção de lucro não deveria ocupar o primeiro plano na condução dos negócios societários, a qual deveria pautar-se por ‘interesses sociais’. Objetiva-se, assim, um modo de organização de empresas privadas semelhante ao das estatais”. Quer dizer,

A funcionalização da empresa e do contrato deve levar em conta a relação existente entre o lucro perseguido pelos empresários, os trabalhadores, o meio ambiente, os consumidores e a Administração Pública, tudo numa intrincada, mas potencialmente harmoniosa rede de interesses individuais, coletivos e difusos que devem ser considerados (RIBEIRO, 2008, p. 208),

Conforme Petter (2008, p. 233), a função social nada mais é do que um “exercício de solidariedade social”. O proprietário não teria como reclamar, uma vez que não se trata de um ônus, mas apenas a propriedade sendo posta “a serviço do fim natural a que tal bem se destina, o que está de acordo com a teleologia constitucionalmente adotada no capítulo da ordem econômica”. Também citando Fachin, já na página 237, afirma o mesmo autor que, muito antes de ser uma “negação ao direito subjetivo do *dominus*”, a função social é uma “garantia e tutela da situação proprietária”, sendo, inclusive, direito fundamental, conforme artigo 5º, XXIII, da Constituição Brasileira.

Por fim, sendo também direito fundamental, além de constar dos princípios da ordem econômica, a função social possui “[...] evidente conteúdo semântico e de relevante parâmetro interpretativo a imantar todo o conjunto normativo” (PETTER, 2008, p. 234).

É claro que a crítica à função social da propriedade é ferrenha. Com efeito, falar nesse instituto em épocas de ditaduras e totalitarismo era permitir uma intervenção hoje reconhecida como ilegal na propriedade, restringindo por completo a autonomia privada. Ocorre que os tempos são outros. A liberdade está demasiadamente garantida quando se fala em Estado Democrático de Direito instalado com a ajuda de instituições e pilares a sustentá-lo inscritos na Constituição, permitindo a participação popular e real poder nas mãos do povo.

Também por se apresentar como um conceito vago, um *topos*, pode-se conceber a função social da empresa um instituto carente de eficácia, ou ainda, mal interpretado. Ocorre que, ao contrário, os conceitos vagos são estratégias dos códigos e constituições modernos a fim de se fazerem imunes às mudanças ao longo do tempo e permitirem uma maior adequação às modificações da sociedade que representam.

Há, também, a alegação de segurança jurídica contra a função social. Mas, na visão de Petter (2008, p. 246), este não é um “argumento valioso”, uma vez que “[...] esta mesma segurança não assenta-se [sic] na lei e em seus critérios descritivos, porque passíveis de interpretação diversa, mas toma sólida base na adequada fundamentação jurídica que o caso invocar”. Dessa forma, para o autor,

a função social do contrato reconduz ao sistema normativo em sua inteireza, invocando a prevalência dos valores socialmente úteis. Se autonomia privada está na base da formação do contrato, a circulação econômica que ele contém deve promover uma eficácia socialmente útil, pois este mesmo contrato é celebrado no interior da sociedade e promove efeitos que ultrapassam de muito os respectivos contratantes.

Assim, em conclusão, entende-se que a função social é uma “[...] garantia legal de que o instituto de direito privado alcance, efetivamente, seus objetivos maiores, impedindo-se que o mesmo tenha sua aplicabilidade desvirtuada por artimanhas jurídicas, articuladas com o fito de subverter sua devida e correta hermenêutica”. Isso porque “[...] o limite da persecução dos interesses particulares se encontra nos interesses da sociedade” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 175).

Ocorre que, especialmente no Brasil, nem sempre se reconheceu a função social da propriedade e, com muito menos afincos, a da empresa e do contrato, não acompanhando o país, de forma rápida, as mudanças externas de mentalidade. Segundo Guimarães (2009, p. 349), na Lei das Sociedades por Ações brasileira já havia sido instalada a função social no artigo 116, parágrafo único, mas foi com a globalização que se passou a exigir maior “responsabilidade e transparência das companhias” quanto a negociações nas bolsas de valores mundiais.

Observando-se a Constituição de 1891, “os conceitos de costumes públicos, segurança e saúde dos cidadãos eram suficientes para delimitar a atividade privada, devendo o poder público ater-se às fronteiras impostas pelo art. 179, que a todos garantia os fundamentos do liberalismo” (TOLEDO, 2004, p. 124). A propriedade era garantida de forma absoluta no artigo 179. Já com o advento da Constituição de 1934, sustenta Tavares (2003, p. 114) que o artigo 113 dizia poder ser a propriedade exercida, mas não contra interesse social ou coletivo.

E essa ideia veio a consolidar-se na Constituição de 1946, que condicionou a propriedade ao “bem-estar social” e fomentou a concorrência. Nesse diploma, “a idéia [sic] básica foi procurar conciliar o individualismo econômico e a liberdade de iniciativa de um lado e a justiça social e o interesse público de outro” (SOUZA, 1994, p.115).

Quando do advento das Constituições de 1967 e de 1969, apesar da ditadura instalada, foi mais comentada a justiça social, bem como esses diplomas instituíram princípios norteadores da ordem econômica como a função social da propriedade, condenando a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A Constituição Federal de 1988 abraça a função social da empresa e do contrato em duas oportunidades como corolário da função social da propriedade: quando apresenta a propriedade como sendo um direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXIII, afirmando que “a propriedade atenderá a sua função social”; bem como quando, no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, no artigo 170, inciso III, constata que um dos objetivos da ordem econômica é a função social da propriedade.

Fala-se em função social da empresa, utilizando-se os dispositivos da função social da propriedade porquanto “[...] na medida em que a propriedade, segundo o dispositivo sob comento, deve atender à função social, e não tendo havido distinção entre qualquer espécie de propriedade, por certo aqui se inclui a propriedade empresária” (PETTER, 2008, p. 243).

Guimarães (2009, p. 350) afirma que, “Por conseguinte, o destinatário de normas constitucionais desse tipo não é, apenas, o Estado. Não se trata de simples regras de organização, mas de verdadeiras normas de conduta. Sua observância impõe-se a todos, órgãos do Poder Público ou pessoa de direito privado”. Especialmente quanto ao artigo 170, especificadamente “[...] são obrigadas ao seu cumprimento, evidentemente, as empresas, como principais agentes da vida econômica”.

Certo é também que outros dispositivos do ordenamento brasileiro apresentam a função social da empresa como o artigo 1011 do Código Civil e o artigo 154 da Lei 6.404/76. O primeiro afirma o cuidado e diligência na condução dos negócios (conforme, também, o artigo 153 da Lei 6.404/76), e o segundo sustenta que a persecução dos fins da empresa devem estar condizentes com a função social da empresa e “as exigências do bem público”.

Gomes (2004, p. 88) afirma que a função social do contrato apareceu pela primeira vez, no Brasil, nos artigos 421, 112 e 113 do CC de 2002, e conclui que “Importante é frisar a relevância da cláusula geral da Função Social do Contrato expressamente contida no novo Código Civil, mormente em função da alegada restrição de sua escassa aplicação por falta de previsão legal, o que acabava prejudicando a sua efetividade”.

Complementando seu raciocínio e evidenciando a importância da função social da empresa, afirma que ela, bem como “[...] o Princípio da Conservação do Contrato (arts. 317 e 479), a boa-fé objetiva, e regras de interpretação de cláusulas ambíguas ou contraditórias a favor daqueles que se submetem a contratos de adesão, principalmente, a Função Social do Contrato [...]” estão intimamente ligados à solidariedade social, permitindo a garantia de direitos de terceira dimensão, e propiciando “[...] conciliar os princípios da ordem econômica e os interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana” (GOMES, 2004, p. 88-89).

Certo é que a função social da empresa e a do contrato remetem a uma aproximação entre direito público e privado, ou, como afirmado neste mesmo capítulo, em função, também, de uma constitucionalização do direito privado ou, ao revés, privatização do direito público.

Segundo Sarmiento (2007, p. 30-31), “Ao longo do tempo, três principais critérios foram propostos para demarcar os campos pertinentes ao Direito Público e Privado: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo”. Ocorre que esses critérios não mais servem para separar as duas esferas do Direito. O autor afirma que, quanto ao primeiro, o Direito Público não apenas possui a supremacia de seu interesse, por ter de respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Em contrapartida, entende-se que o direito da coletividade também deve ser respeitado pelo setor privado.

Com relação ao segundo critério, este também não merece prevalecer porque “[...] as relações travadas por particulares são frequentemente caracterizadas por profundas desigualdades fáticas, encontrando-se o poder e a dominação capilarizados por múltiplas instâncias em que personagens estatais não se fazem presentes” (SARMENTO, 2007, p. 31).

Por fim, o terceiro critério também não prospera em função de que a Administração Pública se insere em um âmbito privado, bem como pelo fato de o Direito Público também disciplinar relações privadas, a exemplo do Direito Constitucional (SARMENTO, 2007, p. 32). É a verdadeira interdisciplinaridade dentro do próprio Direito, e disso resulta que

[...] propriedade, posse, contrato, família, etc., que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional, erigidos a partir de uma tábua axiológica pluralista, que continua protegendo a liberdade e a autonomia privadas – esteio das codificações do passado –, mas que incorpora também, com peso superlativo, os valores da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva (SARMENTO, 2007, p. 45).

Essa é a mudança observada em relação às empresas e aos contratos por elas celebrados, forçadas pelo novo paradigma vigente. Assim, “A autonomia privada não pode descurar-se das necessidades da vida social, e o surgimento de um diferente modelo de Estado, o Social, faz com que o Direito acabe tendo de se voltar a preocupações de índole coletiva (*função social*) [...]”. E isso faz reavivar princípios como os da “solidariedade e alteridade”, “[...] e, por via de consequência, acaba deparando-se com a *eticização* ou *socialização* do direito privado” (GOMES, 2004, p. 86).

“A atividade empresarial não pode centrar-se *só* no lucro, que é objetivo de interesse particular dos acionistas (*shareholders*), sem respeitar os demais interessados [...]” (GUIMARÃES, 2009, p. 353). Dessa forma,

Havendo, pois, conflito ou incompatibilidade entre o objetivo societário de lucro (interesse *interno*) e o dever legal de a companhia exercer uma função social (interesse *externo*); verificando-se essa colisão de fins em concreto, qual a solução jurídica? Parece-nos óbvio que ela se encontra na prevalência dos fins sociais, tais como expresso nos princípios do artigo 170 da Constituição (GUIMARÃES, 2009, p. 352).

Marques C. (2005, p. 177-187) desenvolve raciocínio preciso sobre a mudança de atitude das empresas, refletida nos contratos a serem firmados dentro do ordenamento. Para ela, os direitos fundamentais influenciam o direito privado, “[...] a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. [...]”. Afirma a reconstrução da ciência do direito “[...] através da valorização dos direitos do homem, da igualdade e dignidade da pessoa humana, que está nessa idéia”.

Conforme já adiantado acima, “Hoje o contrato é o instrumento de circulação das riquezas da sociedade, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado” (MARQUES, C., 2005, p. 180).

Nesse prisma, Herkenhoff (2004, p. 156) sustenta que a empresa deve apresentar-se como uma comunidade humana, não apenas como fonte de lucro. Ele afirma, na página 163, que “A Constituição não desenha o modelo de uma empresa centrada no lucro, no individualismo, no descompromisso com o bem comum. Muito pelo contrário, o que a Constituição quer é a empresa como instrumento de justiça social, tendo como pilar a valorização da pessoa humana”. Para ele, “[...] A pedra angular de uma ordem social assim é a empresa, vista como serviço, encarada mais como ‘comunidade de pessoas’ do que como ‘reunião de capitais e de bens’”.

É claro que se deve, ainda, modificar a mentalidade das empresas, que, apesar das imposições constitucionais, continuam somente voltadas ao lucro, conforme asseverado no Capítulo 3

para as empresas de planos de saúde. Nesse sentido é que conclui Freitas Júnior (2002, p. 116), afirmando 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, tendem a conferir, à cultura institucional das empresas, parâmetros de ‘dignidade’, agregando-lhes valor ante consumidores, *dealers*, entes não governamentais e agentes públicos.

Como uma decorrência da função social da empresa, como uma determinação de persecução não apenas do lucro, mas também da consciência do papel na sociedade, a função social do contrato também não foge a essa teoria. Ela se encontra como mais uma demonstração da influência constitucional no direito privado, especialmente no Código Civil. Decerto que o artigo 421 assim determina que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Petter (2008, p. 244) mais uma vez afirma a correlação com a função social da propriedade já apresentada na Constituição, já que “[...] a função mais característica do contrato é sua finalidade econômica, propiciando a desejada circulação das riquezas”, e a “[...] circulação da riqueza pressupõe a sua apropriação privada e esta se dá mediante o instituto da propriedade [...]”. Assim,

[...] a função social do contrato simboliza e realiza no regime contratual privado a justiça social, valor comum juridicizado no ordenamento como princípio geral do direito, postulando uma hermenêutica que privilegia a interpretação teleológica do regime contratual, em prol de uma coerência científica que convirja para os fins sociais do direito [...] (PETTER, 2008, p. 245).

Ou, ainda, dizendo de outra maneira, “[...] o contrato passa a ter relevância coletiva porque todo e qualquer instituto jurídico há de desempenhar a sua função social (*poder-sujeição*), não sendo, portanto, admissível a tutela de interesses que flagrantemente afrontem a justiça contratual” (GOMES, 2004, p. 87) e, por que também não dizer, a dignidade humana. Nos dizeres de Marques C. (2005, p. 182),

No novo modelo contratual há uma revalorização da palavra empregada e do risco profissional, aliada a uma grande censura intervencionista do Estado quanto ao conteúdo do contrato. É um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança despertada. Alguns denominam o novo modelo de renascimento da autonomia da vontade protegida. O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores. Garantir uma *autonomia real da vontade* do contratante mais

fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, é o objetivo.

Assim, “[...] a perspectiva de análise deixa de ser meramente contratualista diante da percepção da fragilidade do usuário-consumidor nas relações de consumo” (ROCHA, J., 1999, p. 76). Nesse prisma, também pode ser observado que os clientes de planos de saúde são consumidores, e, portanto, os mais fracos na relação com as multinacionais de planos de saúde, merecendo a aplicação da função social como forma de minimizar sua inferioridade.

Quanto ao equilíbrio, é importante a lição de Negreiros (2001, p. 356), para quem o sistema é fundado de forma objetiva em normas postas, mas não quer dizer a “lógica formal, desprovida de sentido valorativo”. Assim, as normas vigentes no ordenamento que dizem respeito à empresa e ao contrato devem seguir sua carga valorativa instituída pela Constituição e pelo ordenamento do Estado Democrático de Direito: a função social.

Não há como se falar em saúde, sem se falar, como já afirmado no Capítulo 3, ser um direito humano e fundamental, bem como voltado para a promoção de dignidade e justiça social, e, conforme Capítulo 2, ser responsabilidade de todos para a promoção de igualdade material. A autora afirma a necessidade de comunicação entre o sistema jurídico e o sistema social para efeito de “concreção”. Isso, inclusive, põe “em xeque a dicotomia público-privado”, conforme já afirmado nesse tópico, e leva ao equilíbrio (NEGREIROS, 2001, p. 357).

Diante de todo o exposto e da transformação do pensamento atual em relação à empresa e ao contrato, as empresas de planos de saúde, bem como os contratos por elas celebrados com seus clientes também não podem ficar de fora de uma maior eticização, função social, respeito à dignidade e justiça social.

Conforme asseverou Bahia (2001), “[...] 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”. Dessa forma, a Lei 9.656/98 tenta cumprir esse papel e trazer a função social para as empresas e os contratos de saúde. Nos dizeres de Figueiredo L. (2006, p. 174),

Assim, veio a lume a Lei nº 9.656/98, que disciplinou um regramento próprio, de caráter cogente e observância obrigatória, para o mercado de saúde suplementar, nominando o contrato de plano privado de assistência à saúde e trazendo, ainda,

regras próprias e específicas às operadoras dos referidos planos, com o fito de resguardar, garantir e efetivar o cumprimento de sua função social.

A área da saúde suplementar, por ser uma área privada, por óbvio reclama o lucro, mas não ficou imune ao movimento de constitucionalização do direito privado. O contrato de saúde, realizado pelas operadoras, “Em que pese ser um instrumento de direito privado, sua característica essencial é assegurar o atendimento e a qualidade da assistência à saúde, o que torna inexorável a observância de sua função social” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 176).

Mas o que significaria a função social nos contratos de saúde? Nos dizeres de Figueiredo (2006, L., p. 177), seria “[...] garantir ao beneficiário, o qual contribui periodicamente para a formação e manutenção de um fundo pecuniário do plano, o direito ao atendimento médico, nos casos de sinistralidade contratualmente coberta [...]”. O custo do procedimento deve correr “[...] às expensas da respectiva operadora, a qual administra o referido fundo para tanto”. Resumindo, a função social seria “[...] assumir o risco e o ônus financeiro dos procedimentos médicos de que seus beneficiários necessitarem, disponibilizando rede credenciada para tanto, garantindo, ainda, o acesso ao respectivo atendimento” (FIGUEIREDO, L., 2006, p. 179).

Dessa forma, o ressarcimento estaria atendendo à função social da empresa de planos de saúde e ao contrato por ela firmado, uma vez que determina exatamente a restituição do valor ao Estado de procedimento coberto pelo contrato, que deveria ter sido executado pelo plano. É o cumprimento do contrato por parte da operadora.

Somando-se a isso, por todo o exposto no presente tópico, não se pode olvidar que a função social também representa uma preocupação com o interesse social e, nesse prisma, mantém íntima relação com a solidariedade social. “Nesse passo, o contrato abandona seu perfil exclusivo de instrumento máximo de manifestação de vontades dissociadas de qualquer comprometimento de ordem social” (RIBEIRO, M., 2008, p. 198).

Dessa forma, não só o cumprimento do contrato traduz a função social das empresas de planos de saúde e de seus contratos, mas também a preocupação dessa empresa de que seus usuários realizem os serviços por intermédio delas, como forma de não onerar a saúde pública e permitir uma igualdade em relação aos cidadãos não possuidores de planos, dada a

possibilidade de mais verba para esses indivíduos no âmbito da saúde. Cumpriria, assim, com a solidariedade social.

O papel do Estado brasileiro em editar a norma do artigo 32 da Lei 9.656/98, determinando o ressarcimento, nada mais é do que o cumprimento de seu papel de guardião da Constituição e a observância dela, ao fazer valer a função social da propriedade. “Numa cultura que para alguns vem carregada de equívocos de valores, para outros é inexorável e prazerosa, a auto-regulamentação do mercado se mostra insuficiente, e até mesmo *status* de norma ordinária ou complementar não satisfaz as necessidades de garantias do cidadão [...]” (RIBEIRO, M., 2008, p. 198). O Estado está simplesmente fazendo o seu papel, e as normas jurídicas

[...] são, portanto, instrumentos que ajudam a determinar a realidade social, conforme os objetivos considerados justos e desejáveis para aquela sociedade. O direito pode ser, portanto, um instrumento de justiça e inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de realização dos novos direitos fundamentais, de combate ao abuso do poder econômico e a toda atuação dos profissionais que seja contrária à boa-fé no tráfico entre consumidores e fornecedores no mercado (MARQUES, C., 2005, p. 187).

Assim, “Do reconhecimento do valor social do contrato decorre o dirigismo contratual. Percebeu-se que a ‘lei entre as partes’ pode produzir reflexos sobre a sociedade como um todo. A lei passou a proteger os interesses sociais, valorizando a confiança [...]”. O Estado pretende o equilíbrio entre as partes. “O dirigismo contratual se justifica pela necessidade de intervenção do Estado na priorização do interesse geral em relação ao particular, consagrando a função social do contrato, pois as regras do direito privado não mais atendem à ordem pública de proteção do consumidor.” (GREGORI, 2007, p. 126).

Para Petter (2008, p. 247) “É certo dizer que se exige mais do atual proprietário, mas a propriedade há de ser respeitada, cabendo sempre reclamar contra as lesões sofridas, sejam particulares ou públicas”. Mas “[...] o interesse individual que rege o ponto de vista do proprietário, em variado grau e em variadas medias, tudo a depender da espécie de propriedade, deverá colocar-se de forma mais próxima com o interesse da coletividade em geral”. É dessa forma que se legitima o poder do proprietário sobre sua coisa, qual seja, “A propriedade socialmente funcionalizada”, “[...] a mais autêntica – e democrática – legitimação do título do *dominus*”.

No caso das empresas de planos de saúde, o ressarcimento é primordial como forma de cumprimento do contrato e promoção da função social, porque essas empresas, muitas vezes multinacionais, não refletem os valores funcionais que a Constituição Brasileira pressupõe para elas e seus contratos. Nos dizeres de Petter (2008, p. 238),

Quanto mais a propriedade se distanciar desta esfera de individualidade, e isto mais facilmente se verifica na propriedade-empresa, agente econômico que atua em um mercado [ou no caso das empresas de saúde], tanto mais se exigirá sua funcionalização, tendo em vista o poder e influência que representa no contexto socioeconômico.

Assim, a função social da empresa e a do contrato demonstram ser mais duas das facetas da constitucionalização do direito privado, legitimando o ressarcimento, na medida em que carregam os princípios da dignidade, da justiça e da solidariedade social, modificando a visão individualista do lucro a qualquer custo, em detrimento de direitos humanos e fundamentais, especialmente os voltados ao mínimo existencial como a igualdade na saúde.

#### **4.4.3 Boa-fé traduzida na solidariedade para promoção de justiça social e dignidade**

Também a boa-fé objetiva pode oferecer argumentos a fim de sustentar o ressarcimento das operadoras de planos de saúde ao Estado. Segundo o artigo 422 do Código Civil (dispositivo não constante do Código anterior, de 1916), “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2009, p. 176).

Os artigos 113, 128 e 187 do Código Civil trazem, da mesma forma, dizeres relativos à boa-fé objetiva tais como “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (art. 113); “[...] desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé” (art.128); “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art.187) (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2009, p. 154, 155 e 159).

De fato, tal conceito veio a ser instituído no Brasil pelo Código Civil de 2002, também participando do movimento de constitucionalização do direito privado (conforme já verificado no tópico 4.4) e, em especial, do direito civil, mostrando a intenção do legislador de que os particulares respeitassem a dignidade humana e demais direitos fundamentais nas relações entre eles.

É claro que, anteriormente aos dispositivos transcritos, encontrava-se tal matéria no Código de Defesa do Consumidor, instrumento já resultante de um início de constitucionalização do direito privado. Conforme artigo 4º, inciso III, e artigo 51, inciso IV, do referido Código,

Art.4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[...]

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (BRASIL, CDC, 2009, p.801 e 806).

Nos dizeres de Sampaio L. (2004, p. 25), “A reformulação dos valores nos quais vinha alicerçado o liberalismo exigiu, como consequência, alteração do pensamento jurídico então vigente. Para atender aos anseios de moralização e socialização do contrato, os juristas lançaram mão da boa-fé [...]”. No entanto esta não é uma construção da época moderna.

Segundo a doutrina, a expressão é originária do Direito Romano, mas sem que, nele, houvesse uma formulação expressa. Afirma-se ser criação de um pretor que remeteu um processo para um *iudex* (cidadão romano que não fazia parte da magistratura), pretendendo a decisão na causa sem o formalismo habitual (GOMES, 2004, p. 120).

Certo é que a boa-fé teve diferentes significados ao longo de sua caminhada pelos diversos contextos políticos e sociais de cada época, até chegar aos dias atuais e até se desmembrar em boa-fé subjetiva e, por fim, objetiva, esta condizente com o Estado Democrático de Direito,

com a justiça social, a solidariedade, a dignidade, dentre outros princípios constitucionais e voltados aos direitos fundamentais. Para descrever essa evolução mundial da boa-fé, será utilizada, precipuamente, a obra de Rogério Zuel Gomes (2004), dada a riqueza de detalhes, a clareza e a sequência lógica de suas fundamentações.

No Direito Romano, em alguns casos, a boa-fé “[...] traduz-se em estado de ignorância de determinados vícios, ou seja, tem caráter fundamentalmente psicológico [...]” (GOMES, 2004, p. 121). Ocorre que ela acabou por representar, nos negócios jurídicos, “[...] receitas de justiça, honestidade e lealdade. É com esse sentido que a boa-fé se manteve no Direito Romano e assim permaneceu até que sofresse influência do Direito Canônico” (GOMES, 2004, p. 121).

Já no Direito Canônico, a boa-fé se liga a um conceito de pecado. “[...] o Direito Canônico acrescentou o fator psicológico à boa-fé, conferindo eticidade à boa-fé subjetiva. Ou seja, a boa-fé traz consigo dimensão axiológica inserida dentro do espírito e da moral cristã, consubstanciada na ausência do pecado [...]” (GOMES, 2004, p. 124). Dessa forma,

Nota-se, assim, o esvaziamento do significado da boa-fé construído pelo Direito Romano, fazendo com que este instituto desaparecesse na prática do Direito das Obrigações [...]. [...] a boa-fé foi tratada somente sob dois aspectos, quais sejam, o da tutela da prescrição para efeitos de usucapião e dos contratos consensuais (GOMES, 2004, p. 124).

Foi no Estado Moderno que a boa-fé voltou a ser instrumento utilizado pelos contratantes especialmente em função do direito germânico. Nessa época, o Direito Francês estava ainda enraizado no Direito Canônico e não oferecia a importância devida ao instituto. Segundo Gomes (2004, p. 130-131), ainda que a boa-fé estivesse presente em alguns artigos do Código Francês de Napoleão, não houve, na doutrina ou jurisprudência, maior aprofundamento.

Isso só veio a acontecer no século XX, que “[...] alterou em muito o quadro anterior, em que a autonomia da vontade era o princípio dominante”, ou seja, quando esta servia de “[...] extensão do conteúdo da relação obrigacional”. Assim, “Com a eticização do direito, porém, surge um ‘valor autônomo, não relacionado com a vontade’, o qual integra a boa-fé e possibilita ‘um tratamento objetivo da relação obrigacional’” (OLIVEIRA, U., 1997, p. 56). Com efeito,

A partir da Primeira Guerra Mundial, a preocupação ética com o enquadramento social do indivíduo e sua responsabilidade ampliou-se, possibilitando o crescimento da boa-fé objetiva na integração da teoria da vontade por meio do princípio da proteção à confiança, no esforço direcionado à justiça contratual material, na limitação do uso da propriedade com ênfase na sua vinculação social e, entre outros, na funcionalização dos direitos de crédito (PEZZELLA, 1997, p. 203).

O Direito Germânico conferiu à boa-fé sentido objetivo, por representar, naquele ordenamento, lealdade e crença. Estava presente mesmo antes do Código Civil alemão, sendo-lhe dada, posteriormente, especial atenção e copiada pelos demais códigos mundialmente (GOMES, 2004, p. 131-133).

Essa boa-fé “Era muito mais feita aos rituais sociais (juramentos solenes de honra) e à exterioridade; por isso, passou-se a denominá-la boa-fé objetiva” (GOMES, 2004, p. 133). Continuando, Gomes (2004, p. 133) cita Antônio Manuel Cordeiro, afirmando que, “Para essa espécie de boa-fé, o que passa a ser fundamental é *o julgamento da opinião pública, cuja aprovação ou censura eram, por excelência, o motor da actuação jurídica medieval*” (grifos do autor). Resta, daí, a objetividade, podendo-se verificá-la no comportamento das pessoas.

Continuando na doutrina de Gomes (2004), nas páginas 136 a 141, o autor descreve as três funções da boa-fé consignadas segundo o código alemão. Afirma que havia a função hermenêutico-integrativa, dando maior liberdade ao juiz para decidir; função de conduta ético-jurídica, ou seja, atua para inibir uma conduta voltada à má-fé, quer dizer (p. 138), “[...] da cláusula geral da boa-fé nascem padrões de condutas, ainda que com amparo legal, submetem-se a limites informados pela boa-fé.”; e, função limitadora do abuso de direito.

Por fim, há de se dizer que a autonomia privada e *pacta sunt servanda* começaram a sofrer limitações nos julgados, visando à justiça contratual, conformando a boa-fé com a “realidade social da época” (GOMES, 2004, p. 142).

No Brasil, o desenvolvimento da boa-fé objetiva foi demasiadamente tardio. Influenciado pelo Direito Francês, o país não deu toda a importância devida à cláusula, havendo apenas a boa-fé subjetiva e pequenas menções à objetiva.

De fato, observando-se o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, percebe-se que a boa-fé objetiva começou a fazer parte do ordenamento no final do

século XX e início do século XXI. Antes, “[...] estava prevista no art. 131, I, do CCo e no art. 1.443 do CC/1916. Porém, em razão do total despreparo de nossos operadores do direito para o uso de cláusulas gerais, nenhum desses artigos era tratado como tal” (SANTOS, M., 2009, p. 216-217).

Assim, o primeiro diploma a trazer a boa-fé objetiva foi o Código Comercial de 1850, depois o CC de 1916, posteriormente, o Código do Consumidor de 1990, e, finalmente, o atual Código Civil.

Antes mesmo dos dois últimos diplomas, a doutrina já discutia a boa-fé objetiva, na tentativa de fazê-la cláusula de interpretação. Segundo Santos M. (2009, p. 216-217): “A boa-fé objetiva foi difundida no direito brasileiro em meados dos anos 60, principalmente pelas obras de Clóvis do Couto e Silva, que se embasavam fundamentalmente na doutrina germânica”. O autor afirma, nas mesmas páginas, que, no Brasil, foram importantes as decisões de Ruy Rosado de Aguiar Júnior tanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como no STJ.

Já dando a entender que a boa-fé objetiva tem importância ímpar para o constitucionalismo brasileiro, Gomes (2004, 144) afirma que “[...] a falta de disposição legislativa expressa dificulta a percepção do princípio, ainda que fundamental [...]”.

Diferenciando boa-fé subjetiva da objetiva, vale dizer que a primeira se resume “[...] à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador do direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação” (NUNES, 2004, p. 10). Nunes (2004, p. 10) confere exemplos de boa-fé subjetiva tais como casamento putativo e seus efeitos e boa-fé do alienante do imóvel indevidamente recebido.

Corroborando o conceito, Sampaio L. (2004, p. 26), afirma que “Boa-fé subjetiva, também chamada boa-fé crença, constitui um estado de ignorância. O sujeito acredita ser titular de um direito que na realidade não tem. Assim, o possuidor de boa-fé desconhece o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa (art. 1201 do CC)”.

Ocorre que, em se verificando o sentido da boa-fé subjetiva, percebem-se, claramente, o seu afastamento constitucional e a inexistência de preocupação com qualquer princípio norteador

do Estado Democrático atual. Já com a boa-fé objetiva, se dá o contrário. Nesse prisma, como já se afirmou, “O primeiro diploma brasileiro a fazer alusão à expressão boa-fé objetiva como princípio foi o Código Comercial de 1850” (SAMPAIO, L., 2004, p. 39). No entanto havia um descaso com a boa-fé, provavelmente pelo momento liberal vivido (SAMPAIO, L., 2004, p. 40). Já no Código Civil de 1916, estava presente no artigo 1443, que afirmava que o segurado deveria guardar “a mais restrita boa-fé” na execução do contrato (SAMPAIO, L., 2004, p. 40).

Com o advento do Código do Consumidor, aparece em dois artigos já citados neste tópico. Nos dizeres de Gomes (2004, p. 146-148), no artigo 4º, III, a boa-fé é um princípio que norteia a interpretação e está coadunado com o artigo 170 da CF. E conclui, afirmando que “[...] não se tratando de norma programática e sim de norma que consolida e concilia preceitos de direito privado com os preceitos constitucionais”. No entanto, já quanto ao artigo 51, IV, é uma cláusula geral de boa-fé se aproximando do artigo 242 do código alemão.

Já na época do lançamento do Código, os seus autores (GRINOVER et al., 1999, p. 500) demonstravam a importância do instituto, chegando a citar o parágrafo 9º da AGB – Gesetz alemã –, do artigo 16 do Decreto-Lei 446/85, em Portugal, e do artigo 10 da lei de proteção do consumidor da Espanha, como institutos que também possuíam a boa-fé objetiva. Assim,

O Código adotou, implicitamente, a *cláusula geral de boa-fé*, que deve reputar-se inserida e existente em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não inscrita expressamente no instrumento contratual. O princípio é praticamente universal e consta dos mais importantes sistemas legislativos ocidentais, em leis e normas de proteção do consumidor (GRINOVER et al., 1999, p. 500)

Mas qual seria o conceito dessa boa-fé que começava a aparecer no ordenamento brasileiro? Tecnicamente, Sampaio L. (2004, p. 30), citando Fernando Noronha, afirma que a boa-fé objetiva abarca as noções de lealdade e confiança: a primeira, querendo dizer comportamento sendo colocado em prática pelo contratante, e a segunda conforme o outro contratante crê e espera da outra parte. Nesse prisma, transcrevem-se, na íntegra, as palavras de Nunes (2004, p. 11), para quem esse instituto é uma regra de conduta, mas

Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Anote-se bem, a boa-fé objetiva é fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente, é por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta. Este equilíbrio – tipicamente caracterizado com um dos critérios de aferição de Justiça no caso

concreto –, é verdade, não se apresenta como uma espécie de tipo ideal ou posição abstrata, mas, ao contrário, deve ser concretamente verificável em cada relação jurídica (contratos, atos, práticas, etc.).

Complementando, Sampaio L. (2004, p. 87) afirma que “Trata de substituir a autonomia como ‘mero dogma formal’ – que pressupunha o livre jogo de vontades individuais, própria do modelo liberal clássico – por uma ‘autonomia efectiva’, [...]”, na qual as partes nem sempre estão em posições semelhantes ou iguais.

É a exigência de uma atitude cooperativa das partes contraentes e fonte de deveres chamados “laterais”. “É exatamente no surgimento desses deveres que se observa mais nitidamente a já enfatizada solidarização do contrato” (SAMPAIO, L., 2004, p. 53). Assim,

[...] do princípio da boa-fé objetiva decorre uma série de deveres aos contratantes, tais como (a) deveres de cuidado, previdência e segurança; (b) deveres de aviso e esclarecimento; (c) deveres de informação; (e) [*sic*] deveres de colaboração e cooperação; (f) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio contraparte; (g) deveres de omissão e segredo (SANTOS, M., 2009, p. 216).

Segundo toda essa fundamentação, pode-se constatar que a boa-fé objetiva assume natureza jurídica de princípio geral do direito, princípio do direito privado, cláusula geral ou conceito legal indeterminado (SANTOS, M., 2009, p. 219).

De fato, Faro (2009, p. 5-6) afirma que há defasagem entre o futuro planejado pelo legislador e aquele realmente desencadeado. Por isso, o Direito vale-se de “disposições não escritas”, as cláusulas gerais, também utilizadas pelo direito privado.

Utilizando nomenclatura diversa, Nunes (2004, p. 9) afirma a existência dessas cláusulas como sendo os *topoi*, “[...] fórmulas de procura ou operações estruturantes a serem utilizadas pelo intérprete para resolver um problema de aplicação/interpretação normativa, no que diz respeito ao caso concreto”. E já na página 10, se refere à boa-fé objetiva como sendo um *topos* que “[...] vem sendo reconhecido como elemento da base do próprio sistema jurídico constitucional”.

Assim, como base de um “sistema jurídico constitucional” é que a boa-fé objetiva mudou as feições do contrato na atualidade, levando-o para uma veia de solidariedade e dignidade. É claro que, conforme Gomes (2004, p. 158), “Não se pode olvidar que o Princípio da

Autonomia Privada continua valendo e que em algumas hipóteses, maiormente em contratos empresariais, as partes poderão ajustar ou flexibilizar o conteúdo pactuado”. É importante deixar claro que não se pretende, no presente trabalho, conforme afirmado insistentemente, advogar a tese de completo desaparecimento da autonomia da vontade, mas apenas humanizá-la no âmbito dos contratos de planos de saúde, defendendo o ressarcimento. Assim,

[...] numa perspectiva guiada pelo princípio da boa-fé, a incidência dos deveres de lealdade e probidade inicia-se desde que haja o estabelecimento de um contrato social qualificado entre dois ou mais indivíduos, de modo que, mesmo existindo um desequilíbrio material entre os seus poderes de barganha, a parte mais forte não poderá exercer a sua autonomia privada em detrimento das legítimas aspirações daquela que se revelar mais fraca (FARO, 2009, p. 11).

No entanto, sendo a boa-fé objetiva pautada em termos de “honestidade, transparência e lealdade” (GOMES, 2004, p. 180), ela também perpassa pelo direito público conforme afirma Sampaio L. (2004, p. 29), citando Karl Larenz. Tanto isso é verdade que a boa-fé extrapola o direito das obrigações e o direito privado, valendo em todas as relações sociais, provando essa afirmação, ao dizer que a jurisprudência pátria “[...] vem usando o princípio da boa-fé para fundamentar julgados de direito público” (SANTOS, M., 2009, p. 218). Santos M, inclusive, em mesma página (nota de rodapé), cita que um exemplo pode ser o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 296.00-5/4-00, decidido em 05 de junho de 2006.

E, ainda, “Representa a boa-fé objetiva uma reação contra o individualismo, cobrando das partes um comportamento que leve em conta o interesse do parceiro contratual: um agir solidário” (SAMPAIO, L., 2004, p. 28). Ou seja,

[...] funcionando a boa-fé objetiva como ponte entre os mundos ético e jurídico, ou, mais tecnicamente, como um princípio ético-jurídico. Pelo princípio da boa-fé objetiva, são juridicizados alguns deveres morais. Mas uma moral social – não meramente individual –, ou seja, voltada para o comportamento do homem em relação aos demais (SAMPAIO, L., 2004, p. 27- 28).

Assim, “A idéia [sic] de solidariedade está atrelada ao conteúdo da boa-fé objetiva, sendo que é possível dizer que os dois princípios se confundem, fundindo-se em uma única intenção ética que conduz para o caminho da lealdade e da correção” (SANTOS, M., 2009, p. 245). Já foi afirmado o que seria solidariedade, no tópico anterior, no entanto, vale dizer que percebe-se a sua inclusão na Constituição Federal Brasileira, quando Santos M. (2009, p. 244) afirma que

A noção de solidariedade, em nosso ordenamento, como já dissemos, decorre da própria Constituição Federal, que prevê em seu preâmbulo a instituição de uma sociedade fraterna e fundada na harmonia social e na dignidade da pessoa humana, com o objetivo de construir uma sociedade justa, livre e solidária.

Também a boa-fé objetiva, nos dizeres de Arantes (2006, p. 163), tem relação com a igualdade em um Estado Democrático, “[...] na medida em que se almeja, com extensão desses princípios nas relações contratuais, a concretização do princípio da solidariedade e da justiça social, muitas vezes alcançado por meio da justiça contratual”.

Mas pode-se estar pensando que relação um instituto de direito civil, voltado às partes, pode ter com o ressarcimento. É simples. Conforme já afirmado, a boa-fé subjetiva não tinha uma função constitucional. No entanto, dado o movimento de constitucionalização do direito privado, e como forma de maior solidariedade e cooperação, adveio a boa-fé objetiva. Esta, assim, remonta a uma justiça contratual, voltada para a igualdade e para a dignidade.

Tanto é assim que a boa-fé objetiva é chamada por alguns autores de “justiça contratual”. Segundo Sampaio L. (2004, p. 86), “Independentemente da denominação que se dê – princípio da justiça contratual ou da boa-fé –, fato é que o direito contratual atual está impregnado pela idéia [sic] de solidariedade”. Complementando, argumenta que, “Dessa forma, ele não tolera que a vontade das partes, sem nenhuma peia, conduza a situações manifestamente desiguais, em que a relação entre prestação e contraprestação mostre-se desequilibrada” (SAMPAIO, L., 2004, p. 86). O ressarcimento seria a retomada desse equilíbrio, dessa solidariedade e dessa justiça em prol da igualdade e dignidade dentro do ordenamento brasileiro.

Já na época do Código do Consumidor, os autores (GRINOVER et al, 1999, p. 501) afirmavam ser “[...] nula, por ofender a boa-fé, a cláusula, geralmente inserida nos contratos de planos de saúde, de não cobertura de algumas moléstias, como AIDS e câncer. Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é óbvio”. E, complementando, avisavam da intenção de maior lucro com essa prática, dizendo que, “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”.

Como solução para o problema, afirmaram, na mesma página, a edição de lei no Estado de São Paulo, na tentativa de que “[...] todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde” fossem cobertas pelos planos.

Também segundo Ocké-Reis e Sophia (2009, p. 74), “[...] o próprio modo de operar dos planos privados de saúde obriga uma radicalização da seleção de risco, especialmente às doenças preexistentes, aos doentes crônicos e aos idosos, dada sua tendência inexorável de exclusão para garantir reprodução do capital”.

Nesse prisma, os autores do CDC (GRINOVER et al, 1999, p. 502) citam como solução do problema a lei de planos de saúde que, no artigo 11, “[...] proíbe a exclusão de cobertura de doenças preexistentes, determinando seja feita a cobertura pela empresa de assistência médica ou de seguro-saúde”.

Nesse processo, e dada a prática abusiva e reiterada dos planos, já constatada, também o ressarcimento veio na tentativa de reduzir essa má-fé dos planos de saúde, já que “A assimilação do princípio da boa-fé objetiva e de seus princípios decorrentes, qual seja, o princípio da confiança e o da transparência são, sem sombra de dúvida, princípios basilares essenciais para o bom funcionamento do ordenamento jurídico atual e para o alcance da justiça social [...]” (ARANTES, 2006, p. 162). E, nos dizeres de Montone (2009, p. 102),

No processo de regulamentação, para reforçar o debate político, o ressarcimento foi colocado como instrumento de justiça social em relação ao SUS. O mercado privado operava com inúmeras exclusões em seus contratos, empurrando os casos mais graves e mais caros para o atendimento público. A ideia-força era a de que as operadoras teriam que compensar o SUS por atender seus usuários.

Assim, a boa-fé objetiva seria um argumento para essa compensação: os planos não estariam agindo de forma leal com os contratados, tentando excluir coberturas e levar ao Estado os procedimentos mais caros. Os deveres de cooperação e solidariedade (partes integrantes da boa-fé objetiva) com a parte contratada, com o Estado e com a coletividade estariam esquecidos, levando à injustiça e à falta de dignidade.

Por fim, vale dizer que “A constitucionalização da boa-fé é ainda reforçada pelo art. 170, que estabelece a justiça social como elemento conformador da ordem econômica” (SAMPAIO, L.

2004, p. 42). A boa-fé também está implícita nos objetivos de “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. Ou seja, o legislador instituiu a diretriz da chamada solidariedade social, que implica um dever de cooperação entre os indivíduos [...]” (SAMPAIO, L., 2004, p. 42).

#### 4.5 A PROPORCIONALIDADE DA DETERMINAÇÃO DO RESSARCIMENTO

As teorias embasadoras do ressarcimento já foram demonstradas no presente capítulo. Cabe agora oferecer solução a uma questão primordial, qual seja, se há proporcionalidade na determinação do ressarcimento pela lei dos planos de saúde, a fim de obter-se a derradeira fundamentação em prol do artigo 32.

Antes de mais nada, cabe, primeiramente, informar o fato de que não será utilizada a técnica da ponderação de interesses para defender o ressarcimento. Isso acontece em vista do fato de que se entende desnecessária tal teoria da ponderação, uma vez que não há o que se ponderar.

Olhando-se de forma menos aprofundada o tema, poder-se-ia pensar que há alguns princípios em jogo tais como autonomia privada, livre iniciativa, igualdade, dignidade, justiça social, bem como o direito à saúde. Os dois primeiros estariam ao lado dos planos de saúde, e os últimos, em prol do ressarcimento, do Estado e da coletividade.

Ocorre que, em momento algum, há a necessidade de se ponderar, tendo em vista que não há qualquer afastamento de qualquer princípio que seja, no caso da determinação do ressarcimento. Nos moldes em que foi elaborado, respeitando o contrato celebrado entre clientes e planos, bem como oferecendo oportunidade de defesa, sem se falar nos demais cuidados já explanados no capítulo 1, não há colisão de princípios e necessidade de afastamento de qualquer um deles.

É claro que, conforme salientou Sarlet (2007, p. 404), no caso da vinculação das relações entre particulares aos direitos fundamentais (uma das teorias utilizadas no presente trabalho a

fim de defender a constitucionalidade do ressarcimento), pode-se chegar ao conflito entre autonomia privada e direitos fundamentais.

No entanto, no presente caso do ressarcimento, em primeiro lugar, a lei de planos já se empossou de fazer a devida ponderação, quando não afastou a autonomia privada e livre iniciativa no caso do ressarcimento, não havendo qualquer ponderação posterior a fazer. Mesmo que houvesse e se ela fosse feita no corpo do presente trabalho, seria de acordo com parte da doutrina que entende a ponderação em abstrato, também um ramo de ponderação de interesses, conforme, inclusive, já se utilizou o STF. Entretanto haveria de rebater as críticas ferrenhas de parte da doutrina entendedora da possibilidade apenas de ponderação em cada caso concreto.

Conforme, novamente, Sarlet (2007, p. 404), o caso da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que reputamos, neste trabalho, ser o caso do ressarcimento aliado à solidariedade social, pressuporia “[...] sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores [...]”, a fim de se chegar a um equilíbrio, “[...] caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um” (SARLET, 2007, p. 404).

Assim, não havendo colisão em abstrato entre princípios basilares da atuação dos planos com os princípios relacionados com a igualdade, saúde e dignidade e, por consequência, havendo a preservação da “essência desses princípios”, resta-nos tão somente, como argumento em defesa do ressarcimento, verificar a proporcionalidade do artigo 32 da lei de planos de saúde.

Ademais, conforme asseverou Sarmiento (2003, p. 96), a realização de uma verificação da proporcionalidade é pertinente, uma vez que ela “[...] é essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subsequentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação”. Ou seja, posteriormente, e no caso concreto, poderá ser realizada a ponderação de interesses, se houver a colisão de princípios fundamentais. E não haverá um “decisionismo judicial disfarçado”,

tendo em vista que a ponderação “[...] pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade”.

Assim, comentando-se sobre a proporcionalidade, é até, de certa forma, intuitivo que os atos devem ser proporcionais aos fins a que visam, a fim de não causar lesão maior que a necessária a alguns direitos de algumas pessoas em prol do bem de maior número delas.

Na Grécia e na Roma antigas, a ideia era de que o direito deveria ser instrumento de utilidade para a comunidade. Nos dizeres de Guerra Filho (2008, p. 226), o direito era “[...] algo que deve se revestir de uma utilidade (*synpheron*) para os indivíduos reunidos em comunidade, em cujo bem-estar ele tenha sua *ultima ratio*. Também entre os juristas romanos era corriqueira a justificação do direito pela utilidade [...]” (grifos do autor).

Ao que parece, as manifestações do que deveria ser proporcional não param por aí, pois, na Grécia, “[...] a idéia [sic] retora de seu comportamento era aquela de proporcionalidade, de equilíbrio harmônico, expressa pelas noções de *métron*, o padrão do justo, belo e bom, e de *hybris*, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento” (GUERRA FILHO, 2008, p. 227, grifos do autor). E, em Roma, o princípio da proporcionalidade já aparecia “[...] nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu *quanti interest* as parcelas do débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretados por um mesmo infrator” (GUERRA FILHO, 2008, p. 227, grifos do autor).

Assim, “A compreensão do Direito como ‘justa medida’ – ou ‘justa proporção’ – deita raízes na filosofia clássica da Antiguidade”. Mas o “[...] desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como cânone jurídico encontra-se visceralmente ligado ao advento do Estado de Direito na Modernidade” (SARMENTO, 2003, p. 78).

De fato, a proporcionalidade veio a ser utilizada como princípio necessário após o advento do Estado Social, porque, no Estado Liberal, o Estado não tinha ingerência nas relações particulares, e o necessário era simplesmente deixar que as ligações entre os indivíduos corressesem sem qualquer intervenção, dado o receio do Estado Absolutista anterior, o qual detinha tudo em suas mãos.

Essa liberdade levou a uma necessidade de intervenção do Estado ao causar mazelas e fazer com que os mais fortes econômica e politicamente obtivessem todos os direitos. O Legislativo passou a ser um poder importante do ponto de vista do Estado e dos cidadãos, legislando em prol dos últimos. Mas isso gerou regimes ditatoriais e um apego demasiado à lei, deixando-se de lado direitos do cidadão e pondo-se em cheque o modelo de proteção. Assim,

Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levaram a que se pusesse em evidência a dimensão valorativa do Direito, bem como a que se buscasse em outras fontes, que não apenas legislativa, os critérios para sua correta aplicação (GUERRA FILHO, 2008, p. 225).

“Na verdade, a constitucionalização do princípio da proporcionalidade no direito continental europeu só veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista” (SARMENTO, 2003, p. 80). Esse princípio, que, antes, era utilizado em outra área do Direito (administrativa) e também é denominado proibição do excesso, passou a ser utilizado pelo Direito Constitucional por receio da Corte Constitucional alemã dos abusos possíveis pelos legisladores em face dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2003, p. 80).

Com razão, os doutrinadores afirmam ter sido a proporcionalidade utilizada de maneira mais inicial no Direito Penal, principalmente em função da obra de Beccaria. Nas palavras de Sarmento (2003, p. 79), a partir do pensador, “[...] cristalizou-se o entendimento de que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. Daí, já no século XIX, o princípio da proporcionalidade alcança o Direito Administrativo”. Iniciou-se essa fase na França, segundo o autor, com o desvio de finalidade no ato discricionário.

O mesmo autor, já na página 81, afirma que, sob influência alemã, o princípio se espalhou pela Europa, em países como a Itália (onde foi chamado de razoabilidade), Portugal (que possui o artigo 18.2 da Constituição que versa sobre o princípio) e Espanha, Áustria e Suíça, além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, coincidindo essa expansão com a queda das experiências totalitárias e indicando que esse princípio tem ligação com a “efetivação de direitos fundamentais”.

O mesmo princípio também teve origem nos países do *comon law* como Inglaterra e Estados Unidos “[...] e se vincula, de modo indissociável, à garantia do *devido processo legal em seu*

*aspecto substancial* [...]” (SANTOS, S., 2008, p. 207-208, grifos do autor). “De fato, sua matriz remonta à cláusula *Law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo.” O autor afirma que a cláusula tornou-se base para a jurisprudência da Suprema Corte americana (BARROSO, 2004, p. 218), que passou a interpretar o devido processo legal incluído nas 5ª e 4ª emendas [sic] à Constituição americana (SARMENTO, 2003, p. 81).

Apesar de, segundo Sarmento (2003, p. 83), existir, até hoje, uma corrente doutrinária negando qualquer substantividade ao devido processo legal nos Estados Unidos, certo é que há duas grandes fases do princípio do devido processo legal, conforme Barroso (2004, p. 219), a primeira de caráter processual e a segunda de caráter substantivo. E afirma que, “De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”. As duas fases não se excluem, pelo contrário, convivem.

Afirma o mesmo autor, já nas páginas 22 e seguintes, que o devido processo legal substantivo passou por três fases: a primeira, correspondente à sua ascensão e consolidação no final do século XIX até a década de 1930 (que, conforme se entende, coincide com o Estado Liberal); a segunda, com seu desprestígio no final da década de 1930 (que, também segundo uma análise do contexto sociopolítico da época, coincide com uma maior intervenção do Estado na economia); e a terceira, a partir da década de 1950, com a revolução progressista na Suprema Corte dos Estados Unidos.

Já Sarmento (2003, p. 83) divide as fases em três, de forma um pouco diversa, misturando as duas primeiras fases apresentadas por Barroso, quais sejam, procedimental e substancial. “Na primeira, que se estendeu até o final do século XIX, atribuía-se à cláusula um significado puramente procedimental.” Já passado esse período, “[...] a Suprema Corte norte-americana, a partir de uma visão sacralizadora dos princípios do liberalismo econômico, passou a invalidar normas editadas pelo Legislador que interferiam na liberdade de contratação e no direito de propriedade” (SARMENTO, 2003, p. 84). Por fim, a segunda fase durou até década de 1930,

[...] quando ela se chocou frontalmente com a política intervencionista promovida, nos moldes keynesianos, pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, através da qual

os Estados Unidos estavam conseguindo superar a grande depressão que se abatera sobre o país depois da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929.  
[...] Assim, a partir do final da década de 30, o eixo do devido processo legal substantivo se transferiu das liberdades econômicas para os direitos fundamentais (SARMENTO, 2003, p. 85).

Dessa forma, vislumbra-se que o princípio da proporcionalidade teve desenvolvimento lento na ordem mundial, representando uma defesa contra os abusos do poder público, que se mostravam de encontro aos direitos fundamentais, com origens diversas na Alemanha, que irradiou o pensamento sobre a França, Itália, Áustria, Espanha e Portugal e nos países da *comon Law* como Inglaterra e Estados Unidos.

No Brasil, “[...] ao que parece, a questão da proporcionalidade foi pioneiramente tratada entre nós por San Tiago Dantas, que, em artigo publicado em 1948, já defendia, com arrimo no princípio da igualdade, a inconstitucionalidade da lei desarrazoada ou caprichosa” (SARMENTO, 2003, p. 91). Também ao longo da vigência das Constituições de 1967 e 1969, algumas decisões utilizaram a proporcionalidade (BARROSO, 2004, p. 233-235), pois, “[...] embora não fosse frequente a invocação explícita do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, a sua utilização podia ser inferida como critério para valoração da constitucionalidade das leis em alguns casos” (SARMENTO, 2003, p. 91).

Ocorre que nosso país se mostrou, de certa forma, fechado para a proporcionalidade, pelo receio de ferir a separação entre os poderes, razão pela qual esse princípio veio a se desenvolver com maior ênfase algum tempo após a Constituição de 1988. Para Barroso (2004, p. 233), as ações do poder público no Brasil são, muitas vezes, “insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade”, sendo a aplicação da proporcionalidade para atos do poder legislativo importada do direito francês do desvio ou excesso de poder (*détournement de pouvoir*) (BARROSO, 2004, p. 234).

Atualmente, “[...] inexistente na nossa legislação menção expressa ao referido princípio”, mas, em nossa Constituição de 1988, levando-se em consideração o tipo de Estado instituído, voltado à finalidade social da democracia, a presença da proporcionalidade é latente (CHAGAS, 2003, p. 182). Isso se diz, principalmente, porque a ligação entre princípio da proporcionalidade e da igualdade é primordial: o primeiro está embutido no segundo, que representa uma nova visão no Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Bonavides (2008, p. 434),

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.

Assim, quando há lesão ao princípio da proporcionalidade, temos também uma lesão ao princípio da igualdade, bem como aos demais princípios constitucionais, ou seja, sendo “[...] um princípio geral de direito, o princípio da proporcionalidade não padece de lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional” (BONAVIDES, 2008, p. 435). Assim, se o que é buscado no presente trabalho é a igualdade na saúde no Brasil, o ressarcimento deverá ser uma medida proporcional, como é demonstrado aqui e o será adiante.

No entanto discute-se, na doutrina, qual seria o princípio que mais representaria a proporcionalidade na Constituição de 1988: legalidade, devido processo legal, Estado de Direito ou ainda outros direitos fundamentais possíveis. Conforme assevera Sarmento (2001, p. 58),

Há quem o derive do princípio da legalidade, do princípio do Estado de Direito, do devido processo legal, e até da norma inserta no art. 5º, parágrafo 2º, da Lei Magna, que proclama a existência de outros direitos fundamentais não expressos no texto da Constituição, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Porém, a discussão se cifra à localização topográfica do princípio no corpo da Constituição, já que a sua vigência no nosso ordenamento constitucional se afigura hoje incontestável.

Para Barroso (2004, p. 237), não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade “[...] se inscreveu, expressamente, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do *due process of Law* [...]”, e, em assim sendo, há duas linhas de pensamento, quais sejam, a primeira, que entende que “[...] o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento”. Vale dizer que essa linha “[...] vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito”. A segunda afirma que o princípio pode ser extraído “[...] da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível

por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula”. Perceba-se que o autor não diferencia proporcionalidade de razoabilidade, diferença a ser feita ainda nesse tópico.

Bonavides (2008, p. 434-435), por sua vez, sustenta que a proporcionalidade se encontra em vários dispositivos da Constituição Federal Brasileira, em relação aos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais e, dentre outros, nos princípios da atividade econômica do artigo 170. E, para concluir, afirma, ainda, que a proporcionalidade já se enquadra como princípio constitucional ou princípio geral do direito e “[...] que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”.

Assim, diante da inexistência expressa do princípio na Constituição, mas incontestemente sua presença no ordenamento em qualquer das normas ou princípios antes nomeados, percebe-se que “[...] o STF vem reconhecendo o princípio da proporcionalidade/razoabilidade no direito brasileiro [...]” e, em conformidade com os dizeres de Barroso (2004, p. 237) e Sarmiento (2003, p. 95), vem localizando-o “[...] na cláusula do devido processo legal, albergada no art. 5º, LIV, do texto fundamental”.

Nesse prisma é que podemos vislumbrar decisões do Supremo Tribunal Federal abarcando o princípio da proporcionalidade, sem, muitas vezes, nomear a sua utilização. Isso aconteceu “[...] quando reputou inconstitucional, por irrazoável, a regulamentação da profissão de corretor de imóveis (REp. nº 930-DF de 02-09-97); [...] quando declarou inconstitucional, porque desarrazoada, a restrição constante no antigo Estatuto dos Advogados [...]”, qual seja, o que vedava exercer advocacia dois anos após o afastamento do cargo de magistrado ou de membros do Ministério Público (SARMENTO, 2001, p. 58-59).

Posteriormente, o STF reconheceu o princípio da proporcionalidade na decisão liminar na ADIN 855-2, entendendo que a lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás liquefeito de petróleo entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com o pagamento imediato da diferença a menor, violava a proporcionalidade e, por isso, concedeu a liminar (SARMENTO, 2001, p. 59).

Também em outra decisão sobre a proporcionalidade, no caso de não apresentação de mandato legal de sua condição profissional por parte de um procurador federal, o STF entendeu por bem dar provimento ao recurso do Estado de São Paulo, pois “[...] a

razoabilidade decorre da presunção daquilo que normalmente ocorre, de modo que diante da existência de mandato legal não se faz necessária a apresentação do título de nomeação para o cargo [...]” (SANTOS, S., 2008, p. 207). Percebe-se que também o STf não distingue a proporcionalidade da razoabilidade, mas essa diferença será demonstrada adiante, conforme afirmado.

Mas o que significaria esse princípio da proporcionalidade? De fato, “O conceito do que é proporcional e razoável guarda a mesma imprecisão do conceito do que é justo” (CHAGAS, 2003, p. 182). No entanto, na tentativa de conceituá-lo, Canotilho (2000, p. 270) afirma que ele pode ser entendido como “justa medida”, pois

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <medida> ou <desmedida> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, 2000, p. 270).

Assim, “De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual” (BARROSO, 2004, p. 220). Ou, nas palavras de Bonavides (2008, p. 393), o princípio “[...] pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso”.

Ao que parece, o princípio se reveste de princípio interpretativo, sendo associado à interpretação conforme a Constituição, na tentativa de se fazer valer esse diploma e os direitos nela prescritos. Assim, em uma situação de conflito em que os princípios ou direitos se encontram na mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade leva a uma solução “[...] na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana” (GUERRA FILHO, 2001, p. 269).

Ao mesmo tempo, nos dizeres de Santos, S. (2008, p. 208), o princípio “[...] se reveste de natureza normativa, já que se presta a determinar a validade das normas de hierarquia inferior à Constituição”.

Em resumo, “[...] esse princípio estabelece que nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades” (MARMELSTEIN, 2009, p. 425). Em outras palavras, a aplicação de uma lei em prol de um direito fundamental, ou seja, “[...] o exercício de direitos fundamentais não pode gerar uma situação de injustiça, nem pode servir de desculpa para a prática de atos moralmente injustificáveis ou para violar direitos de terceiros” (MARMELSTEIN, 2009, p. 426). Por fim, e concluindo o entendimento do princípio,

O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de “limite dos limites”. O objetivo da aplicação da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais (MARMELSTEIN, 2009, p. 374).

Embutida no princípio está a justa medida, conforme já afirmado acima, nas palavras de Canotilho (2000, p. 270). Isso significa que há a proibição do excesso e da insuficiência, sendo que “[...] o Estado deve agir eficazmente para proteger os direitos fundamentais”, e “[...] o poder público deve adotar medidas suficientes para impedir as violações aos direitos fundamentais” (MARMELSTEIN, 2009, p. 382).

De fato, nas palavras de Guerra Filho (2008, p. 225), a metodologia jurídica tem sido utilizada no Direito Contemporâneo, “[...] em busca de como explicar o fenômeno jurídico sem abdicar de sua dimensão valorativa, nem cair no subjetivismo irracionalista que se costuma apontar como consequência do desrespeito da neutralidade axiológica”. E o princípio da proporcionalidade tem grande importância nesse processo, mormente por manter a carga valorativa, bem como possuir critérios objetivos para aferição dos direitos a não violar.

Assim, ele se torna um *topos* “[...] de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo” (GUERRA FILHO, 2008, p. 226). No entanto, “[...] aos poucos é que estudiosos do direito

constitucional e demais ramos do Direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade [...]” (GUERRA FILHO, 2001, p. 277). Já internacionalmente,

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia [sic] já não vacilam em fazer uso frequente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição (BONAVIDES, 2008, p. 396).

Mas, para que o princípio possa exercer o papel de controle dos atos, com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais, a doutrina alemã o dividiu em três subprincípios, que, quando respeitados em conjunto, levam à proporcionalidade do ato editado (SARMENTO, 2003, p. 87). Decerto que há várias nomenclaturas para essa subdivisão, mas serão aqui tratadas, conforme doutrina majoritária de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pela primeira subdivisão, a adequação predetermina que o meio utilizado deve estar apto a atingir o fim a que se presta. Nas palavras de Sarmento (2003, p. 87), “Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada”. Um exemplo interessante que demonstra a falta de adequação é proibir bebida alcoólica para evitar contaminação por HIV, em épocas carnavalescas (SANTOS, S., 2008, p. 209).

Falando-se da determinação do ressarcimento, no quesito adequação, já foi dito, no capítulo 1, que o STF afirmou, liminarmente, não ser a lei inconstitucional formalmente nem mesmo materialmente. Nesse caso, o fato de uma lei ordinária determinar o ressarcimento ao Estado pelos planos é plenamente adequado. Já foi demonstrado que o fim da norma é fazer os planos cumprirem os contratos, não obterem lucros exorbitantes, bem como melhorarem a igualdade na prestação da saúde pública, enviando mais recursos para um setor carente deles.

Nas palavras de Marmelstein (2009, p. 379), “Vale ressaltar que a adequação também exige que uma medida restritiva de direitos fundamentais, para ser válida, seja idônea para atendimento de uma finalidade constitucionalmente legítima”. Caso não seja, a medida é

inválida. No caso do ressarcimento, ele vem para um bem maior, que é a garantia do direito à saúde e à igualdade na saúde, bem como para frear o poderio econômico de empresas que deveriam ter em mente que prestam serviços em prol de direitos humanos e fundamentais. É, assim, adequado o ressarcimento.

O segundo elemento da proporcionalidade seria a necessidade ou exigibilidade. Nas palavras de Barroso (2004, p. 228), essa subdivisão foi trazida pelo Tribunal Alemão em decisão de 1971 e consiste no fato de que os meios a serem utilizados sejam os menos onerosos para o cidadão. Assim, “[...] a tônica deste subprincípio recai sobre a idéia [sic] de que se deve perseguir, na promoção dos interesses coletivos, a menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do cidadão” (SARMENTO, 2003, p. 88).

“Dessa forma, caso o Estado se veja diante da possibilidade de utilização de dois métodos de ação, deve optar por aquele que acarrete o menor peso, ou que importe em menor onerosidade. Com isso, garante-se um possível controle de excesso” (SANTOS, S., 2008, p. 210). Um exemplo interessante de falta de necessidade é uma taxa judiciária excessiva que inviabilizaria o direito de ação, de acesso à justiça (MARMELSTEIN, 2009, p. 380).

Ora, no caso do ressarcimento, não há qualquer ônus maior seja para o cidadão, seja para os planos de saúde. No caso em tela, o ressarcimento não inviabiliza o negócio das operadoras. O valor pago por elas ao Sistema Único de Saúde – SUS – é apenas uma compensação pelos serviços prestados por este aos beneficiários dos planos e já se encontra embutido no cálculo atuarial feito quando da assinatura do contrato, uma vez que este se baseia em possibilidade e probabilidade de atendimentos por pessoa conveniada e não probabilidade de que a pessoa não utilize o plano porque irá procurar a saúde pública.

Por fim, vale dizer também, e conforme Marmelstein (2009, p. 381), que o elemento necessidade da proporcionalidade “[...] também é capaz de impedir exageros na implementação de direitos sociais”. E que há limites para a efetivação dos direitos fundamentais, pois eles “[...] são enunciados por normas-princípio, cuja realização está condicionada ao surgimento das possibilidades fáticas e jurídicas, tal como já ressaltado”. Mas salienta-se não ser o caso do ressarcimento, porque o que se quer é apenas efetivar-se o direito à saúde para todos, mal prestada no Brasil, sem sacrificar os direitos dos planos de

saúde, quais sejam, livre iniciativa e autonomia privada, que continuam a existir sem qualquer ofensa.

Quanto ao terceiro princípio, da proporcionalidade em sentido estrito, ele significa o apelo para que “[...] não se fira o ‘conteúdo essencial’ (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana [...]”, e que, no mesmo passo, as vantagens superem as desvantagens sentidas (GUERRA FILHO, 2008, p. 232), ou seja, “[...] torna necessária a busca de uma relação harmônica entre os fins perseguidos e os meios empregados para alcançá-los” (SANTOS, S., 2008, p. 210).

Segundo Sarmiento (2003, p. 89), o subprincípio leva, na verdade, a uma ponderação de interesses, já que, “Em um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida e, no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”. Caso seja dada maior importância aos interesses tutelados, a balança irá pender para esse lado, e a norma será válida, mas, caso a balança vá para o lado dos bens jurídicos restringidos, haverá inconstitucionalidade.

Também Barroso (2004, p. 228) entende dessa maneira, pois, para ele, “Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”. Ou seja, “[...] haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham [...]”, respeitando-se, como já dito, o mínimo de direitos e bens de todos (GUERRA FILHO, 2001, p. 270-271).

No caso em tela, como entender que beneficiar saúde e igualdade em detrimento da livre iniciativa (não totalmente, até porque os planos continuam tendo a livre iniciativa de contratar serviços de saúde no Brasil) sacrificou algum direito fundamental mais importante ou atingiu o mínimo dos planos de saúde? Já foi dito que a saúde e a igualdade são direitos humanos e fundamentais ligados, o primeiro à vida, e ambos à dignidade, princípio-fonte norteador do Estado Democrático de direito, e, portanto, mais pendente na balança da proporcionalidade em sentido estrito que a redução do lucro das empresas, que, diga-se de passagem, era, antes do ressarcimento, indevido pela não prestação dos serviços pelos quais havia o recebimento.

Apesar de todos os elementos demonstrados acima, que fazem parte da proporcionalidade, a fim de que ela trabalhe de forma objetiva pelo equilíbrio entre princípios e direitos na ordem vigente, há críticas que ainda persistem sobre o instituto.

Uma principal se resumiria ao fato de que o Poder Judiciário, ao realizar o exame de proporcionalidade, estaria ingerindo-se no poder Legislativo, uma vez que sua análise passaria da verificação da legalidade (consentida pelo ordenamento), em uma atitude de violação da separação de poderes, bem como de exacerbação dos poderes do Judiciário.

Ocorre que esse risco, segundo a doutrina, é mínimo, uma vez que, correlato ao princípio da proporcionalidade, está o princípio da interpretação conforme a constituição. Assim, eles se constituiriam no “[...] equilíbrio das atividades jurisdicionais e uma delimitação do campo de atuação dos juízes, que com sua atividade de compatibilizar as leis à Constituição não invadiriam a esfera do Legislativo” (CHAGAS, 2003, p. 190). Concluindo, o autor afirma que

Uma primeira conclusão seria a de que a adequação dos referidos princípios constituiria um meio termo entre as doutrinas procedimentalista e substancialista, na medida em que procuraria ser resguardada a atividade típica do legislador sem o acovardamento da atividade jurisdicional democraticamente redimensionada, cabendo ao jurista, no desempenho da sua função dogmática interpretativa, a nova postura de transformador do meio social (CHAGAS, 2003, p. 190).

Chagas (2003, p. 192), por fim, afirma que, quando há bens jurídicos relacionados aos direitos fundamentais, a proporcionalidade não causará problemas, porque o jurista deverá ter em mente “[...] o critério de justiça material existente no princípio da dignidade da pessoa humana, que vem a ser o principal fundamento da concepção democrática do Estado de Direito”.

Bonavides (2008, p. 428-433), também, apresenta uma série de críticas retiradas da doutrina em geral, e mesmo estrangeira. Nos dizeres do doutrinador, há outras críticas como a de que o princípio da proporcionalidade se insere apenas no âmbito do direito administrativo no qual tem aplicação importante e não constitucional; nesse caso, a posição do legislador constitucional é diferente, pois há a “degradação da legislação”, que a coloca abaixo do direito administrativo.

Outras duas críticas postas nas mesmas páginas são: a de que, na aplicação da proporcionalidade, se mostra apenas o desejo do julgador, difícil de se fundamentar; a de que se corre o risco de ver o Direito envolvido apenas com a justiça do caso particular; a de que pode haver exagero na aplicação dos princípios gerais de direito, do qual a proporcionalidade faria parte; a de nivelamento dos direitos fundamentais; a ameaça de ser um governo de juízes; e, por fim, a de se tornar um mero apelo geral à justiça.

Ora, é claro que tais críticas não têm razão de ser, porquanto são descabidas, em um primeiro momento, pelo formalismo e conservadorismo, bem como pela falta de verificação do contexto sócio-jurídico que vivemos de Estado Democrático com a utilização da interdisciplinaridade e dos princípios para a solução dos conflitos.

Os riscos apontados não têm razão de ser, tendo em vista que, juntamente à proporcionalidade, há o princípio da interpretação conforme a constituição (como já salientado acima), bem como os demais princípios norteadores das decisões judiciais, fazendo com que o juiz tenha em que se fundamentar, sendo obrigado a se pautar nos demais princípios constitucionais e, com isso, não seja capaz de decidir a seu bel-prazer.

Após a verificação dos elementos e das críticas, uma importante questão vem à tona. Existe diferença entre razoabilidade e proporcionalidade? Não há, até o momento, um consenso na doutrina. Para alguns, como Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento, há fungibilidade entre os institutos, mas, para outros, como Willis Santiago Guerra Filho e Sérgio Roberto Leal dos Santos, a origem diversa e a verificação de que a constatação da razoabilidade se mostra anterior à da proporcionalidade demonstram o distanciamento dos dois princípios. Outros, ainda, como Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, simplesmente não tratam do assunto.

Conforme a primeira corrente, há fungibilidade em relação aos dois princípios porque “[...] conquanto decorrentes de matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição” (SARMENTO, 2003, p. 87). Assim, ambos os princípios estariam inseridos “[...] na cláusula do devido processo legal por constituir a possibilidade da verificação da justiça dos atos

praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo nos casos em que estivesse confrontada uma liberdade pública” (CHAGAS, 2003, p. 182).

Também Barroso (2004, p. 224) pensa de maneira semelhante. Para ele, a fungibilidade entre os dois princípios é certa, representando a razoabilidade “[...] um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. Continuando, afirma que,

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 a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar (BARROSO, 2004, p. 224, grifo do autor).

Mas o autor afirma, na página 225, que é necessário procurar critérios mais sólidos para a razoabilidade. Para isso, afirma que a razoabilidade é a “adequação de sentido que deve haver entre esses elementos”, quais sejam, os motivos, os fins e os meios, bem como ordem, segurança, paz, solidariedade e justiça. Talvez os requisitos ou subprincípios da proporcionalidade sejam de ajuda para que a razoabilidade tenha a sua subjetividade afastada e aí se encontraria a fusão entre esses dois princípios.

No entanto, iniciando uma segunda corrente, que entende a natureza diversa da proporcionalidade e razoabilidade, Chagas (2003, p. 183) parece sustentar a diferenciação entre os dois termos, por afirmar que,

Na Alemanha, ao invés da utilização do termo razoabilidade, houve a opção pela proporcionalidade para, além de exigir uma conexão material entre os meios e fins utilizados na norma, impor-se o requisito qualificador da exigibilidade ou necessidade, de modo a fazer com que a norma onere o cidadão o menos possível.

Essa talvez seja uma das razões pelas quais os seguidores da segunda corrente entendem os institutos como distintos. Com efeito, Santos, S. (2008, p. 205) sustenta que “O tratamento da proporcionalidade e da razoabilidade em tópico apartado justifica-se tanto pela proximidade dos dois institutos quanto por suas particularidades”. E, completando, afirma que “A inexistência de sinonímia entre a proporcionalidade e a razoabilidade não encontra unanimidade na doutrina nacional. No entanto, é possível defender a idéia [sic] de que os institutos não se confundem [...]”, observando-se a diferença em relação a alguns elementos.

Em primeiro lugar, ainda na página 205, afirma que há diferença na origem, “[...] posto que a razoabilidade é construção da jurisprudência norte-americana, enquanto a proporcionalidade tem origem no direito alemão [...]”. Em um segundo momento, afirma que há uma grande carga de subjetividade na razoabilidade – que não há na proporcionalidade –, já que, pela essência, “[...] atuação razoável é aquela que ocorre de acordo com o comportamento que normalmente se pode esperar [...]”. Já a proporcionalidade

[...] diz respeito à atuação equilibrada entre os meios empregados pelo Estado e o *télos* normativo, o que permite que a proporcionalidade possa ser aferida de acordo com critérios mais objetivos, diretamente relacionados ao próprio conteúdo do ato normativo (SANTOS, S., 2008, p. 205).

Por fim, na página 206, o mesmo autor apresenta a derradeira fundamentação em prol da diferença entre os dois institutos, que é a natureza diversa: “[...] pois a razoabilidade se apresenta como uma norma principiológica, enquanto a proporcionalidade se apresenta ora como norma, ora como postulado, fenômeno [...]”. Ocorre que, apesar de todas as diferenças, “[...] não significa, no entanto, que entre os postulados não haja pontos de contato”.

Assim, como última diferenciação, “Ao contrário da razoabilidade, a proporcionalidade apresenta uma natureza dual, eis que se manifesta ora como *norma-princípio*, ora como *postulado* (SANTOS, S., 2008, p. 208, grifos do autor).

Explicando a diferenciação que fez, na mesma página, Santos, S. afirma que a proporcionalidade é um princípio porque “Sua essência normativa é revelada quando se coteja uma norma infraconstitucional com os critérios determinadores de sua proporcionalidade, o que conduz à conclusão no sentido de que uma norma desproporcional deve ser entendida por inválida, por contrariar a Constituição”. Ao mesmo tempo, a proporcionalidade é um postulado porque, diante de uma colisão entre princípios, “[...] será empregada como *metanorma orientadora do emprego da técnica da ponderação* [...]” (SANTOS, S., 2008, p. 209, grifos do autor).

Outra diferença plausível na doutrina é aquela que entende ser apenas a razoabilidade o princípio do devido processo legal em sua forma substantiva, uma vez que a proporcionalidade é uma “[...] garantia fundamental, com natureza processual”. (GUERRA

FILHO, 2008, p. 237). Diferenciando ainda mais os dois institutos, Guerra Filho (2008, p. 237) afirma que a razoabilidade “[...] é uma vedação de que se perpetrem absurdos com o direito [...]”, enquanto que a proporcionalidade é “[...] uma exigência de racionalidade, pressupondo já a razoabilidade”. Explicando essa posição, argumenta que,

[...] entre as diversas soluções possíveis haver-se-á de encontrar aquela que é racionalmente proporcional, por ser além de necessária e exigível, a que melhor promove os direitos (garantias e princípios constitucionais) fundamentais em seu conjunto, evitando a violação de seu núcleo essencial intangível, pelo respeito à dignidade humana – o trabalho com a proporcionalidade começa quando termina aquele com base na aplicação do princípio da razoabilidade (GUERRA FILHO, 2008, p. 238).

O mesmo autor, na página 238, chama a atenção para que não se confunda uma “[...] norma jurídica consagradora de um direito (*rectius*: garantia) fundamental – portanto, é uma prescrição [...]”, que é a proporcionalidade, “[...] com um cânone da nova hermenêutica constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado Democrático”, que dá a entender ser a razoabilidade pela carga de subjetividade.

Nesse prisma, o mesmo autor, Guerra Filho, em outra obra (2001, p. 283), já afirmava a diferenciação, entendendo pela diferença na origem, bem como que a proporcionalidade não se presta a “[...] evitar que absurdos sejam perpetrados na elaboração do Direito [...]”, mas sim

[...] que este seja interpretado e aplicado atendendo a um princípio de racionalidade, apto a determinar qual a melhor dentre as diversas interpretações possíveis, do ponto de vista da promoção simultânea e equânime do Estado de Direito e da Democracia, com a gama de direitos fundamentais e valores que lhes são inerentes, sendo esse mesmo compromisso com a racionalidade o principal de toda teoria, também no campo do Direito (GUERRA FILHO, 2001, p. 283).

Assim, razoabilidade, em sentido amplo, seria “[...] tudo aquilo que se mostra em conformidade com a razão, moderado, comedido, aceitável e justo” (SANTOS, S., 2008, p. 206) e, em sentido estrito, indica harmonia social e que “[...] devem ser tidas por inválidas as normas que não sejam pautadas por um grau mínimo de sensatez e de normalidade” (SANTOS, S., 2008, p. 206).

Nesse prisma, se a lei de planos determinasse a impossibilidade de acesso de pessoas que possuem planos de saúde ao setor de saúde pública, a norma não seria razoável externamente por afrontar a liberdade, direito fundamental. Ocorre que, determinando apenas o ressarcimento, não impede a autonomia da vontade, não impede a livre iniciativa, bem como não impede o lucro dos planos, uma vez que eles estarão ressarcindo apenas quanto a procedimentos cobertos pelo plano, quantia já inserida nos seus custos quando da cobrança de mensalidades dos clientes.

O que não é razoável é o não cumprimento do contrato e o lucro exacerbado dos planos, ao contratar e receber por algo e depois não pagar pelo procedimento, até em função dos princípios da atividade econômica inscritos na Constituição de 1988, como dignidade e justiça social.

Assim, existindo ou não a fungibilidade entre proporcionalidade ou razoabilidade, o fato é que não há violação a qualquer um desses princípios com a determinação do ressarcimento por parte da lei dos planos de saúde, no aspecto da determinação do ressarcimento.

Nas palavras de Chagas (2003, p. 188), a proporcionalidade estaria ligada à análise do meio utilizado que indicasse o alcance da justiça material, quando houvesse princípios constitucionais antagônicos e, pelo menos, um deles ligado aos direitos e garantias fundamentais. No caso em tela, temos uma tomada de posição do Poder Público, por meio da lei de planos de saúde, que remete à justiça, protegendo não apenas um, mas dois direitos fundamentais: a igualdade e a saúde.

Voltada a proporcionalidade à promoção da justiça material, está também ligada ao Estado Democrático de Direito (CHAGAS, 2003, p. 189), e, vislumbrado, no presente capítulo, o fato de que esse Estado é também um fundamento tanto para a igualdade na saúde, quanto para o ressarcimento, conclui-se que o ressarcimento passa por essa análise ileso, não ferindo nenhum preceito constitucionalmente protegido, mas, pelo contrário, protegendo os direitos fundamentais já mencionados. De fato,

[...] o princípio da proporcionalidade também pode servir como mecanismo de balizamento da implementação de determinado direito fundamental, de modo que o juiz deve ter sempre em mente esse princípio quando estiver decidindo um caso envolvendo a efetivação de direitos a prestações (MARMELSTEIN, 2009, p. 379).

Assim, o ressarcimento é proporcional, bem como razoável (tomando-se posição em relação à diferença de conceito entre os dois institutos), porque está determinado para a proteção de direito fundamental, em prol da justiça material, dentro de um Estado Democrático de Direito, bem como respeita os limites do contrato assinado entre planos e clientes, permitindo, ainda, a ampla defesa e contraditório por meio da impugnação possibilitada pela lei. Esse discurso encontra-se em franca sintonia com a defesa do princípio da proporcionalidade feita por Sarmiento (2003, p. 78), quando afirma que,

Não obstante, quando manejado com cautela e parcimônia, o princípio da proporcionalidade revela-se um excepcional instrumento para a proteção dos valores constitucionais, sobretudo daqueles não positivados no texto fundamental. A fluidez e a imprecisão do princípio permitem que ele se preste à tutela de uma multiplicidade de interesses de estatura constitucional, reforçando o papel da jurisdição constitucional como garantia de uma ordem jurídica mais justa.

Assim, “A questão central que se coloca, então, para enfrentar o problema do correto entendimento de uma Constituição e da ordem jurídica dela derivada, hoje, é o de se estabelecer o princípio e valor maior, à luz do qual poderão ser esclarecidas dúvidas [...]” (GUERRA FILHO, 2001, p. 271).

Dessa forma, a essência do princípio da proporcionalidade é preservar direitos fundamentais, e, se o que se está tentando fazer com o ressarcimento também tem o mesmo objetivo (preservar saúde e igualdade, que são direitos fundamentais), não há como dizer da inexistência de proporcionalidade na medida.

Corroborando essas informações, De Conto (2008, p.82) afirma que “Em face do duplo véis dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito, fala-se da dupla face do Princípio da Proporcionalidade: o garantismo negativo (em face dos excessos do Estado) e o garantismo positivo [...]”, não podendo o Estado deixar de proteger os direitos fundamentais. Chama essas ações de “proibição do excesso” e “proibição da proteção deficiente” (2008, p.83)

Nesse prisma, nunca é demais citar novamente o fato de que os princípios da isonomia e da proporcionalidade se encontram associados, pois o primeiro “[...] traduz a idéia [sic] [...] de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescenta

àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações” (GUERRA FILHO, 2001, p. 278-279).

Assim, conforme assevera o mesmo autor, já nas páginas 280 e 281, “[...] se torna admissível e, mesmo, necessária a atribuição de competência ao Estado para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até aonde vão interesses particulares e comunitários [...]”. E o ressarcimento representa exatamente essa tomada de postura, que restringe algum direito fundamental, conforme entendem os planos, qual seja, a autonomia privada e livre iniciativa, mas em um processo consciente e já esperado, em prol dos direitos fundamentais. Mais uma vez, Guerra Filho (2001, p. 280-281):

É nessa dimensão, objetiva, que aparecem princípios como o da isonomia e o da proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade – sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, em nome da preservação de outros direitos, igualmente fundamentais, donde poderemos incluí-los na categoria, equiparável, das ‘garantias fundamentais’.

Essa constatação está, inclusive, de acordo com a doutrina alemã, que entende os direitos fundamentais “[...] como dotados de uma *dupla dimensionalidade*: aquela *subjéctiva*, individual, a que tradicionalmente a eles vem associada, e uma outra, *objectiva*, que expressa valores almejados por toda a comunidade política” (GUERRA FILHO, 2008, p. 230). E, concluindo, diz que

O reconhecimento dessa ‘dupla dimensionalidade’ ou “duplo carácter” (*Doppelcharakter* – Hese, 1995) dos direitos fundamentais resulta da percepção da tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política, que seria a harmonização dos interesses de seus membros, individualmente considerados, com aqueles interesses de toda a comunidade, ou de parte dela, donde se tem a possibilidade de individualizar três ordens distintas de interesses: *interesses individuais*, *interesses coletivos* (ou ‘supra-individuais’, em que se incluem os chamados ‘interesses difusos’) e *interesses gerais ou públicos* (GUERRA FILHO, 2008, p. 230, grifos do autor).

Assim, a proporcionalidade, bem como a isonomia aparecem como meios para “acomodação dos diversos interesses”, garantindo direitos fundamentais (GUERRA FILHO, 2008, p. 230). Nesse prisma, em resumo, o ressarcimento é uma medida razoável e proporcional tomada pelo Poder Público, em prol da proteção dos direitos fundamentais à saúde e à igualdade, no âmbito de um Estado Democrático instituído pela Constituição Federal de 1988, por meio do qual se podem verificar adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não

havendo que se falar em direitos ou princípios postos de lado sem uma vantagem maior a ser auferida pela coletividade.

## **CONCLUSÃO**

Após toda a gama de argumentação exarada no decorrer do trabalho, pode-se responder à pergunta orientadora da pesquisa: enfim, a alegação dos planos de saúde de que é dever do Estado prestar a saúde, no Brasil, para se eximirem do ressarcimento, fere o acesso ao direito fundamental à saúde de forma igualitária no Estado Democrático Brasileiro? A posição

tomada é de que a alegação dos planos fere o acesso ao direito à saúde, bem como fere esse acesso de forma igualitária, por todas as razões descritas e desenvolvidas no trabalho.

A lei de planos de saúde, antes de sua edição, e, diga-se, edição tardia, passou por uma gama de discussões envolvendo as duas casas do Poder Legislativo, pretendendo, ao que se entende, preferir maior lisura e maior responsabilidade na atuação das operadoras de planos de saúde no Brasil.

Em um de seus dispositivos (artigo 32), a lei determinou que os planos de saúde façam o ressarcimento ao Estado quando clientes seus forem atendidos pelo sistema público de saúde em procedimentos cobertos pelos contratos celebrados. Nesse mesmo dispositivo, foram apresentadas as demais regras para a prática da nova determinação, e a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, que, posteriormente, veio a ser a responsável pela cobrança, determinou os procedimentos remanescentes por meio de suas Instruções Normativas e Resoluções.

Não obstante isso, os planos de saúde não viram com bons olhos a nova determinação e ajuizaram, por meio da Confederação Nacional da Saúde, uma ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade – perante o Supremo Tribunal Federal, questionando vários dispositivos da lei, bem como a inconstitucionalidade formal e material do ressarcimento.

Não há, ainda, uma decisão meritória em relação a esse processo, mas o STF já se pronunciou em uma cautelar apensada, dizendo não haver inconstitucionalidade formal, em vista de não se tratar da criação de um novo tributo por meio do ressarcimento. Ele apenas é uma restituição, uma indenização ao Estado pela prestação de um serviço, pelo qual o plano recebeu para poder prestá-lo, mas não o fez. Também a inconstitucionalidade material foi afastada pelo STF, tendo em vista que o ressarcimento não fere qualquer princípio constitucional consagrado.

Apesar disso, os planos não se conformaram com o pagamento e ajuizaram ações diversas na Justiça do País a fim de conseguir respaldo jurisdicional para o não pagamento, que já alcança montante considerável. Há vários argumentos para o não pagamento por parte dos planos, dentre os quais os seguintes: a inexistência de renúncia, pelo cidadão, de atendimento no setor público; o ônus criado para o cidadão de arcar com planos mais caros; o fato de ser o contrato

de saúde um contrato de risco, de execução duvidosa; a tabela desarrazoada utilizada pelo setor público a fim de calcular os valores dos procedimentos; a atitude da ANS regulamentando a cobrança que violaria a livre iniciativa, dentre outros.

O Estado se defende, informando que não está negando a prestação da saúde a quem possui um plano. Além disso, os tratamentos mais custosos ficam a cargo do Estado, mesmo para quem possui plano, levando à escassez de recursos. Da mesma forma, é dever do Estado, por meio da ANS, fiscalizar e controlar a prestação da saúde, não levando esse fato a uma anulação da iniciativa privada. Sem o ressarcimento, há o enriquecimento ilícito dos planos e o ferimento dos direitos do consumidor de ver a contraprestação do contrato de seguro cumprida.

O ressarcimento não fere os direitos de cidadão da pessoa física, e não é procedente, portanto, a alegação de que este contribui para o setor público por duas vezes (impostos e ressarcimento), já que são os planos a ressarcir. A determinação do ressarcimento é norma com sensibilidade social, que leva à devolução de valores relacionados com procedimentos cobertos pelos planos, por meio da utilização de uma tabela que, em sua criação, ouviu setores envolvidos na área da saúde, bem como há a possibilidade, no processo de ressarcimento, de se propiciar o contraditório e a ampla defesa aos planos.

Dentre as alegações dos planos, a que importou ao trabalho foi a de que é dever do Estado prestar a saúde, e que, com o ressarcimento, o Estado estaria passando para a iniciativa privada um dever que, constitucionalmente, é seu. No entanto a alegação de ser esse dever exclusivamente do Estado associada à ruim atuação dos planos, que não cobrem os contratos firmados, leva à desigualdade no Estado brasileiro.

Passou-se, então, a discorrer sobre a igualdade no Estado Democrático Brasileiro, a fim de descobrir suas peculiaridades e a quem ela compete. Verificou-se que ela esteve nas discussões mundiais desde os primórdios e, até hoje, demanda interpretações. No evoluir dos Estados de Direito, a igualdade passou de formal a material e, posteriormente, a ser identificada para diferenciação positiva de grupos necessitados, antes, às margens da sociedade.

A igualdade é também direito humano e fundamental, posto que esteve presente nas dimensões dos direitos, relacionadas com a evolução dos Estados de Direito, bem como foi positivada tanto internacionalmente, quanto no Brasil, desde as constituições passadas até a atual. Ao mesmo tempo, a igualdade trabalha em prol dos direitos humanos, podendo ser caracterizada como um valor, uma virtude, um princípio e uma norma a serem seguidos. Nesse prisma, a igualdade se confunde com a justiça social, bem como leva à dignidade humana.

Dentro do Estado Democrático, a igualdade não seria uma busca fantasiosa caso se entenda uma divisão de responsabilidades, em uma teoria liberal-igualitarista, conforme a desenvolvida por Ronald Dworkin na obra *Virtude soberana*. Concorrem, também, para a interpretação da igualdade e de sua aplicação, o utilitarismo e o pensamento liberal de John Rawls. Entretanto, o primeiro levaria a uma maximização utópica da igualdade, e o segundo, a uma desigualdade, não podendo ser as vias de interpretação no Estado atual. Assim, concorda-se com a posição de Ronald Dworkin, para quem a igualdade é conseguida com a concorrência entre responsabilidade pessoal, social e estatal. Ou seja, deve haver uma divisão de responsabilidades entre a sociedade e o Estado.

Assim, para se chegar à igualdade, são necessárias ações positivas e negativas do Estado, e a determinação do ressarcimento é uma dessas ações positivas, que levam a uma responsabilidade também dos planos de saúde. Da mesma forma, com o ressarcimento trabalhando em prol da igualdade, não se retira a liberdade das operadoras de planos de saúde, porquanto liberdade e igualdade são pilares do Estado Social e Democrático de Direito, especialmente do Estado brasileiro, que, assim, acolhe a divisão de responsabilidades em prol da dignidade e justiça social.

Estudada a igualdade, fez-se importante verificar o mecanismo da saúde no Brasil, tanto pública quanto privada, no intuito de verificar se realmente a saúde é dever apenas do Estado, conforme alegação das operadoras.

Constatou-se, então, que a saúde evoluiu em seu conceito, de algo vindo do “desconhecido” ou por vontade dos deuses, passando pela ausência de doenças, pela verificação de que o meio em que as pessoas vivem também leva às doenças, até se chegar ao conceito mais amplo de saúde, informado com a criação da OMS. No Brasil, essa visão ampla se instalou, e, na

Constituição Federal, encontra-se como prestação da saúde o dever de promoção, proteção e recuperação, voltada à dignidade humana.

Dessa forma, a saúde pode ser conceituada como um direito humano, fundamental e social a prestações do Estado. Aparece na segunda dimensão dos direitos humanos e, posteriormente, em documentos internacionais de declaração de direitos, bem como na Constituição Federal atual. Da mesma forma, para que não se resuma, aqui, a um argumento positivista, a saúde está ligada à vida e dignidade humanas, sendo irrenunciável e inalienável, características dos direitos humanos e fundamentais.

Entretanto a saúde é também identificada como um direito social, mas não um direito social negativo, e sim a prestações do Estado. Disso, resulta que o Estado deve promover ações em prol da defesa dos direitos sociais no Brasil, mas necessita de recursos para isso, de maneira que a teoria da eficácia máxima dos direitos fundamentais e a total aplicabilidade imediata de tais direitos se tornam irrealis e inatingíveis.

A alegação de reserva do possível se torna, então, uma realidade, uma vez que os recursos, sendo finitos, levam o Estado a prestar os direitos sociais sob a fórmula do mínimo existencial, estes, sim, de aplicabilidade imediata, por serem direitos subjetivos, voltados à pronta exigência. No entanto se torna um tanto quanto difícil identificar o mínimo existencial, mas a doutrina entende-o como relacionado à dignidade humana. Assim, havendo um direito social a prestações positivas voltado à dignidade humana, está-se diante de um mínimo existencial, devendo esse direito ser prontamente atendido.

É o caso da saúde, verificada em cada caso concreto, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, ou a saúde básica, apenas, nos dizeres de Ana Paula Barcellos. Nesses casos, a reserva do possível não pode prosperar, sob pena de enfraquecimento e inefetividade do direito fundamental à saúde.

Dessa forma, a saúde, sendo um direito social, se enquadra como direito humano, merecendo a mesma proteção dispensada a eles. No Brasil, a saúde como direito humano e fundamental é prestada em duas vias: a saúde pública e a saúde suplementar.

A saúde pública viu o seu desenvolvimento ocorrer ao longo dos anos. De início, era prestada apenas por entidades filantrópicas, de forma solidária. Depois, com a Lei Eloy Chaves, vieram as Caixas de Aposentadoria para trabalhadores ferroviários, atitude seguida por diversas outras profissões ao longo dos anos. O Ministério da Saúde e Educação foi criado, sem que a saúde fosse vista como direito humano e fundamental, sendo ela prestada apenas pelas Caixas de Aposentadoria de trabalhadores. Esse papel apenas veio após a criação do Ministério da Saúde no Brasil e da OMS que, entendendo a saúde de forma ampla e fundamental, levou à universalidade da saúde no Brasil e à criação do SUS pela Constituição Federal de 1988.

Nesse prisma, a saúde pública deve se pautar por alguns princípios, na busca pela efetividade do direito à saúde e em vista de sua responsabilidade com esse fim: saúde como direito, universalidade, igualdade, integralidade, unicidade, rede regionalizada e hierarquizada, descentralização, participação da comunidade, o direito à informação, a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física, integração das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico, resolubilidade, aplicação mínima de recursos, evitando a duplicidade de meios para fins idênticos, humanização do atendimento, financiamento solidário e planejamento ascendente.

A despeito disso, a escassez de recursos (tanto financeiros quanto relacionados a equipamentos ou pessoal especializado) é uma realidade, por todos os indícios informados, a saber: desenvolvimento tecnológico, maior expectativa de vida, desenvolvimento de novas drogas, bem como pelo fato de que a escassez é inerente aos direitos sociais a prestações, principalmente a saúde. No entanto esforços devem ser enviados a fim de se minimizar o problema e garantir o mínimo existencial do direito fundamental à saúde.

Também entendeu por bem o legislador brasileiro abrir à iniciativa privada a prestação da saúde. Entretanto verificou-se que, muito antes da regulamentação do setor, a saúde privada já atuava no Brasil, encontrando brecha na queda do Estado de Bem-Estar Social e sua ineficiência nos serviços públicos prestados. Decerto, com a assistência médica a trabalhadores por meio de Caixas de Previdência, em pouco tempo passou-se a entregar a empresas a assistência à saúde dos empregados. Nesse contexto, vieram a criação de órgãos reguladores de seguros, que autorizavam as empresas de seguros de saúde não a prestar serviços (o que só ocorreria posteriormente), mas a indicar rede credenciada. No entanto a

saúde era vista como um negócio, um seguro como qualquer outro, sem qualquer preocupação com a importância do serviço prestado.

Foi também com a criação da OMS, como no setor público, que alguma regulação adveio como o Conselho Federal de Medicina, que determinou a inclusão de todas as doenças da lista desse órgão internacional. Ocorre que isso não foi cumprido, e o desrespeito por parte das empresas de planos continuou, diminuindo um pouco com a chegada do CDC e, depois, ainda, com a Lei Orgânica da Saúde, Lei dos Planos de Saúde e Lei criadora da ANS. No entanto, até hoje, encontram-se abusos.

De fato, o Estado tem o dever de regular a atividade econômica por força do artigo 174 da Constituição de 1988, e, no Brasil, as agências reguladoras vieram em um contexto de privatizações. Mas a ANS é diferente. A saúde continua a ser prestada pelo Poder Público. Ela surgiu para regular a saúde privada prestada pelos planos de saúde (empresas privadas), evitando abusos, uma vez que o serviço de saúde é de interesse público e voltado a direitos fundamentais (e, por consequência, à dignidade).

Nesse contexto, também a saúde suplementar deve seguir princípios orientadores de sua responsabilidade. Eles podem ser divididos em três grandes grupos: princípios da atividade econômica (livre concorrência e livre iniciativa, dignidade, justiça social, respeito aos direitos do consumidor, função social da propriedade); princípios da atividade prestada pelos planos (defesa do mercado, defesa do consumidor e efetiva tutela da saúde); e princípios do Direito do Consumidor (respeito à dignidade do consumidor, à sua saúde e segurança e à proteção de seus interesses econômicos, melhora da qualidade de vida, transparência nas relações, direito à informação, proteção contra métodos comerciais desleais e práticas abusivas, modificação de cláusulas contratuais que tragam prestações desproporcionais e nulidade das cláusulas abusivas).

Após o exposto, e pautando-se tanto a saúde pública como a saúde privada na fundamentalidade e essencialidade do serviço prestado, questionou-se a relação entre essas duas esferas. Constatou-se que o conceito de subsidiariedade tem a ver com a divisão de responsabilidades entre outras esferas de poder dentro do Estado, sendo exemplificadas com a passagem de serviços públicos para os setores privados.

Dessa forma, a subsidiariedade estaria relacionada com a promoção de dignidade e com o princípio da solidariedade. Em matéria de direito social à saúde, se torna preocupante que uma pessoa que possua condições de pagar por sua prestação de saúde utilize o serviço público sem qualquer ônus, exceto em casos de urgência. Então, falar em subsidiariedade para as pessoas que podem pagar um plano é também falar em subsidiariedade para os próprios planos, pois eles recebem dos segurados para prestar a saúde e quem a presta, muitas vezes e em procedimentos custosos, é o Estado.

Assim, e no intuito da subsidiariedade e da solidariedade, os planos devem efetivar os serviços contratados pelos consumidores. Aqueles, apesar de desenvolverem atividades econômicas, prestam serviço de importância pública, que pode levar ou não à igualdade substancial (dependendo, se prestarem ou não os serviços contratados e se contratarem conforme determina a lei de planos de saúde, incluindo, ao menos, o mínimo de coberturas), ao prestarem seus serviços àqueles que podem pagar. Nesse prisma, o ressarcimento se legitima: há subsidiariedade na prestação do mínimo existencial voltado à dignidade dos planos para com os consumidores. Até mesmo porque os direitos humanos, especialmente a aqui tratada igualdade, se mostram como vias de condução da atuação estatal e privada.

Afora todas as alegações afirmadas, deve-se levar em conta a determinação de prestação de um mínimo de procedimentos pelos planos por parte do artigo 10 da Lei 9.656/98 e a determinação de divisão de responsabilidades no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 8.080/90. O primeiro determina um mínimo de procedimentos a serem prestados pelos planos, denotando a subsidiariedade, e o segundo afirma não ser dever apenas do Estado prestar a saúde, mas também das pessoas, famílias, sociedade e empresas.

Ao mesmo tempo, defende-se o fato de que os planos de saúde trabalham ao lado do Estado na promoção da saúde, porque o serviço prestado por eles não é apenas um serviço como outro qualquer, mas um serviço de promoção de direito humano, fundamental e social, ligado à vida e à dignidade humana. Quando assinam um contrato de prestação de serviços com o particular, os planos se sub-rogam na posição do Estado a prestar a saúde conforme acordado, quando o beneficiário precisar. Assim como o Estado é, segundo concepção na linha de visão de Jean-Jacques Rousseau, proveito de um contrato entre as pessoas, e deve enviar esforços no intuito de normatizar a vida em sociedade, quando os planos assinam o contrato com seus

segurados, se sub-rogam na posição do Estado a prestar a saúde. Quando essa prestação não é feita por eles, mas sim pelo Estado, há um descumprimento contratual.

Por óbvio que, na analogia realizada, de um lado, está uma relação obrigacional de direito civil e, de outro, uma relação pública. No entanto, quando o plano assina um contrato, para abarcar aqueles determinados tipos de doenças e procedimentos, está se sub-rogando no lugar do Estado de prestar a saúde em relação ao que contratou, até em função do caráter de interesse público do negócio e, com isso, age em prol da igualdade e da dignidade, num Brasil de desigualdades sociais e comprovada escassez de recursos, especialmente para os direitos sociais prestacionais.

E sendo assim, quanto ao cumprimento do direito à saúde no Brasil, a sua efetividade (pelo setor público e privado) leva à igualdade, promoção da dignidade e justiça social, mas o poderio econômico dos planos de saúde, muitas vezes, voltado para o lucro e o capitalismo exacerbado, abala essa igualdade e consequente dignidade e justiça, uma vez que os planos de saúde não cumprem com o seu papel: prestar a saúde. Está aí a legitimação da determinação do ressarcimento.

Ele se torna peça-chave para o real cumprimento do direito humano, fundamental e social da saúde, bem como para a promoção da igualdade desse direito humano, vista nos moldes do Estado Democrático e conforme o pensamento de Ronald Dworkin.

Todas as constatações acima identificadas são, ao mesmo tempo, fundamentos e fins para a defesa do ressarcimento. É importante dizer que ele se legitima em função do próprio Estado Democrático de Direito, em função da própria igualdade como divisão de responsabilidades e em função da própria saúde como direito humano, fundamental e como responsabilidade pública e privada.

Ademais, o processo de constitucionalização do direito privado levado a cabo há alguns anos, remontando à criação de doutrinas que determinam maior fundamento constitucional às relações de direito civil, proporciona entender o ressarcimento de forma ainda mais plausível diante de três teorias: aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, aliada à solidariedade social; função social da empresa e do contrato; e boa-fé objetiva.

A primeira teoria teve sua origem na Alemanha e quer dizer que também os particulares são responsáveis pela concretização ou pelo respeito aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares. Apesar de todas as subteorias existentes, a da aplicação imediata é a vigente na doutrina e jurisprudência brasileiras, determinando a desnecessidade de norma para a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares e levando à promoção da igualdade, mesmo no caso de direitos sociais como a saúde.

A teoria está intimamente relacionada com a solidariedade social, uma vez que, dado o movimento constitucionalista, também é papel da sociedade promover os direitos fundamentais. Assim, utilizar o ressarcimento como sendo parte de uma solidariedade social ou parte da teoria da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares nada mais é do que concretizar um dos objetivos da República brasileira.

A função social da empresa e do contrato também vem com a constitucionalização do direito privado, determinando um sentimento de solidariedade para as empresas e para o cumprimento dos contratos, já que o limite dos interesses está nos interesses da sociedade, levando à dignidade, igualdade, justiça e uma maior eticização das relações. Isso determina que, hodiernamente, o contrato e a empresa não sejam mais apenas meios de circulação de riqueza, mas também de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse prisma, também pode ser observado que os clientes de planos de saúde são consumidores e, portanto, os mais fracos na relação com as multinacionais de planos de saúde, merecendo a aplicação da função social como forma de minimizar sua inferioridade. A função social seria, simplesmente, o cumprimento do contrato. Uma vez que as empresas não os cumprem, o ressarcimento estaria atendendo à função social da empresa de planos de saúde e ao contrato por ela firmado, já que determina exatamente a restituição do valor ao Estado de procedimento coberto pelo contrato, que deveria ter sido executado pelo plano. É o cumprimento do contrato por parte da operadora, que tem, inclusive, um cunho de solidariedade social, ao levar maior igualdade aos cidadãos.

A terceira teoria, da boa-fé objetiva, determina que as empresas ajam com lealdade e confiança, ou seja, cumpram a sua parte no contrato, de forma a satisfazer o interesse da outra parte, conforme ela esperava que fosse cumprido, em função de toda a gama de normas postas

no contrato. Essa atitude leva especialmente aos consumidores a dignidade e argumenta em prol da solidariedade contratual.

De fato, a boa-fé subjetiva não tinha uma função constitucional. No entanto, dado o movimento de constitucionalização do direito privado, e como forma de maior solidariedade e cooperação, adveio a boa-fé objetiva. Esta, assim, remonta a uma justiça contratual, voltada para a igualdade e para a dignidade. No caso dos planos de saúde, agir com boa-fé objetiva significaria cumprir com os contratos de planos de saúde, mas essa realidade não é constatada. O ressarcimento seria a retomada desse equilíbrio, dessa solidariedade e dessa justiça em prol da igualdade e dignidade dentro do ordenamento brasileiro, ou seja, o ressarcimento seria o agir com boa-fé objetiva por parte dos planos.

Como último argumento levantado no capítulo 4, verificou-se que, afora todas as alegações, a determinação do ressarcimento é, ainda, proporcional, respeitando o princípio constitucional da proporcionalidade. De fato, o ressarcimento é adequado ao fim para o qual foi criado; é um meio necessário, pois, devido à escassez de recursos, divisão de responsabilidades para a saúde e a igualdade e ainda falta de cumprimento da prestação da saúde pelos planos, ele promove igualdade na prestação da saúde; bem como atinge o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo um “caminho do meio”.

Está ele determinado para a proteção de um direito fundamental, em prol da justiça material, dentro de um Estado Democrático de Direito, bem como respeita os limites do contrato assinado entre planos e clientes, proporcionando, ainda, a ampla defesa e contraditório por meio da impugnação permitida.

Assim, o ressarcimento é essencial ao Estado Brasileiro, além de se enquadrar nas teorias constitucionais vigentes e ser também proporcional. Ocorre que não vem sendo cumprido pelos planos de saúde. Desta feita, como mecanismos para que o ressarcimento seja efetivado, pode-se sugerir o trabalho, além da ANS, também do Ministério Público, juntamente com a Procuradoria da União, na tentativa de se receber esses valores, é claro, com fundamentações diversas. Uma vez que o ressarcimento trabalha em prol da igualdade no Estado brasileiro, ou seja, para uma melhor prestação da saúde pública aos mais carentes, beneficiando a sociedade, é crucial que o Ministério Público seja o defensor dessa prática.

Entende-se que o ressarcimento pode soar um tanto quanto estranho, uma vez que as empresas do ramo de saúde estão acostumadas com o liberalismo vigente há tempos e a busca desenfreada pelo lucro, mas a realidade precisa mudar. Essa situação é semelhante ao que ocorreu com a proteção ambiental. O exemplo de regulamentações determinando o respeito de empresas pelo meio ambiente também não foi bem recebido, mas acabou gerando companhias respeitadoras do meio ambiente, estando esse comportamento já enraizado na cultura global. As corporações são mais bem vistas no mercado quando cumprem as leis ambientais, angariando mais clientes e obtendo mais lucros. É questão de cidadania, de solidariedade social, que não se dissocia do sucesso empresarial conseguido com o acréscimo de lucros.

Nesse contexto, adianta-se que não se quer, com o presente trabalho, dizer que a empresa deve se desfazer de todo o lucro. Muito pelo contrário. Precisa o Estado brasileiro da saúde privada como um dos pilares de sustentação da saúde no Brasil. O que se sustenta é que, sendo direito humano e fundamental, a saúde é de grande importância e deve ser efetivada da melhor forma possível. E sendo, também, a igualdade um direito humano e fundamental e detendo a interpretação de que todos de uma sociedade devem buscá-la, imperativa é a corrida pela igualdade na saúde. O ressarcimento serve a isso e, por isso e pelas teorias que o sustentam no atual estágio do Estado de Direito, merece melhor observação e cumprimento por parte dos planos de saúde.

Em resumo, e respondendo à pergunta-chave da dissertação, a alegação de que é apenas dever do Estado prestar a saúde, para se eximir do ressarcimento, fere a igualdade na saúde dentro do Estado Democrático brasileiro.

Em primeiro lugar, há subsidiariedade ou sub-rogação do dever de prestar a saúde dos planos em relação ao Estado, é claro que nos limites do que estipulam os contratos firmados, sendo a saúde direito humano e fundamental, voltada à dignidade e justiça social, bem como igualdade. Assim, não é apenas dever do Estado prestar a saúde.

Em segundo lugar, a igualdade foi constatada como direito humano e fundamental e como princípio a resguardar os direitos humanos e fundamentais e foi interpretada como uma divisão de responsabilidades na sociedade brasileira: Estado e sociedade.

No entanto, constatada a subsidiariedade entre Estado e planos na prestação da saúde, verifica-se que os planos não cumprem o seu papel. Eles não estão honrando os contratos, fazendo com que os segurados procurem o SUS, até em procedimentos mais custosos, aumentando a escassez de recursos na saúde e levando à desigualdade de prestação desse direito. Os cidadãos carentes acabam tendo que receber a saúde com recursos escassos do Estado, e os cidadãos que têm condições acabam podendo se valer da saúde pública ou privada.

Assim, o ressarcimento seria legitimado como uma forma de restabelecimento da igualdade na prestação da saúde, no âmbito da subsidiariedade da saúde pelos planos em relação ao Estado e no âmbito da promoção de igualdade, que demanda responsabilidade também dos entes privados. Chegaria-se, assim, à dignidade e à justiça social.

Soma-se a isso o fato de que o ressarcimento pode ser corroborado pelo próprio Estado Democrático de Direito, por sua característica de buscar a dignidade e a justiça social, pela igualdade e pela saúde como direitos humanos e fundamentais e também voltados à dignidade, bem como pela constitucionalização do direito privado. Essa traz a lume as teorias da aplicação dos direitos fundamentais na relação entre os particulares, aliada à solidariedade social, da função social da empresa e do contrato e da boa-fé objetiva, todas as três demandando o cumprimento do contrato pelas empresas de planos de saúde, a fim de levar à igualdade de prestação da saúde no Brasil, diante da escassez de recursos públicos.

Por fim, respondida a questão orientadora da pesquisa, vale aqui dizer que o presente trabalho é uma tentativa de visualizar a questão do ressarcimento em prol da igualdade na saúde dentro do Estado Democrático de Direito, em uma visão constitucional. Não há pretensão de abarcar todas as discussões sobre o tema.

É claro que o tema “ressarcimento” também denota uma visão voltada para o Direito Tributário, como a discussão existente se consiste ou não em um novo tributo criado arbitrariamente pelo Estado, bem como outras tantas questões como a discussão sobre políticas públicas e Teoria do Estado. No entanto essas, por uma questão de corte metodológico, ficarão para trabalhos futuros. Foi proposto responder apenas a questões sobre o ressarcimento no âmbito da igualdade na saúde e em relação ao contra-argumento de ser a saúde “dever do Estado”. Não se pretende abarcar todas as questões.

Ademais, o assunto aqui proposto, já com seus cortes, se apresenta demasiadamente de difícil solução em vista da grande carga de teorias e direitos que o envolve: igualdade, justiça, dignidade, vida, saúde, livre iniciativa, ressarcimento, constitucionalização, dentre outros. No entanto, caso se tenha chamado a atenção para o assunto do ressarcimento em face dos ditames constitucionais, provocado discussões e debates, já restarão atingidos os objetivos propostos, pela contribuição científico-jurídica e também prática ofertada por meio do trabalho.

## **REFERÊNCIAS**

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. 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.

ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Regulamentação principal**: lei 9656, de 03 de junho de 1998. 1998. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao\\_integra.asp?id\\_original=455&id=455](http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_integra.asp?id_original=455&id=455)>. Acesso em: 20 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Regulamentação principal**: lei 9961, de 28 de janeiro de 2000. 2000. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao\\_integra.asp?id\\_original=8](http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_integra.asp?id_original=8)>. Acesso em: 20 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Resoluções normativas**: resolução normativa – RN n° 185, de 30 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao\\_integra.asp?id=1753&id\\_original=0](http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_integra.asp?id=1753&id_original=0)>. Acesso em: 20 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Resoluções normativas**: instrução normativa - IN n° 37, de 9 de junho de 2009, da diretoria de desenvolvimento setorial. 2009. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao\\_integra.asp?id=1844&id\\_original=0](http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_integra.asp?id=1844&id_original=0)>. Acesso em: 20 out. 2009.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAHIA, Ligia. **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](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 09 nov. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza; SANDRI, Silvia Taisa Rodrigues. O direito do cidadão à saúde. **Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**, v.6, n.1, p.133-164, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article/view/197/100>>. Acesso em: 20 out. 2009.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2.ed. São Paulo; Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 30 jun. 2004. Disponível em: <[www.revistadoutrina.trf4.jus.br](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br)>. Acesso em: 20 nov.2009.

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

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p.209-223, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum Saraiva**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Vade Mecum Saraiva**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Vade Mecum Saraiva**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei 8.080/90**. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/18080.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2010.

BRASIL. **Lei 9656/1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2010.

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**: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Vol.II. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1931**. Confederação Nacional de Saúde x Congresso Nacional e Presidente da República. Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, Tribunal Pleno, 2004. Julgado em 21-08-2003, DJ 28-05-2004, PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(1931.NUME.%20OU%201931.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(1931.NUME.%20OU%201931.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 22 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Recurso Extraordinário nº 201819/RJ**. União Brasileira de Compositores – UBC x Arthur Rodrigues Villarinho. Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, 2ª Turma, 2006. Julgado em 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=baseAcor daos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20201819.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20201819.ACMS.)&base=baseAcor daos)>. Acesso em: 14 nov. 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Agravo Regimental no recurso Especial 670.807/RJ**. São Camilo Assistência Médica S/A x ABS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Brasília, 2005. Julgado em 08-03-2005, DJ 04-04-2005, p. 211. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PLANOS+DE+SA%DADE+E+RE SSARCIMENTO&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=28>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1013538/RJ**. H.B Saúde S/A x ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Brasília, 2009. Julgado em 18-12-2008, DJ e 18-02-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PLANOS+DE+SA%DADE+E+RE SSARCIMENTO&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 10. nov. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Súmula 51**. 2009. Disponível em: <[http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia\\_pesquisa\\_trf2\\_conteudo/sumulas.aspx](http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia_pesquisa_trf2_conteudo/sumulas.aspx)>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº 2002.51.01.002613-2**. Saúde NSL LTDA x ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rel. Desembargador Benedito Gonçalves, Rio de Janeiro/RJ, 6ª Turma, 2005. Julgado em 20-04-2005, DJ 11-05-2005, PP 89. Disponível em: <[http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base\\_jur:v\\_juris](http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris)>. Acesso em: 20 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº 200151010148920**. Save Assistência Médico – Hospitalar S/C LTDA x ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rel. Desembargador Antonio Cruz Netto, Rio de Janeiro/RJ, 2ª Turma, 2004. Julgado em 09-06-2004, DJ 05-07-2004, PP 140. Disponível em: <[http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base\\_jur:v\\_juris](http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris)>. Acesso em: 20 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº 200451010236822**. Operadora de planos privados de assistência à saúde - CONSAUDE S/C LTDA x ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rel. Desembargador Leopoldo Muylaert, Rio de Janeiro/RJ, 6ª Turma, 2009a. Julgado em 09-03-2009, DJ 23-03-2009, PP 55. Disponível

em:<[http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base\\_jur:v\\_juris](http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris)>. Acesso em: 20 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº 200251010010290**. Centro Beneficente dos Motoristas de Sao Paulo x Agencia Nacional de Saude Suplementar – ANS. Rel. Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Rio de Janeiro/RJ, 8ª Turma Especializada, 2005. Julgado em 10-05-2005, DJ 17-05-2005. Disponível em:<[http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base\\_jur:v\\_juris](http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris)>. Acesso em: 05 dez. 2009.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamentos e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, José Sérgio Fonseca de. Direitos humanos, formação escolar e esfera pública. In: BITTAR, Educardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos**. São Paulo: Quartier, 2008.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. **Direito sanitário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v.3, p.473-486, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos**

**fundamentais:** estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/Recife: Renovar, 2006.

CHAGAS, Fernando Cerqueira. A relação entre princípio da proporcionalidade (razoabilidade) e a interpretação conforme à constituição no estado democrático de direito. In: ANDRADE, André (Org.). **A constitucionalização do direito:** a constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHEQUER, Cláudio. **O ministério público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIMIARI, Fabiana. **Estadão de hoje:** ANS cria sistema eletrônico para planos devolverem dinheiro ao SUS. 2009. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090606/not\\_imp383192,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090606/not_imp383192,0.php)>. Acesso em: 25 nov. 2009.

CNS - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – com pedido de liminar.** Brasília, 1998. (Enviada por *e-mail* pelo setor jurídico da Confederação). Acesso em: 26 out. 2009.

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

CONASS - CONSELHO NACIONAL DOS SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **A agência nacional de saúde suplementar – ANS e a regulação do setor de saúde suplementar.** 2005. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/admin/arquivos/NT%2017-05.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Regulamentação dos planos de saúde:** comissão especial destinada a apreciar o projeto de lei nº 4.425, de 1994 sobre os planos de saúde, voto em separado dos deputados Arlindo Chinaglia, Eduardo Jorge, Humberto Costa, Jaques Wagner, Sandra Starling, Agnelo Queiroz, Jandira Feghali e Fernando Ribas Carli. Disponível em: <[http://www.datasus.gov.br/cns/temas/planosaude/VOTO\\_OPOSI%C3%87AO.htm](http://www.datasus.gov.br/cns/temas/planosaude/VOTO_OPOSI%C3%87AO.htm)>. Acesso em: 22 nov.2009.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza**, n. 10, v. 10, p. 98-105, fev. 2005.

COURA, Alexandre de Castro. **Interpretação e aplicação dos direitos fundamentais:** uma disputa de paradigmas. Reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da

efetividade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. 200?.33f. Artigo. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 200?.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Elementos de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRMPR - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. **Planos devem R\$ 384 mi ao SUS**. 2007. Disponível em:< [http://www.crmpr.org.br/ver\\_noticias.php?id=1436](http://www.crmpr.org.br/ver_noticias.php?id=1436)>. Acesso em: 22 nov. 2009.

CUNHA, Eduardo Munhoz da. A cobrança de valores a título de ressarcimento de serviços de atendimento à saúde prestados pelo SUS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.65, p. 22-32, fev.2001.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, crise e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. 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. 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.

\_\_\_\_\_. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DANTAS, Miguel Calmon. O tempo da expansão do possível: solidariedade dirigente sobre a reserva orçamentária. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

DE CONTO, Mário. **O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DICIONÁRIO INFORMAL, verbete igualdade. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/definicao.php?palavra=igualdade&id=176>>. Acesso em: 20 out. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FARO, Frederico Kastrup de. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.38, p.3-39, abr./jun., 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Contribuições sociais na Constituição Federal. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coords.). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Juliana. Falhas da ANS no ressarcimento ao SUS. **Revista Eletrônica Última Instância**. 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas\\_ver.php?idConteudo=63208](http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63208)>. Acesso em: 20 nov. 2009.

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

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP Editora, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria geral do estado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion: de la antigüedad a nuestros dias**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

FONSECA, Artur Lourenço. **Portabilidade em planos de saúde no Brasil**. 2004. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz. 2004. Disponível em:<[http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS-Portabilidade%20--Formas%20de%20Implementacao\\_ARTUR\\_LOURENCO\\_DA\\_FONSECApdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/DIS-Portabilidade%20--Formas%20de%20Implementacao_ARTUR_LOURENCO_DA_FONSECApdf)> Acesso em: 23 nov. 2009.

FREIRE, Henrique. **Ressarcimento ao SUS: um ônus para o cidadão?**. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2009-set-28/ressarcimento-sus-onus-cidadao>>. Acesso em: 20 set. 2009.

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.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

GARCIA, Maria Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direito fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (Biblioteca de direito do consumidor, v.31).

\_\_\_\_\_. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima et al (Coords). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor, v.36).

\_\_\_\_\_. 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.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direitos humanos e o direito a ser humano. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos**. São Paulo: Quartier, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; \_\_\_\_\_ (Orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. O princípio constitucional da função social da empresa – modernidade que se consolida pela governança corporativa. In: MACIEL, Adhemar ferreira et al (Coords.). **Estudos de direito constitucional**: homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERMANS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMAMES, Elia Denise. Repensando questões decorrentes do direito empresarial sob a ótica dos direitos fundamentais. **Revista de Direito da Unisc**, Santa Cruz do Sul, n.26, p.91-109, jul./dez. 2006.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. **Movimentos sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

JARDIM, Elisa Bonesi. Direitos humanos, metaindividuais e globalização: da via de mão única à via de mão dupla. In: IV ENCONTRO ANUAL DA ANDHEP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2008, Vitória/ES. Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/downloads/trabalhosIVencontro/ElisaRomagnaPainel.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

\_\_\_\_\_; ESTEVES, Carolina Bonadiman. 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. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n.3, p.145-169, jul./dez., 2008.

\_\_\_\_\_. O humanismo da teoria freireana para a educação e sua aplicação na cultura dos direitos humanos no Brasil. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2009, São Paulo/SP. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/trabalhos\\_aprovados\\_2009.htm](http://www.conpedi.org/trabalhos_aprovados_2009.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2010.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, n.8, p.91-109, out./dez.2007.

\_\_\_\_\_. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In: REIS, Jorge Renato dos; \_\_\_\_\_ (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamentos e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo, a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermans**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Marília Bernardes. Breve crônica sobre o sistema único de saúde 20 anos depois de sua implantação. **Revista Saúde em Debate do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES**, Rio de Janeiro, v.33, n.81, p.56-63, jan./abr.2009.

MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deterioração dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. São Paulo: Millennium, 2009.

MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Adriana Zawada. Desafios da implementação do direito fundamental à saúde no Brasil. **Revista mestrado em direito – UNIFIEO**, Osasco, ano 4, n.4, p.55-82, 2001.

MIRANDA, Jorge. O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Adhemar Ferreira et al (Coords.). **Estudos de direito constitucional: homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do estado no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 17, p. 120-124, abr./jun. 2002. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero17/prodacad1.pdf> >. Acesso em: 04 jan. 2010

MONTONE, Januario. **Planos de saúde: passado e futuro. 10 anos da lei geral dos planos de saúde**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA, Maurício. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coords.). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Rogério José bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NICZ, Alvacir Alfredo. O princípio da igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **20 anos da constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários à lei de planos privados de assistência à saúde: lei n.9.656, de 3-6-1998**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade contemporânea. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, ano 52, n. 327, p.9-12, jan. 2004.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SOPHIA, Daniela Carvalho. Uma crítica à privatização do sistema de saúde brasileiro: pela constituição de um modelo de proteção social público de atenção à saúde. **Revista Saúde em Debate do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES**, Rio de Janeiro, v.33, n.81, p.72-79, jan./abr.2009.

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

\_\_\_\_\_. Lei de planos de saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.I.], ano17, n.67, p.50-61, jul./set.2008.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.I.], n.23-24, p. 41-78, jul./dez., 1997.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <[www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2008.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.** Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 14 nov. 2008.

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

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.I], n.23-24, p. 199-224, jul./dez., 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

RABENHORST, Eduardo. O que a filosofia tem a dizer sobre a educação em direitos humanos. In:BITTAR, Educardo C. B. (Coord.). **Educação e metodologia para os direitos humanos.** São Paulo: Quartier, 2008.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement.** Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

RIBEIRO, Gustavo Moulim. A cidadania jurídica e a concretização da justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. In:TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Função social do contrato e da empresa, uma perspectiva constitucional. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **20 anos da constituição cidadã.** São Paulo: Método, 2008.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

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

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios de direito público. Tradução de Antônio de P. Machado. 18.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

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.

\_\_\_\_\_ ; GROU, Karina Bozola; \_\_\_\_\_. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Cláudia Lima et al (Coords). **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor, v.36)

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. São Paulo: Manole, 2004. (Cadernos de direito privado; v.1/ Escola Paulista da Magistratura).

SANTO Agostinho: vida e obra. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

SANTO Tomás de Aquino: vida e obra. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociedade-providência ou autoritarismo social? **Revista crítica de ciências sociais**, [S.I], n. 42, p. I-VII, maio/1995.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. **Revista de direito privado**, [S.I.], ano10, n.38, p.205-263, abr./jun.2009.

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_ (Org). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **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 (Orgs.). **Direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. ; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: \_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamentos e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_ ; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de direito do consumidor**, [S.I], ano17, n.67, p.125-172, jul./set., 2008a.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: \_\_\_\_\_ ; Galdino, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_ . Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_ . **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_ . Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_ . **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 45, n.177, p. 257-264, jan./mar. 2008

SCHWARTZ, Germano André D. O ministério público e o direito à saúde. **Revista do direito**, Santa Cruz do Sul, n.15, p.131-139, jan./jun. 2001.

SCHWERDTNER, Luciano. A ordem econômica como instrumento de tutela dos direitos de personalidade: a busca pela existência digna. **Revista de Ciências Jurídicas**, Paraná, v.1, n.1, p.109-116, 2003.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Júlio César Ballerini. Aspectos da tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio – ponderações sobre relações de direito público e de direito privado. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n.44, p.161-180, jul./ago.2007.

SILVA, Marcos Alex Mendes da. A incongruência do direito à saúde no Brasil: da teoria socialista à prática capitalista. **Revista de ciências jurídicas e sociais da UNIPAR**, Umuarama, v.11, n.1, p.209-222, jan./jun.2008.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SILVA, Silvio Fernandes da. Sistema único de saúde 20 anos: avanços e dilemas de um processo em construção. **Revista Saúde em Debate do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES**, Rio de Janeiro, v.33, n.81, p.38-46, jan./abr.2009.

SMITH, Paul. **Filosofia moral e política: liberdade, direitos, igualdade e justiça social**. Tradução de Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009.

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.

SOUZA, Milton Cardoso Ferreira de. A ordem econômica na constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, [S.I], ano 2, n. 6, p. 111-123, jan.-mar. 1994.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito à saúde e as obrigações do estado em matéria de saúde. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XVII, n.505, p.08-14, dez.2005.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TABOSA, Agerson. **Teoria geral do estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária/UFC, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamentos e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOUCHARD, Jean. **História das ideias políticas**. Portugal: Publicações Europa-América, 1959.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de atividades: 1º Trimestre/2009**. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes\\_institucionais/relatorios/relatorios\\_atividades/2009\\_Relat%C3%B3rio\\_1%C2%BA\\_Trimestre.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes_institucionais/relatorios/relatorios_atividades/2009_Relat%C3%B3rio_1%C2%BA_Trimestre.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2009.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

XEXÉO, Leonardo Monteiro. A desagregação no mercado de saúde suplementar. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, n. 14, p. 47-67, abr.-jun. 2007.

WALZER, Michael. **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality**. New York: Basic Book, 1983.

