



UNILASALLE
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE



MARCELO MADUELL GUIMARÃES

SAÚDE, ESTADO E MERCADO:

A juridicização da saúde suplementar e a fragmentação do direito

Canoas

2015

Marcelo Maduell Guimarães

SAÚDE, ESTADO E MERCADO:

A juridicização da saúde suplementar e a fragmentação do direito

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE
Área de concentração: Direito e Sociedade

Orientador: Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz

Co-orientador: Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan

Canoas

2015

Marcelo Maduell Guimarães

SAÚDE, ESTADO E MERCADO:

A juridicização da saúde suplementar e a fragmentação do direito

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e
Sociedade do Centro Universitário La Salle -
UNILASALLE

Aprovado em ___ de dezembro de 2015

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Sandra Martini – Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Prof. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz – Centro Universitário La Salle - UNILASALLE

Prof. Dr. Germano Doederlein Schwartz – Centro Universitário La Salle - UNILASALLE

Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan – Centro Universitário La Salle - UNILASALLE

AGRADECIMENTOS

Evidente que foram todas as minhas circunstâncias de vida que me fizeram chegar até aqui. Nenhuma a mais, nenhuma a menos. Por isso, agradeço absolutamente todas e todos.

Por uma influência direta na realização deste trabalho é necessário agradecer nominalmente alguns.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul pela bolsa concedida e ao Centro Universitário La Salle de Canoas pelo excelente e diferenciado curso de Mestrado Acadêmico em Direito.

Colegas, professores e pessoal da Unilasalle, obrigado pelo companheirismo e pelas ricas amizades construídas. Seguiremos juntos.

Agradeço meus orientadores.

Ao Professor Doutor Germano Schwartz pelo apoio e pela nova paixão em mim despertada, a Sociologia do Direito.

Professor Doutor Marcos Catalan, exemplo de comprometimento com a docência e com a pesquisa científica, companheiro, meu amigo, tens minha profunda e eterna gratidão.

Mãe e pai, eis mais um passo proporcionado por vocês. Obrigado.

“Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho:
os homens se libertam em comunhão.”

(FREIRE, 1987)

RESUMO

Esta dissertação tem por hipótese a prejudicialidade do mercado de planos e seguros privados de assistência à saúde para a efetivação do sistema sanitário-constitucional brasileiro em sua plenitude. Como objetivo, buscou-se (a) aferir se a opção estatal de regulação do mercado observa a ideia de saúde que embasa o sistema constitucional e (b) identificar e analisar a postura adotada pelo Direito, especialmente na sua efetivação dada pelo Poder Judiciário (análise de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, oriundos da Comarca de Pelotas), diante do quadro regulatório. Metodologicamente, foi construída a partir de um viés pós-positivista do direito e da sociologia, projetada-se de forma crítica e complexa. Dividida em quatro capítulos, o primeiro, de caráter empírico, pretendeu ambientar o curso da investigação com a problematização dos planos e seguros privados de assistência à saúde a partir da sua realidade em números e quando enfrentada pelo Judiciário. O segundo capítulo destinou-se à demonstração do conceito de saúde como uma ideia sistêmica e a sua incorporação pela Ordem Constitucional Brasileira. Em confrontação às premissas construídas, no terceiro capítulo analisaram-se os planos privados de saúde a partir da construção do seu mercado e das ingerências do Estado. No quarto e último, a partir da premissa – tomada na pesquisa empírica do primeiro capítulo – de que o sistema jurídico percebe os planos privados de assistência à saúde a partir do Direito Privado, analisaram-se, de forma crítica, os fenômenos relativos à codificação e às restrições – ou não – desse Direito para a realização da saúde. Finalmente, comprovou-se a hipótese de ser o atual sistema de saúde suplementar brasileiro incoerente com o ordenamento constitucional.

Palavras-chave: saúde, mercado, saúde suplementar, juridicização.

ABSTRACT

This thesis has as hypothesis the impairment of market of private health insurance plans for effectuation of Brazilian sanitary-constitutional system in its plenitude. Firstly, it aimed at assessing if the state regulation option of market meets the idea of health, which is the basis of the constitutional system, and it also aimed at identifying the legal posture adopted, especially in the effectuation given by Judiciary Power (analysis of decisions of Court of Justice of Rio Grande do Sul, from the county court of Pelotas), before regulatory framework. Methodologically, it was carried out from legal and sociological post-positivism bias. It is projected critically and complexly. It is divided into four chapters, the first, empirically, it aimed at setting the ambiance of investigation course with the problematization of health insurance plan from its reality in numbers and when confronted with the Judiciary Power. The second chapter aimed at demonstrating the concept of health as a systemic idea and its incorporation by Brazilian Constitutional Order. In confrontation with the premises constructed. In the third chapter the private health insurance plans were analyzed from the construction of its market and state interferences. In the fourth chapter, from the premises – carried out in the empirical research chapter- in which the juridical system notices the private health insurance plans from the Private Law, the phenomena related to codification and restrictions- or not- were critically analyzed of that Law for the accomplishment of health. Finally, it was proved the hypothesis of the current Brazilian supplementary health system of being incoherent according to constitutional order.

Keywords: health, market, health insurance, jurisdiction.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Pirâmides etárias do Brasil e do RS – 2000-2030	17
Gráfico 2 – Projeção populacional do Brasil e do RS – 2000-2030	18
Gráfico 3 – IDHM do Brasil em 1990	19
Gráfico 4 – IDHM do Brasil em 2010	19
Gráfico 5 – Composição de classes do Brasil – 1992- 2014.....	20
Gráfico 6 – IDHM do RS.....	20
Gráfico 7 – Distribuição das regiões segundo perfis de prestadores do SUS - BR	21
Gráfico 8 – Distribuição das regiões segundo perfis de prestadores do SUS - RS.....	22
Gráfico 9 – Beneficiários de planos privados de assistência à saúde Brasil (2000-2015).....	28
Gráfico 10 – Evolução do registro de operadoras (Brasil - dez/1999-set/2015).....	29
Gráfico 11 – Beneficiários de planos de assistência médica por tipo de contratação (Brasil - 2000-2015).....	30
Gráfico 12 – Beneficiários de planos exclusivamente odontológicos por tipo de contratação (Brasil - 2000-2015).....	31
Gráfico 13 – Taxa de cobertura dos planos privados de assistência médica por municípios (Brasil - set/2015)	32
Gráfico 14 – Mapa de cobertura de planos privados de assistência médica por municípios (RS - 2014).....	33

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Médicos p/1.000 habitantes por ano segundo Unidade da Federação.....	23
Tabela 2 – Leitos p/1.000 habitantes por ano segundo Unidade da Federação	24
Tabela 3 – Proporção (%) da renda familiar utilizada com Saúde, por classes selecionadas de rendimento familiar, segundo regiões e tipos de despesa (Brasil 2002-2003).....	25
Tabela 4 – Percentual da população que refere ter consultado médico nos últimos 12 meses, por sexo e ano, segundo regiões (Brasil 1998, 2003 e 2008)	26

LISTA DE SIGLAS

ANC	Assembleia Nacional Constituinte
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CAP	Caixa de Aposentadoria e Pensão
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IAP	Instituto de Aposentadoria e Pensões
IAPM	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDHM	Índice de Desenvolvimento Humano Municipal
IPASE	Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RIPSA	Rede Interagencial de Informações para a Saúde
RS	Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. REALIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR: DADOS E A PERCEPÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	16
2.1 Números e inferências da saúde.....	16
2.2 Números e inferências da saúde suplementar	27
2.3 A saúde suplementar judicializada	35
3. SAÚDE: SUA SIGNIFICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	41
3.1 Direito Sanitário: uma necessária contribuição jurídico-sociológica da saúde para o Direito.....	41
3.2 Sistema sanitário-constitucional: o direito positivo nacional.....	53
3.3 Sistema sanitário-constitucional: o direito dogmático.....	65
4. SAÚDE SUPLEMENTAR: UMA ANÁLISE CRÍTICA	73
4.1 A história por um viés jurídico-sanitário	73
4.2 As Leis 9.656/98 e 9.961/00 por um viés crítico	86
5. DIREITO PRIVADO: DA UNIDADE À FRAGMENTAÇÃO.....	103
5.1 Código e sistema: uma miríade de sentidos.....	103
5.2 Codificação: da construção à perda de um determinado sentido sócio-político	108
5.3 Fragmentação: o reconhecimento de diferenciados significados.....	117
6. CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS.....	125
ANEXO A – METODOLOGIA DE ANÁLISE DE JULGADO	139
ANEXO B – ACÓRDÃOS OBTIDOS	141

1. INTRODUÇÃO

Google planos de saúde

Web Notícias Imagens Mapas Shopping Mais Ferramentas de pesquisa

Aproximadamente 17.100.000 resultados (0,37 segundos)

Bradescos Tabela de Preço - planobradescosaude.com.br
Anúncio www.planobradescosaude.com.br/ -
 Contrate aqui seu Plano de Saúde. Planos Ideais para PME e Empresas
 Simule seu Plano aqui Tipos de Planos
 Garanta já as Vantagens Bradescco Conheça Nossos Planos de Saúde
 Simule hoje seu plano de saúde O melhor para sua Empresa está aqui

Planos de Saúde Qualicorp
Anúncio www.economizecmaqualicorp.com.br/ -
 Planos de Saúde pelo Melhor Preço. Economize. Faça Agora a Simulação!
 Cotação Gratuita - As Melhores Operadoras - Planos com Coparticipação
 Saiba Mais da Qualicorp - Conheça as Operadoras - Já Sou Cliente

Planos de Saúde, seja BRA - planodesaude.eco.br
Anúncio bradescosaude.planodesaude.eco.br/ -
 veja preços do Bradescosaúde aqui! receba nossas tabelas por email.

Dicas de como escolher um Plano de Saúde - ANS ...
www.ans.gov.br/planos-de-saude...plano/dicas-para-escolher-um-plano -
 Após refletir sobre suas necessidades e selecionar o melhor plano de saúde para você e sua família, confira informações importantes antes contratar o plano.

Plano de saúde SulAmérica: um dos líderes do setor
portal.sulamericaseguros.com.br/.../BA6189BE4335158B0143351D387... -
 Planos de saúde SulAmérica, com portfólio amplo de produtos e foco em plano de saúde empresarial (em grupo) e pequenas e médias empresas (PME)

Plano de Saúde Unimed |Conheça os planos e cidades ...
planodesaude.net.br/unimed/planos -
 Confira a lista de cidades atendidas pelo Plano de Saúde Unimed!
 Conheça os planos e escolha o melhor para você e sua família!

Qualicorp - Para Você
www.qualicorp.com.br/sinfar -
 Planos de saúde coletivos por adesão viabilizados pela Qualicorp.
 SulAmérica, BB Saúde, Medial, Unimed e Omint, em condições especiais pela sua entidade ...

PLANOS DE SAUDE TODOS AQUI - COMPARE TODOS ...
www.planodesaude.todosaqui.com.br/ -
 COMPARATIVO DE PREÇOS COM MAIS DE 30 PLANOS DE SAUDE SP. CONVENIO MEDICO INDIVIDUAL, FAMILIAR E EMPRESARIAL. NÃO PERCA ...
 TABELA UNIMED PAULISTANA - Tabela do plano de saúde - Greenline - Biovida

Plano de Saúde => Cotação dos 5 melhores planos de saúde!
www.planodesaude.net/ -
 Cote o seu plano de saúde e receba uma ótima orientação. Os melhores planos de saúde com as principais operadoras para você fazer a escolha certa!

Planos de Saúde - Convênios Médicos - Preços, Rede ...
www.planodesaude.nacionais.com.br/ -
 Tabelas de preços de Convênios Médicos. Plano Saúde individual, familiar e empresarial. Preços, rede médica e carência. Informações e vendas.

Intermédica - Produtos e Serviço - Planos de Saúde
www.intermedica.com.br - Produtos e Serviços -
 A NotreDame Intermédica oferece planos de saúde que se encaixam com o perfil de cada ... Conheça os tipos de planos e as coberturas que oferecemos.

Preços de Planos de Saúde RJ - Valores de Planos de ...
www.planodesaude.rjmid.com.br/ -
 Use o simulador de preços dos Planos de Saúde no RJ e veja os valores dos planos de Saúde da Amil, Dix, Unimed, Golden Cross e outros.

Notícias em destaque

 **Unimed Paulistana lidera ranking de reclamações contra planos de saúde**
 Globo.com - 1 dia atrás
 A Unimed Paulistana subiu em setembro para a 1ª posição do ranking das operadoras de ...

G1 - Crise faz planos de saúde perderem 42 mil clientes em Campinas, diz ANS - notícias em Campinas e Região
 G1 - Globo.com - 8 horas atrás

[Mais notícias sobre planos de saúde](#)

Pesquisas relacionadas a planos de saúde

planos de saúde amil	planos de saúde bradesco
planos de saúde pessoa física	golden cross
planos de saúde unimed	unimed
bradesco saude	planos de saúde rj

Go ooooooogole >
 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Mais

Que são “planos de saúde”?

Três anúncios no topo. Oito anúncios laterais. “Dicas de como escolher um Plano” pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Mais sites com publicidades desses “planos”. Ao final? Uma notícia em destaque: “Unimed Paulistana¹ (com mais de 740 mil usuários) lidera ranking de reclamações contra planos de saúde”².

A manutenção de uma boa saúde é condição essencial para uma boa vida. Somando-se ao fato de que é passada à população, especialmente pelos meios de comunicação de massa³, uma realidade de que a saúde pública brasileira – o Sistema Único de Saúde (SUS) – é precária, aqueles que possuem alguma condição de contarem com assistência à saúde, seja por razoáveis possibilidades financeiras, seja por conta de um benefício decorrente da relação de emprego, não se submeterão ao sistema público e preferirão “consumir” esses “planos de saúde” oferecidos pela iniciativa privada.

A lógica do comportamento da população beneficiária desses “planos” é a redução dos riscos no tratamento desse bem fundamental que é a saúde. Risco de terem que contar com o Sistema Único de Saúde e, principalmente, o risco de arcarem com altíssimos custos dos serviços particulares como consultas, exames, internações, cirurgias. Assim, esse “produto” se transforma, para uma boa parcela das famílias brasileiras, em um bem essencial.

Inevitável que essa realidade sensivelmente presente na vida dos brasileiros fosse juridicizada. Instituiu-se um verdadeiro sistema regulatório, composto de leis, uma miríade de atos normativos e até uma agência reguladora autônoma, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Ainda que o mercado dos “planos de saúde” tenha passado a se desenvolver de acordo com sua regulação, intensificou-se a judicialização dessas relações.

Desses dois processos – a juridicização e a judicialização – em constante transformação, surgem diversas inquietações.

Há inúmeros processos judiciais em que pessoas buscam garantir a cobertura de

¹ A Unimed Paulistana é a quarta maior operadora do Sistema Unimed. Por determinação da ANS terá de transferir sua carteira de mais de 740.000 usuários compulsoriamente. Sobre o fato: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/09/ans-decreta-alienacao-da-carteira-de-clientes-da-unimed-paulistana.html>>. Sobre a transferência da carteira de usuários: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3003-nota-sobre-unimed-paulistana>>.

² Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/11/unimed-paulistana-lidera-ranking-de-reclamacoes-contr-planos-de-saude.html>>.

³ Sobre o tema dos meios de comunicação de massa e a forma de operação desse sistema, ver: “A realidade dos meios de comunicação” (LUHMANN, 2005).

procedimentos médicos negados pelas operadoras. Outros tantos em que se busca a correção de reajustes alegadamente abusivos das mensalidades cobradas. Logo, pode-se cogitar que o arcabouço regulatório desse mercado não se mostra eficiente.

Desde a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, esse mercado é denominado como de “assistência suplementar à saúde” ou de “saúde suplementar”, como a própria expressão contida na denominação da Agência. Porém, na medida que os “planos de saúde” estão obrigados por lei a prestarem uma amplíssima cobertura em procedimentos curativos, o que efetivamente está sendo suplementado?

Outra problematização diz respeito às relações contratuais entre beneficiários e operadoras, que são encaradas pelo Direito eminentemente a partir do seu viés Privado e Privado-Consumerista⁴. Conseqüentemente, a distinção entre o legal/ilegal – ou direito/não-direito – terá por base o contrato. Por outro lado, sabe-se, não só no âmbito da medicina, mas também no do Direito, especialmente por conta do Direito Constitucional e do Direito Sanitário, que a ideia de saúde é extremamente ampla e a sua realização não se resume a prestação de serviços médico-curativos. Mas, considerando que os serviços prestados pelas operadoras são, na prática, eminentemente curativos, não se pode exigir desse mercado prestações preventivas à saúde mesmo não estando previstas no instrumento de contrato? Ou, indo mais além, poderia o mercado – com sua visão mais restrita de saúde – conciliar com a ideia mais ampla?

A presente dissertação nasceu a partir dessas e de tantas outras inquietudes.

Inicialmente, deve-se justificar três questões terminológicas.

A expressão popular “planos de saúde” não é correta para designar contratos privados de prestação em caráter contínuo de serviços médicos, hospitalares, ambulatoriais e odontológicos – ou, simplesmente, contratos privados de assistência à saúde.

Os Planos de Saúde, previstos especialmente na Lei n. 8.080/1990, são planos de gestão pública que dão “a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) [...]” (BRASIL, 1990). É através deles que se efetiva a saúde no Brasil, desde os Municípios até a União.

Quando da regulação do mercado de assistência privada à saúde, com as Leis

⁴ Como se verá no decorrer da pesquisa, no caso dos planos privados coletivos de assistência à saúde, não há relação de consumo entre a operadora e o contratante, pois ambos são pessoas jurídicas. O que não importa afirmar que o Código de Defesa do Consumidor não incida na relação entre usuário e operadora, ainda que o plano tenha sido contratado por pessoa jurídica.

9.956/1998⁵ e 9.961/2000⁶, infelizmente⁷ foram utilizadas expressões muito semelhantes àquelas utilizadas no âmbito do SUS – “planos de assistência à saúde” ou “planos privados de assistência à saúde” – mas que nos significados em nada se confundem.

Outra expressão que se reconhece como equivocada é “saúde suplementar”. Esse tema será enfrentado em capítulo próprio, mas convém aqui antecipar que não há no Brasil um verdadeiro sistema suplementar de saúde, seja no exato sentido do termo, seja se comparado à realidade de outros países.

Contudo, como essa dissertação não se destina e nem aborda uma disciplina específica do Direito, para maior compreensão do enfrentamento da temática, assumiram-se as expressões acima referidas, em que pese tenha sido dada preferência, sempre que possível, àquelas previstas na lei⁸. Portanto, “saúde suplementar”, “planos de saúde” e suas variações se referem tanto ao mercado formado pelas operadoras (pessoas jurídicas de direito privado exploradoras dessa atividade) quanto aos serviços em si, adquiridos através de contrato particular firmado entre a operadora e a pessoa física, jurídica ou grupos de pessoas físicas destinatárias do serviço.

Por razões melhor aclaradas no decorrer da pesquisa, entre elas, especialmente, a crítica sobre a mercantilização da saúde, evitou-se a denominação “consumidores” aos usuários ou beneficiários dos planos privados de assistência à saúde.

Baseada em referenciais fundamentalmente pós-positivistas, esta dissertação foi orientada pela Sociologia do Direito utilizando-se de um viés preponderantemente sistêmico como ferramenta para identificar de modo analítico premissas para construção de um raciocínio lógico e crítico do direito tocante à saúde suplementar

Portanto, sem qualquer depreciação à pesquisa dogmático-jurídica, esse estudo teve um prisma diverso. Tomou a posição de observador externo e partiu da ideia de que o discurso jurídico brasileiro, em especial a civilística reproduzida pelo Poder Judiciário, numa aparente cientificidade, realiza um contingenciamento epidérmico da complexidade social. Por essa razão, além da técnica de pesquisa bibliográfica, foi utilizada técnica empírica de análise quantitativa e qualitativa de decisões judiciais.

Assim, a dissertação estrutura-se em quatro capítulos.

⁵ Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

⁶ Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.

⁷ Aqui, talvez, um dos primeiros equívocos da regulação. Análise mais densa sobre ela será realizada em capítulo específico.

⁸ Confronte artigo 1º, da Lei 9.656/98, são elas: Plano Privado de Assistência à Saúde e Operadora de Plano de Assistência à Saúde.

O primeiro destina-se a realizar inferências a partir de dados empíricos. Nesse sentido, a empiria não foi utilizada como instrumento de teste de um modelo aprioristicamente construído, mas sim como um instrumento exploratório do tema a ser problematizado, razão, aliás, porque está localizada no início da pesquisa.

Através desses dados, teve-se por objetivo mostrar algumas características da saúde pública e suplementar brasileiras e demonstrar, a partir da análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especificamente aqueles oriundos da Comarca de Pelotas⁹, características da judicialização dos contratos de planos de saúde, principalmente no que diz respeito à fundamentação utilizada para a solução dos litígios.

As inferências deduzidas dessa realidade deram estímulo a problematizações e justificaram o desenvolvimento dos capítulos subsequentes.

Nesse passo, com o segundo capítulo, procurou-se esboçar o conteúdo da complexa ideia de saúde dentro do Direito. Analisaram-se a importância do Direito Sanitário como “novo direito”, as imprescindíveis contribuições da sociologia e o sistema sanitário previsto na Constituição Federal para resgatar o *Dasein* sanitário-constitucional brasileiro.

O terceiro capítulo teve o objetivo de confrontar as inferências deduzidas no primeiro capítulo e a ideia de saúde construída no segundo - com a saúde da assistência privada suplementar, o desenvolvimento desse sistema e a sua íntima relação com o Estado.

Por fim, no quarto e último, aliou-se especialmente a problematização realizada no capítulo anterior e as problematizações decorrentes da análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, oriundos da Comarca de Pelotas, para verificar as limitações do direito privado em perceber a saúde no seu sentido mais amplo e perquirir acerca das condições de possibilidade para tal percepção. Para tanto, analisou-se um dos pilares da racionalidade do direito privado a partir de uma perspectiva histórico-política, ou seja, o código e na sociedade.

Em suma, o que se pretendeu nestas próximas linhas foi contribuir para a construção de uma sociedade mais solidária a começar, aqui, pela humanização do seu direito pela saúde.

⁹ As justificativas em relação aos recortes da pesquisa empírica estão dispostos em capítulo específico.

2 A REALIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR: DADOS E A PERCEPÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O presente capítulo tem por objetivo, a partir de dados empíricos da saúde pública e privada brasileira, ambientar o desenrolar da pesquisa com a construção de asserções sobre essa realidade sanitária que serão problematizadas nos capítulos subsequentes.

Assim, na primeira e na segunda parte são postos alguns dados sobre a realidade sanitária pública e suplementar, nacional e regional.

Na terceira parte, a partir de pesquisa empírica de análise dos julgados de segundo grau e de turmas recursais cíveis publicizados virtualmente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, oriundos da Comarca de Pelotas, busca-se diagnosticar os discursos utilizados pelo Poder Judiciário no enfrentamento das questões atinentes à saúde no âmbito dos planos privados regulados pelas ANS¹⁰.

2.1 Números e inferências da saúde

Estima-se que na data da defesa dessa dissertação, dia 04 de dezembro de 2015, o Brasil possua em torno de 205 milhões 173 mil e 700 habitantes e o Estado do Rio Grande do Sul 11 milhões 271 mil 990 habitantes.¹¹

Essa população ainda pode ser considerada jovem, mas já é possível constatar um movimento considerável de seu envelhecimento.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2000 a população brasileira de idosos (acima de 60 anos) equivalia a 8,15% da população total. Em 2030 espera-se uma população muito diferente. Estima-se que o número de idosos equivalha a 18,62% dos habitantes.

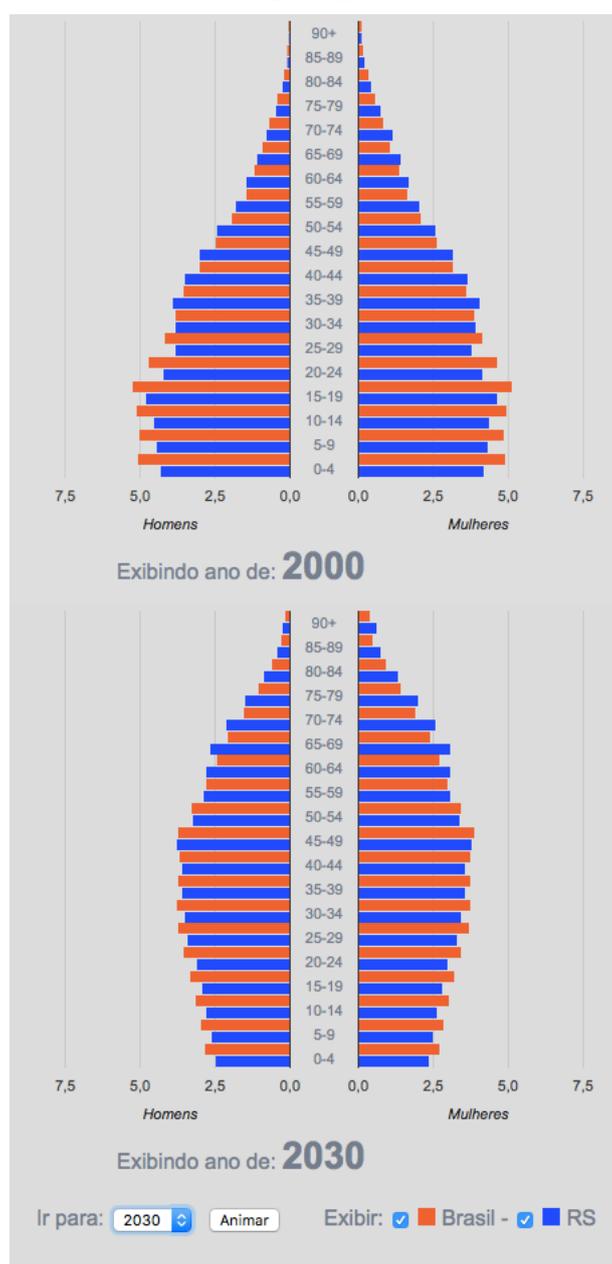
Evidente que tal fenômeno causa impactos. A população economicamente ativa sofrerá redução. Sérias consequências nos sistemas de previdência pública e privada podem ocorrer. No que tange à saúde, os gastos públicos tenderão a aumentar sob pena de haver incremento da taxa de mortalidade pela falta de prestações sanitárias, o que é impensável. Especificamente em relação ao tema dessa dissertação – a saúde privada na

¹⁰ Independentemente da conclusão dessa dissertação, a pesquisa empírica seguirá sendo aperfeiçoada em outros rumos, especialmente com análises quantitativas e ingressando na seara dogmático-contratual.

¹¹ A estimativa atualizada da população brasileira pode ser acessada em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>.

sua modalidade de prestação a partir de planos e seguros suplementares – tal fenômeno de envelhecimento, se mantido o atual quadro regulatório e do mercado, importará em séria elevação dos custos dos contratuais. Inevitavelmente, como sói ocorrer, isso será repassado aos contribuintes e consumidores que não estarão economicamente aptos a suportar ainda mais elevados preços. Situação essa sensibilíssima especialmente para a crescente velha população, qualificada na sociedade de consumo brasileira como hipervulnerável¹².

Gráfico 1 – Pirâmides etárias Brasil e RS –
2000-2030

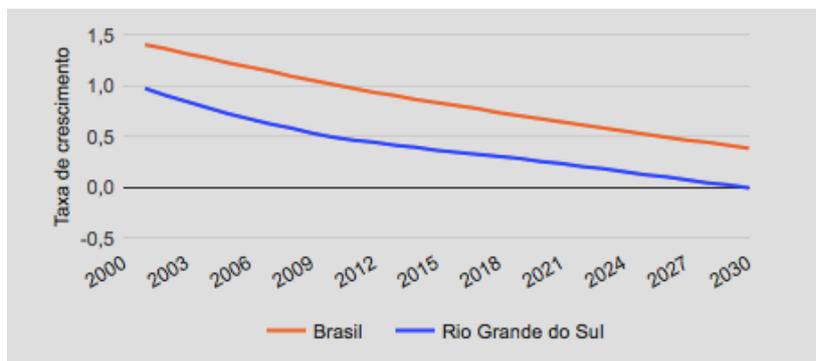


Fonte: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

¹² Sobre o tema do idoso hipervulnerável e sua proteção como consumidor, ver Schmitt, 2012..

Ainda mais preocupante é a projeção da taxa de (de)crescimento populacional. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a previsão para 2030 é de taxa negativa.

Gráfico 2 – Projeção populacional do Brasil e do RS – 2000-2030



Fonte: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Mas o Brasil, obviamente, não vem alterando apenas suas características etárias. Em 20 anos – de 1990 até 2010 – viu-se no país uma profunda e positiva alteração social e econômica da população.

O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM)¹³ saltou consideravelmente. Em 1990 poucos eram os municípios com IDHM superior a 0,499 (índice considerado baixo). Em 2010 poucos são os municípios nessa precária situação¹⁴.

As classes D e E diminuíram. Ascendeu a classe C¹⁵.

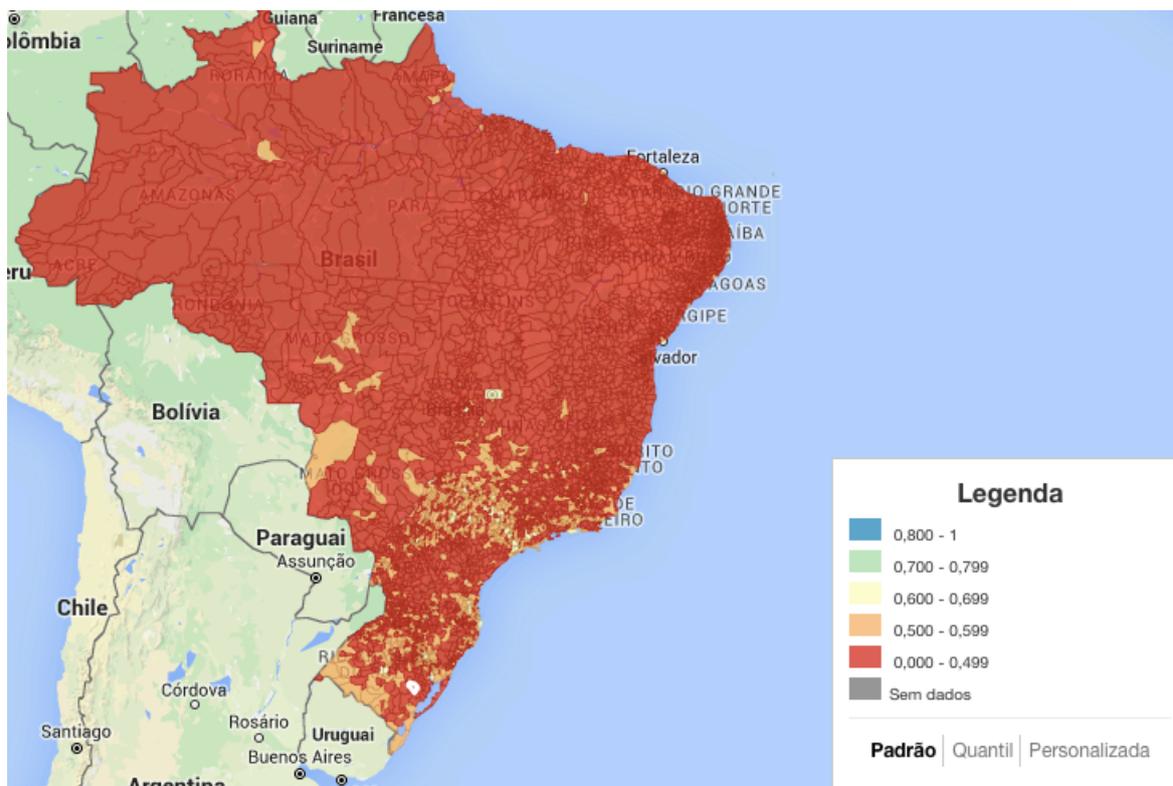
De qualquer forma, ainda que o atual mapa de desenvolvimento seja completamente distinto daquele de 1990, vê-se que ainda há muito o que se desenvolver, especialmente nos estados do Norte e do Nordeste brasileiros.

¹³ “O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) é uma medida composta de indicadores de três dimensões do desenvolvimento humano: longevidade, educação e renda. O índice varia de 0 a 1. Quanto mais próximo de 1, maior o desenvolvimento humano. O IDHM brasileiro segue as mesmas três dimensões do IDH Global - longevidade, educação e renda, mas vai além: adequa a metodologia global ao contexto brasileiro e à disponibilidade de indicadores nacionais. Embora meçam os mesmos fenômenos, os indicadores levados em conta no IDHM são mais adequados para avaliar o desenvolvimento dos municípios brasileiros. Assim, o IDHM - incluindo seus três componentes, IDHM Longevidade, IDHM Educação e IDHM Renda - conta um pouco da história dos municípios em três importantes dimensões do desenvolvimento humano durante duas décadas da história brasileira.” (PNUD).

¹⁴ O perfil de desenvolvimento completo de cada região e município do Brasil pode ser consultado no site do Atlas Brasil. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/>>

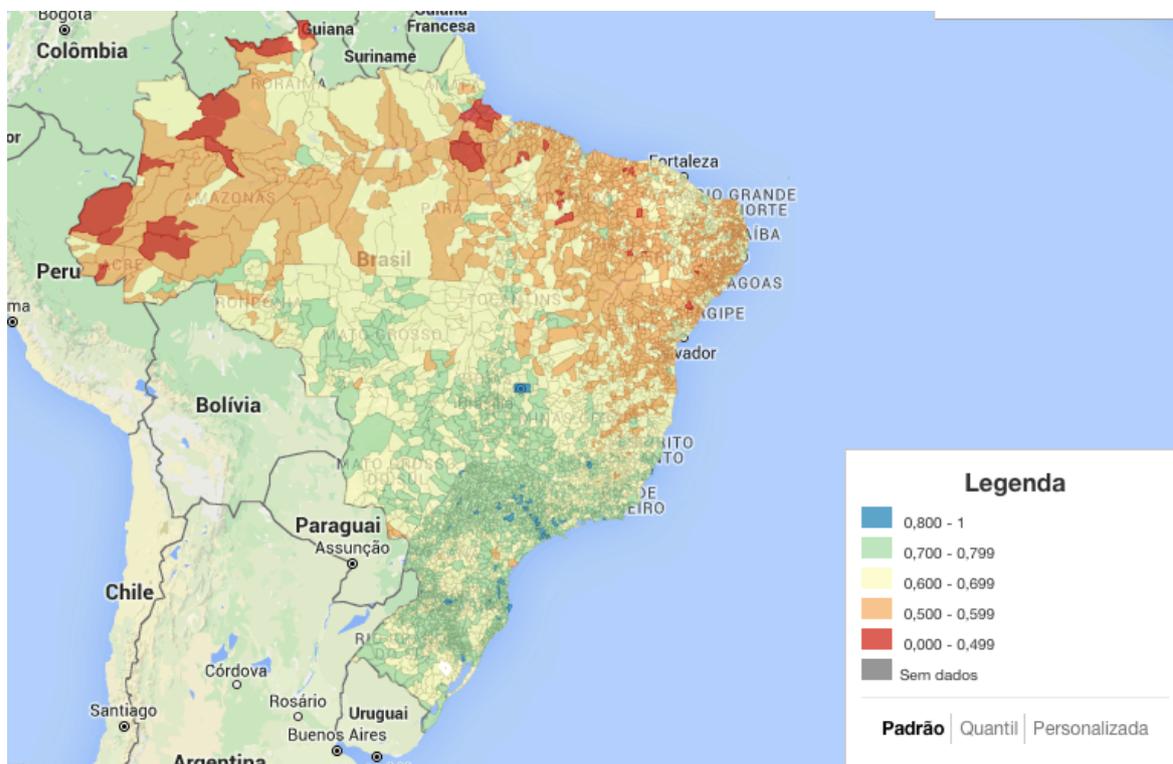
¹⁵ Para melhor situar a posição econômica social dessas classes, em julho de 2011 considerava-se classe A a família com renda superior a R\$9.745,00, classe B entre R\$7.475,00 a R\$9.745,00, classe C entre R\$1.734 a R\$7.475,00, classe D entre R\$1.085,00 a R\$1.734,00 e classe E a família com rendimentos inferiores a R\$1.085,00 (FGV, 2011). Para mais dados sobre a classe média brasileira, ver Neri (2012).

Gráfico 3 – IDHM do Brasil em 1990



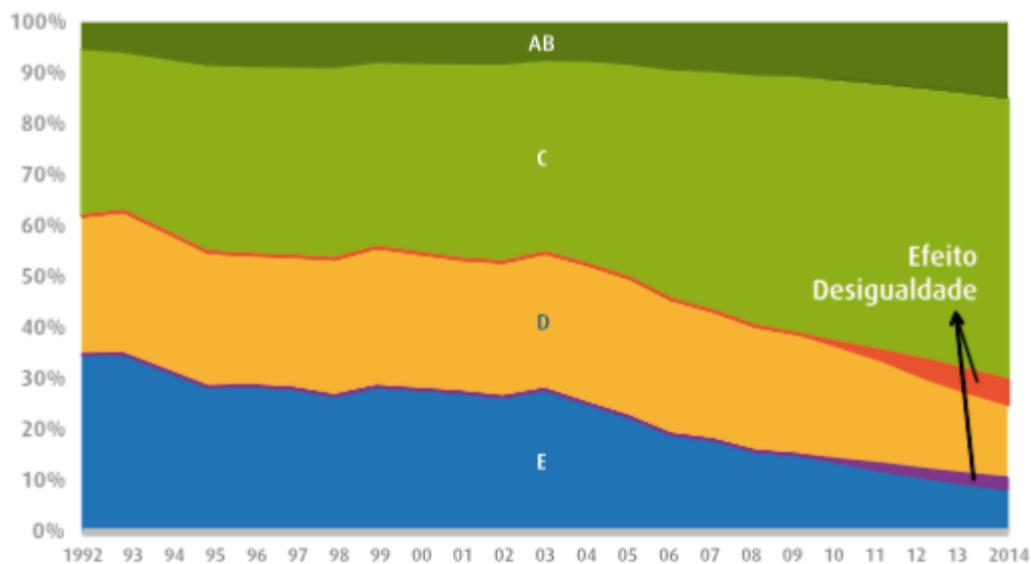
Fonte: ATLAS BRASIL.

Gráfico 4 – IDHM do Brasil em 2010



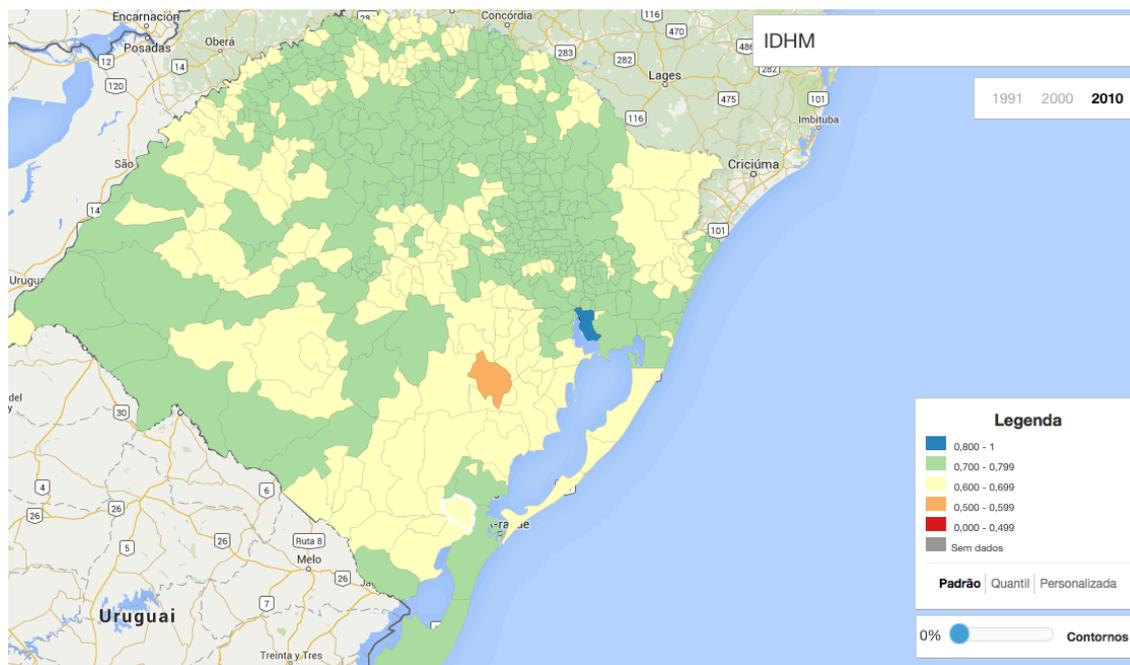
Fonte: ATLAS BRASIL.

Gráfico 5 – Composição de classes do Brasil – 1992- 2014



Fonte: BRASIL, 2015, p. 26.

Gráfico 6 – IDHM do RS



Fonte: ATLAS BRASIL.

Como se vê, a realidade diversa da maior parte do país é a da região Sudeste e Sul.

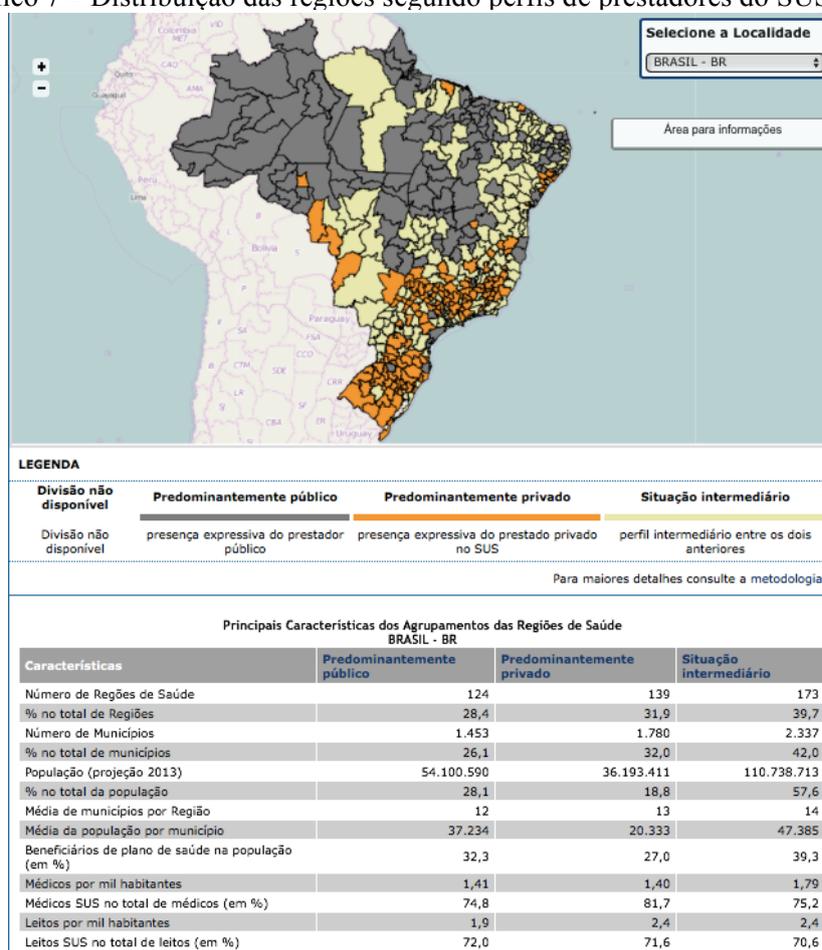
O Distrito Federal possui o maior IDHM (0,824), já o estado de Alagoas o menor (0,631) (ATLAS BRASIL).

Especificamente em relação ao Rio Grande do Sul, o estado ocupa a 6ª posição entre as 27 unidades federativas brasileiras segundo o Índice de Desenvolvimento Humano

Municipal (IDHM), apresentando o valor de 0,746. Esse índice é considerado alto – IDHM entre 0,700 e 0,799 –, sendo que a dimensão que mais contribui para essa posição é a longevidade, com índice de 0,840, seguida de renda, com índice de 0,769, e de educação, com índice de 0,642 (ATLAS BRASIL). Os municípios que destoam da média estadual são Dom Feliciano, com o IDHM mais baixo (0,587), e Porto Alegre, com o IDHM mais alto (0,805).

Em relação ao tema sanitário, especialmente a estrutura pública médico-hospitalar brasileira, percebe-se pelo Gráfico 7¹⁶ que na região sul os serviços públicos de saúde são prestados eminentemente pela iniciativa privada. Na mesma região, aliás, juntamente à região Sudeste, como se verá adiante, está o maior índice de usuários de planos de saúde.

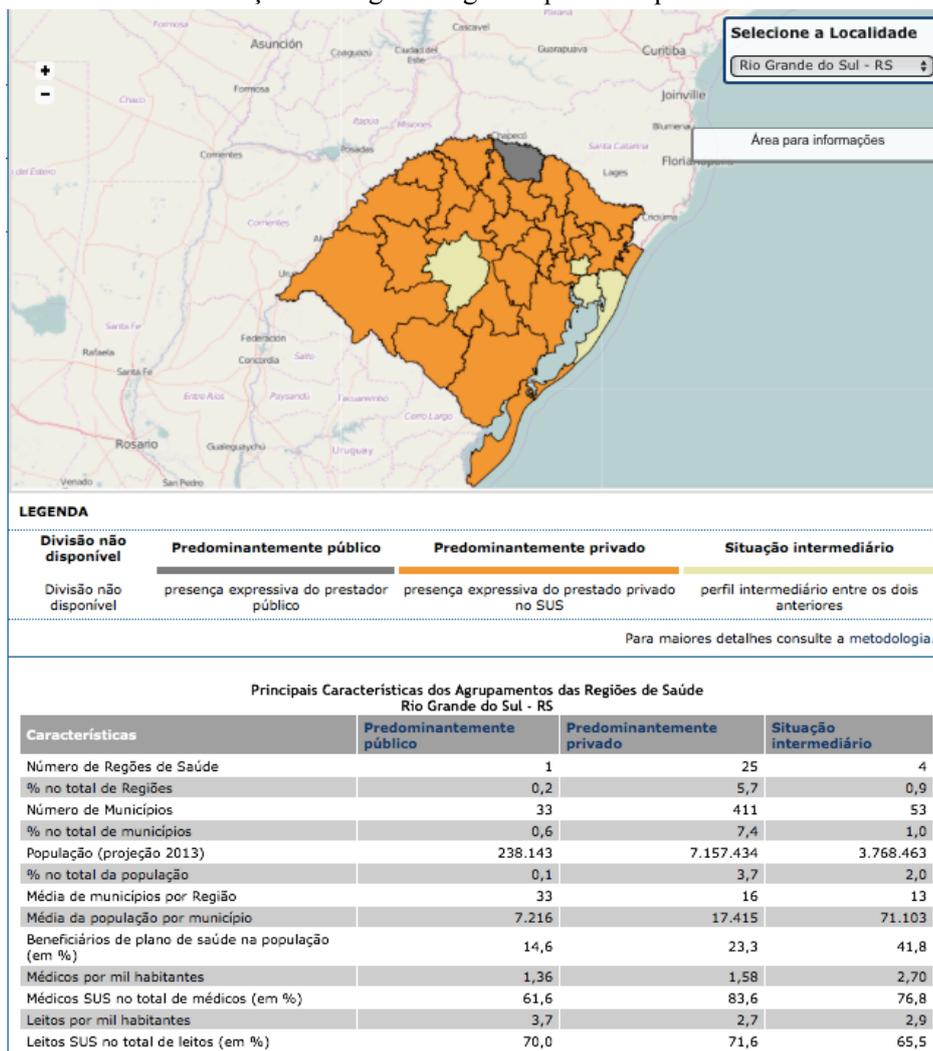
Gráfico 7 – Distribuição das regiões segundo perfis de prestadores do SUS - BR



Fonte: REGIÃO E REDES.

¹⁶ Sobre a metodologia empregada nos resultados de pesquisa da Região e Redes – Caminho da Universalização da Saúde, ver: http://www.resbr.net.br/indicadores/view/pdf/relatorio_tipologias_versaojul2014.pdf.

Gráfico 8 – Distribuição das regiões segundo perfis de prestadores do SUS - RS



Fonte: REGIÃO E REDES.

Evidente que tais características também são proporcionais às localidades de maior densidade demográfica.

Ainda sobre a estrutura médico-hospitalar do país, em 2010, segundo a Rede Interagencial de Informações para a Saúde – RIPSAs (2010), o Brasil, em números totais (rede pública e privada) contava com mais de 355 mil médicos; 1,49 médicos a cada mil habitantes. Tal proporção é inferior à média da América e da Europa, que chega a três médicos para cada 1.000 habitantes (CHADE, 2013). Além disso, ponto que contribui para uma deficiente assistência médica brasileira é o tamanho do seu território e a sua concentração da população médica em grandes centros urbanos.

Dado importante levantado pela RIPSAs (2010), é que o número de profissionais da saúde em geral (médicos, enfermeiros e odontólogos) tem aumentado em todas as

regiões do país. Observando-se um aumento regionalmente uniforme de enfermeiros, mas disforme em relação aos médicos e odontólogos, que se concentram na região Sudeste, seguida pela região Sul e Centro-Oeste. Outro dado importante, e que influi diretamente na prestação de saúde, é o número de médicos por mil habitantes, sendo quase três vezes superior à média nacional de enfermeiros (RIPSA, 2010).

Em relação ao número de leitos hospitalares públicos e privados, o Brasil possuía um total de 533.947 em 1990, 484.945 em 1999 e 431.996 em 2009. Tal proporção baixou em vinte anos de 3,71 para 2,90 leitos por habitante. Note-se que, desse total, em vinte anos houve um aumento do número de leitos públicos e uma redução dos leitos privados. Em 1990 havia 124.873 leitos públicos e em 2009, 152.892. Em 1990 havia 409.074 leitos privados e em 2009, 279.104 (RIPSA, 2010).

Tabela 1 – Médicos p/1.000 hab por ano
Unidade da Federação

Unidade da Federação	1990	2000	2010	Total
Rio de Janeiro	2,57	3,00	3,52	3,07
Distrito Federal	2,12	2,64	3,61	2,92
São Paulo	1,50	1,92	2,50	2,02
Rio Grande do Sul	1,40	1,84	2,37	1,90
Espírito Santo	1,16	1,33	1,93	1,51
Minas Gerais	0,99	1,35	1,82	1,42
Paraná	0,92	1,20	1,97	1,40
Santa Catarina	0,78	1,09	1,68	1,23
Goiás	0,85	1,07	1,40	1,14
Mato Grosso do Sul	0,80	1,01	1,46	1,13
Pernambuco	0,85	1,06	1,37	1,11
Alagoas	0,81	0,94	1,17	0,99
Rio Grande do Norte	0,74	0,89	1,23	0,98
Sergipe	0,69	0,83	1,30	0,98
Paraíba	0,77	0,92	1,19	0,97
Bahia	0,64	0,84	1,12	0,88
Ceará	0,61	0,72	1,06	0,82
Mato Grosso	0,54	0,64	1,14	0,82
Roraima	0,22	0,57	1,24	0,80
Amazonas	0,47	0,53	1,07	0,74
Piauí	0,46	0,57	0,93	0,67
Acre	0,26	0,52	0,92	0,63
Pará	0,51	0,51	0,77	0,62
Amapá	0,26	0,40	0,75	0,54
Tocantins	0,47	-	0,99	0,52
Rondônia	0,36	0,04	1,03	0,51
Maranhão	0,35	0,42	0,53	0,44
TOTAL	1,12	1,39	1,86	1,49

Fonte: RIPSA – Rede Interagencial de Informações para a Saúde.

Tabela 2 – Leitos p/1.000 hab por ano segundo
Unidade da Federação

Unidade da Federação	1990	1999	2009	Total
Goiás	5,93	3,89	2,58	3,91
Rio de Janeiro	5,19	3,71	2,66	3,76
Rio Grande do Sul	4,04	3,44	2,85	3,40
Paraná	4,54	3,27	2,51	3,36
Mato Grosso do Sul	3,83	3,53	2,42	3,19
Paraíba	3,98	3,50	2,16	3,16
Santa Catarina	3,79	3,12	2,54	3,09
São Paulo	4,06	2,86	2,31	2,99
Maranhão	3,76	3,44	1,89	2,94
Minas Gerais	3,83	2,89	2,20	2,91
Mato Grosso	3,40	3,35	2,00	2,81
Pernambuco	3,35	2,96	2,18	2,79
Tocantins	3,23	3,02	2,09	2,72
Espírito Santo	3,22	2,63	2,20	2,63
Rio Grande do Norte	2,96	2,63	2,18	2,55
Piauí	2,45	2,75	2,46	2,55
Acre	2,99	2,90	1,98	2,53
Rondônia	2,50	2,67	2,25	2,46
Alagoas	2,94	2,65	1,88	2,44
Ceará	3,10	2,57	1,85	2,44
Roraima	2,79	3,21	1,72	2,41
Distrito Federal	2,92	2,48	2,03	2,40
Sergipe	2,56	2,30	1,64	2,12
Bahia	2,04	2,30	1,99	2,11
Pará	1,98	2,11	1,85	1,97
Amapá	2,02	1,91	1,74	1,86
Amazonas	1,69	1,80	1,56	1,67
TOTAL	3,71	2,96	2,26	2,90

Fonte: RIPSА – Rede Interagencial de Informações para a Saúde.

Considerando-se, a partir de uma lógica de mercado, que os leitos privados estão concentrados nos maiores centros urbanos e que os leitos públicos estão mais descentralizados – embora não de forma ideal –, pode-se dizer que é a população das classes C e D que mais sofre com o déficit de leitos hospitalares na medida em que é nesse estrato econômico-social que está concentrado o maior número de consumidores de serviços médico-hospitalares.

O comprometimento da economia familiar com assistência à saúde é menor na medida em que a renda é maior. Essa conclusão se aplica a todas as regiões do país com exceção a região Nordeste.

Dentre assistência à saúde, medicamentos, planos e seguros de saúde, a maior parcela de gastos pelas famílias se dá com medicamentos, especialmente nos estratos de renda mais baixos. Os gastos com planos e seguros de saúde, por sua vez, aumentam com a renda familiar (RIPSА, 2010)¹⁷.

¹⁷ Sobre a definição de renda familiar, a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) “[...] considera tanto o rendimento monetário quanto o não-monetário. Anteriormente, só era considerada a renda monetária. O rendimento monetário corresponde a todo e qualquer tipo de ganho monetário recebido durante o período de referência de 12 meses anteriores à data de realização da coleta das informações. Como exemplos: renda do trabalho, de transferências (aposentadorias, pensões etc.), de aluguéis e outros rendimentos monetários (aplicações, restituições do IR, dinheiro achado etc.). O rendimento é pesquisado para cada um dos moradores que constituiu uma unidade de orçamento rendimento. O rendimento não-monetário

Tabela 3 – Proporção (%) da renda familiar utilizada com Saúde, por classes selecionadas de rendimento familiar, segundo regiões e tipos de despesa. Brasil, 2002-2003

Região	Tipo de despesa	Até 400	Mais de 1.000 a 1.200	Mais de 2.000 a 3.000	Mais de 6.000	Total
Brasil	Assistência à saúde	7,13	5,52	5,49	4,50	5,32
	Medicamentos	5,41	3,07	2,19	1,06	2,16
	Planos e seguros de saúde	0,50	0,89	1,59	1,67	1,50
	Outros gastos	1,23	1,56	1,71	1,76	1,66
Norte	Assistência à saúde	6,62	4,63	3,98	2,55	4,34
	Medicamentos	5,20	2,74	1,74	0,66	2,19
	Planos e seguros de saúde	0,19	0,39	0,87	1,04	0,76
	Outros gastos	1,22	1,51	1,37	0,85	1,39
Nordeste	Assistência à saúde	5,29	5,39	6,02	4,47	5,39
	Medicamentos	4,29	3,13	2,37	1,50	2,59
	Planos e seguros de saúde	0,08	1,07	1,98	2,06	1,49
	Outros gastos	0,92	1,19	1,66	0,91	1,31
Sudeste	Assistência à saúde	9,72	5,58	5,52	5,06	5,51
	Medicamentos	6,74	3,03	2,18	1,11	2,03
	Planos e seguros de saúde	1,47	1,05	1,68	1,83	1,72
	Outros gastos	1,51	1,50	1,65	2,12	1,76
Sul	Assistência à saúde	7,58	5,79	5,50	3,15	4,96
	Medicamentos	5,95	3,13	2,25	0,77	2,13
	Planos e seguros de saúde	0,46	0,53	1,29	1,09	1,15
	Outros gastos	1,17	2,13	1,96	1,28	1,67
Centro-Oeste	Assistência à saúde	10,39	5,44	5,17	3,92	5,15
	Medicamentos	7,76	3,34	2,07	0,92	2,23
	Planos e seguros de saúde	0,33	0,50	1,30	1,39	1,17
	Outros gastos	2,30	1,60	1,80	1,62	1,74

Fonte: IBGE/Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), 2002-2003.

A partir desses dados somados aos do gráfico seguinte¹⁸, infere-se uma preocupante conclusão em relação ao comportamento da população visando à manutenção da saúde. Em que pese, verifica-se com o passar dos anos, o aumento do percentual de indivíduos que referem ter se consultado com médico nos últimos 12 meses, constatando-se que há ainda um elevado enfrentamento de cunho não-preventivo da saúde, ou seja, curativo.

corresponde à parcela equivalente às despesas não-monetárias, definidas como tudo que é produzido, pescado, caçado, coletado ou recebido em bens (troca, doação, retirada do negócio, produção própria e salário em bens) utilizados ou consumidos durante o período de referência da pesquisa e que, pelo menos na última transação, não tenha passado pelo mercado” (RIPSA, 2010).

¹⁸ O Gráfico 12 demonstra a estimativa de acesso a consultas médicas da população brasileira independentemente da fonte de financiamento (SUS, planos de saúde, desembolso direto).

Tabela 04 – Percentual da população que refere ter consultado médico nos últimos 12 meses, por sexo e ano, segundo regiões. Brasil, 1998, 2003 e 2008

Região	1998			2003			2008		
	Masculino	Feminino	Total	Masculino	Feminino	Total	Masculino	Feminino	Total
Brasil	46,7	62,3	54,7	54,1	71,2	62,8	58,8	76,1	67,7
Norte	43,5	57,3	50,6	52,8	68,7	60,8	52,4	69,5	61,0
Nordeste	40,8	58,2	49,7	48,3	66,6	57,6	55,0	72,5	63,9
Sudeste	50,1	65,1	57,7	57,5	74,6	66,3	62,6	79,4	71,3
Sul	48,8	63,4	56,2	55,4	71,2	63,5	60,4	77,0	68,9
Centro-Oeste	48,0	63,5	55,9	54,6	71,1	63,0	56,8	75,5	66,3

Fonte: IBGE/Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), 2002-2003.

Dos breves dados apresentados, bem como daqueles disponíveis nas fontes indicadas, realizam-se as seguintes inferências: (a) em que pese a saúde, acompanhando os demais fatores considerados no IDHM – renda e longevidade –, evoluir, isso se dá de forma mais lenta nos estados do Norte e do Nordeste; (b) identifica-se nos estados dessas regiões uma maior presença do poder público como provedor imediato de serviços médico-hospitalares, enquanto a iniciativa privada está presente maciçamente prestando os serviços públicos de saúde nos estados ao sul; (c) ao passo que há uma centralização dos médicos em regiões mais desenvolvidas, onde estão os grandes centros de especialização médica, nota-se o reforço de uma cultura hospitalocêntrica¹⁹ em lugar de uma medicina preventiva; (d) a reforçar essa constatação, também se nota, por conta do elevado gasto em saúde das famílias com medicamentos, somado ao baixo índice de consulta a médicos no período de doze meses, a predominância entre a população de uma cultura sanitária curativa; (e) com o incremento dos custos da saúde, especialmente por conta do envelhecimento da população, ela se apresenta como um fator de intensificação de exclusão social na medida em que o comprometimento da renda das famílias de classes economicamente mais baixas com tratamento médico em geral é bastante superior quando comparado ao

¹⁹ Ainda que tal asserção tenha um aspecto negativo, não se pode negar que essa estrutura hospitalar destaca o Brasil positivamente. Sobre esse tema e a realidade de países latinos, afirmam pesquisadores do Observatório Econômico da rede Mercosul: “A pesar de estas particularidades del mercado brasileiro, es preciso señalar que este país se encuentra un paso por delante de la Argentina en materia de “calidad”, en especial en cuanto a la certificación internacional de las instituciones médicas. Mientras que en la actualidad Brasil cuenta con 11 centros avalados por la Joint Commission International (JCI) 5, no hay al momento ninguno en territorio argentino (aunque existen casos en proceso de certificación). Por su parte, en México existen 8 instituciones acreditadas. Asimismo, la infraestructura y prestaciones hospitalarias mexicanas se han visto enriquecidas en los últimos años a través del ingreso de IED y la concreción de alianzas estratégicas con universidades y centros de salud de los EE.UU., lo cual implica un diferencial en cuanto a la calidad y el aval de los servicios de salud suministrados.” (LÓPEZ; NIEMBRO; RAMOS, 2010.).

comprometimento da renda das famílias mais abastadas.

2.2 Números e inferências da saúde suplementar

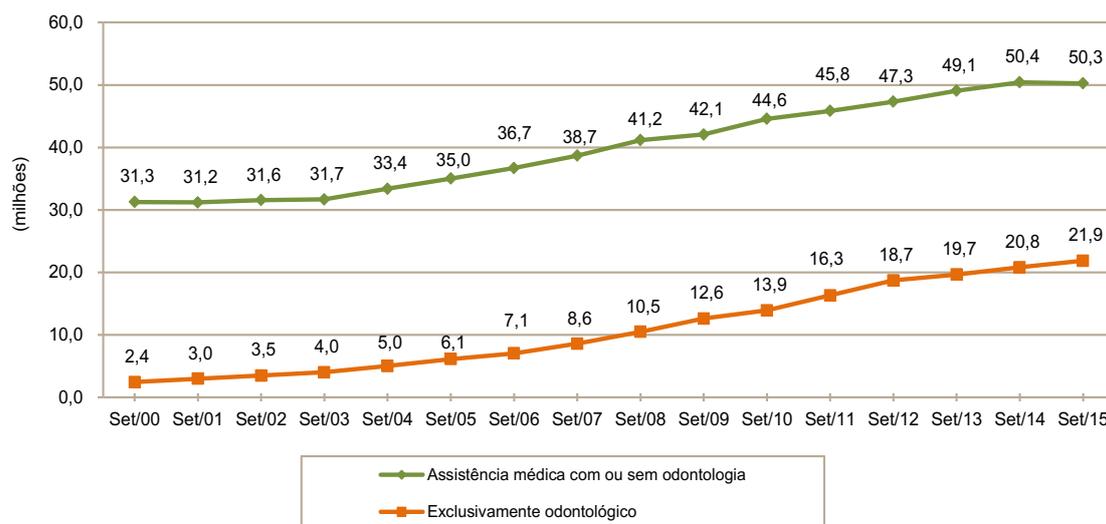
Embora a gênese desse modelo assistencial privado remonte à década de 1950, o atual modelo tem como marcos regulatórios a Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, e a Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Essa forma de prestação de saúde, objeto principal dessa pesquisa, será analisada detalhadamente em capítulo próprio, cabendo aqui apresentação de alguns dados empíricos.

Sabe-se que essa modalidade de assistência à saúde forma um mercado em crescente desenvolvimento. Os números mais precisos desse mercado são fornecidos pela própria reguladora, a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Atualmente, há no Brasil mais de 50 milhões de beneficiários. Não há dados precisos no que diz respeito a planos odontológicos, já que muitos planos de assistência médica também oferecem esse serviço. De qualquer sorte, ainda que no último ano (2014/2015) o crescimento do número de beneficiários não se tenha alterado substancialmente, infere-se a tendência de crescimento do setor.

Gráfico 09 – Beneficiários de planos privados de assistência à saúde Brasil (2000-2015)

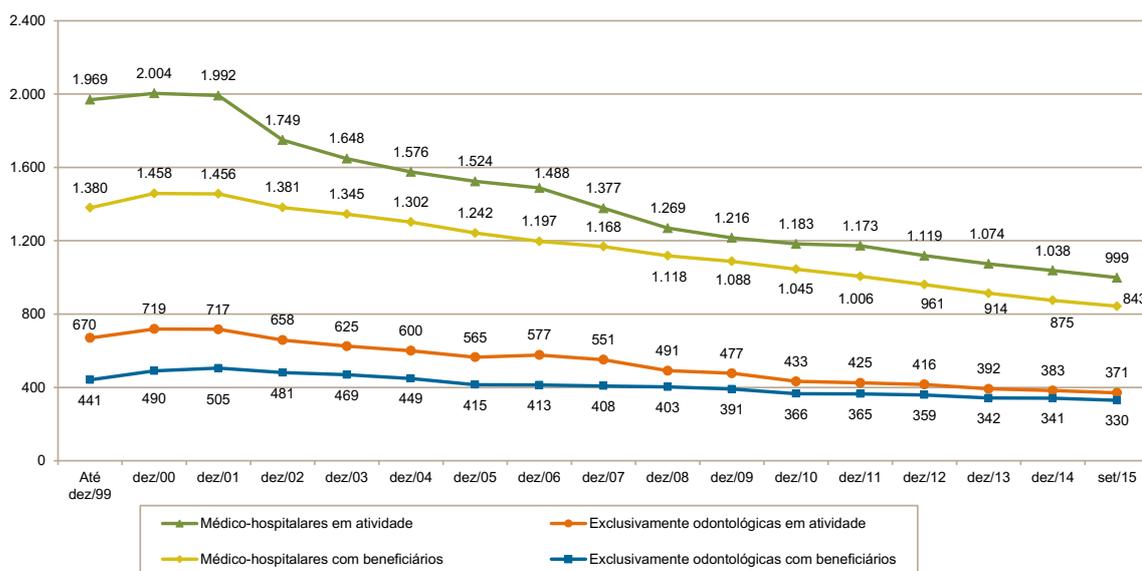


Fonte: Agência de Saúde Suplementar (2015a).

Por outro lado, em relação ao número de operadoras, verifica-se uma tendência de

concentração de mercado com a redução do seu número de operadoras. De um número máximo de 2.000 mil operadoras médico hospitalares em atividade em dezembro do ano 2000, passou-se para 999 operadoras em setembro de 2015. No segmento de planos exclusivamente odontológicos, embora a redução não tenha sido tão abrupta, também é relevante. De 719 operadoras em atividade no ano 2000, passou-se para 371 operadoras.

Gráfico 10 – Evolução do registro de operadoras (Brasil - dez/1999-set/2015)



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015a).

Deve ser considerado também que o setor da saúde suplementar é bem diversificado no que tange às formas de pessoas jurídicas de direito privado que exploram a prestação de assistência à saúde médica e odontológica. Figuram como principais participantes desse mercado: Seguradora Especializada em Saúde (11 operadoras), Medicina de Grupo (332 operadoras), Filantropia (68 operadoras), Cooperativa Médica (312 operadoras) e Autogestão (127 operadoras). Note-se que esses números são totais nacionais do ano de 2014 (ANS, 2015b).

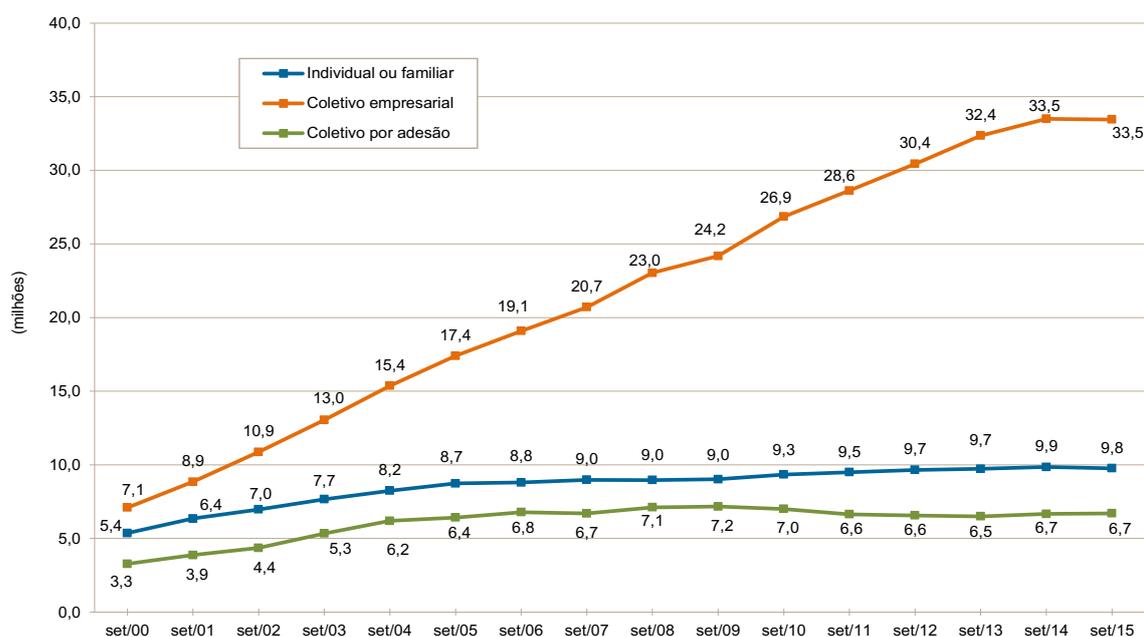
Em relação às variações contratuais que podem existir na prestação de assistência suplementar à saúde, basicamente elas se dividem em duas naturezas: em relação à forma – modalidades contratuais – e ao conteúdo.

Sobre a forma, os contratos podem ser individuais ou familiares (contratados diretamente pela pessoa física junto à operadora), empresariais (o usuário está vinculado à operadora por intermédio da pessoa jurídica; normalmente há relação de trabalho entre

usuário de pessoa jurídica) ou por adesão (grupos de pessoas físicas aderem a planos pré-formatados oferecidos por operadoras ou por administradoras de benefícios).

Quanto ao conteúdo, além de cláusulas de carência e benefícios como acomodação hospitalar privativa, os contratos variam fundamentalmente em relação à extensão da cobertura, ou seja, a quantidade de procedimentos cobertos²⁰.

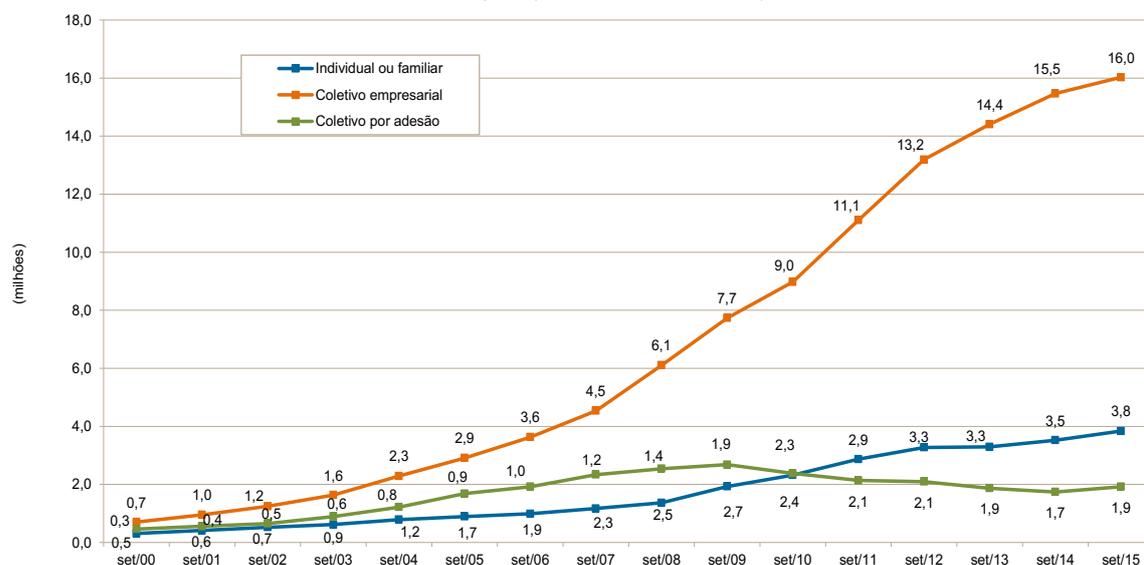
Gráfico 11 – Beneficiários de planos de assistência médica por tipo de contratação (Brasil - 2000-2015)



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015a).

²⁰ Essa tema será melhor enfrentado em capítulo específico sobre a saúde.

Gráfico 12 – Beneficiários de planos exclusivamente odontológicos por tipo de contratação (Brasil - 2000-2015)



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015a).

Nas modalidades de contratação individual ou familiar e coletiva por adesão nota-se que o mercado mantém certa estabilidade tanto no setor da assistência médica (com ou sem assistência odontológica) quanto no setor de assistência exclusivamente odontológica.

Também nesse aspecto faltam dados mais específicos sobre a realidade dos planos de assistência odontológica, já que os números disponibilizados pela ANS relativos à assistência médica incluem essa assistência prestada de forma exclusiva e combinada com a odontológica.

Em sentido diverso, infere-se uma tendência considerável de crescimento de beneficiários de assistência médica na modalidade coletiva empresarial. Enquanto no ano 2000, a variação do número de beneficiários dessas três modalidades era muito próxima (7,1, 5,4, 3,3 milhões, conforme Gráfico 11), em setembro de 2015, a variação entre a modalidade individual ou familiar e a coletiva empresarial é de 23,7 milhões de beneficiários. Um aumento – da diferença – de mais de 1.300%.

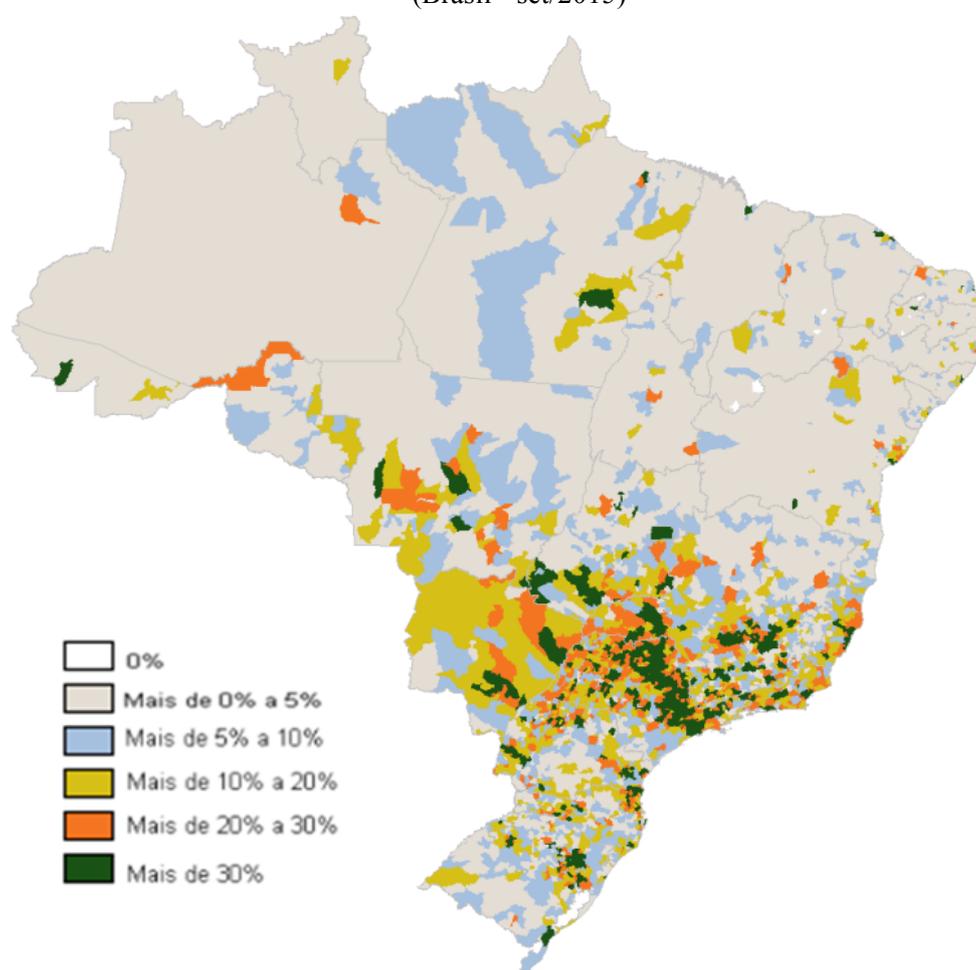
Percebe-se, no último ano, uma estabilização do número de beneficiários de planos de assistência médica (33,5 milhões). Isso nunca havia ocorrido. Ao que tudo indica, tal fato pode decorrer da atual crise econômica, porque o país, especialmente por essa modalidade está relacionada às relações de trabalho. De qualquer forma, considerando que o setor de planos exclusivamente odontológicos segue num comportamento ascendente – com um crescimento de 0,5% no último ano –, ainda que seja um mercado menor, não se

espera considerável decréscimo do número de beneficiários de assistência médica.

Sobre a cobertura assistencial dos planos de saúde, infere-se uma concentração de altas taxas de cobertura em municípios do Sudeste e em alguns municípios do Centro-oeste brasileiros.

Ainda que o número de municípios não atendidos por planos de saúde seja ínfimo, as regiões Norte, Nordeste e uma considerável parte da região Sul do Brasil possuem índices muito baixos de cobertura.

Gráfico 13 – Taxa de cobertura dos planos privados de assistência médica por municípios (Brasil - set/2015)



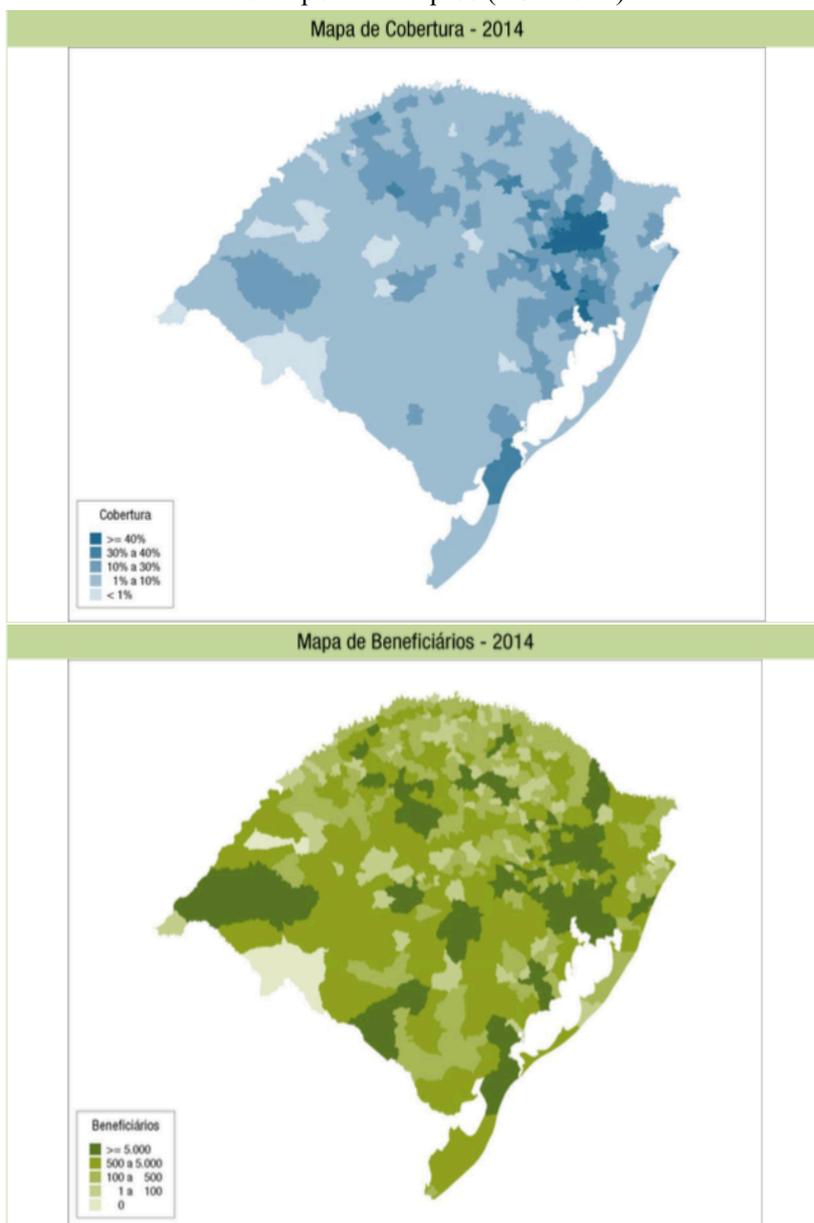
Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015a).

Um aspecto positivo que se pode inferir é, estando a maior taxa de cobertura localizada em grandes centros industriais do país, considerando que nessas mesmas regiões estão alocadas grande parte da estrutura médico hospitalar e sendo o maior número de contratos de planos de saúde na modalidade coletivo empresarial, conclui-se por uma

razoável qualidade no tratamento da saúde da mão-de-obra operária pelo menos em relação à quantidade de serviços assistenciais cobertos.

Essa inferência pode ser confirmada em menor escala analisando a realidade de cobertura e beneficiários do Rio Grande do Sul. Os índices de cobertura mais elevados estão concentrados nas regiões industriais do estado: Caixas do Sul, Porto Alegre e Rio Grande.

Gráfico 14 – Mapa de cobertura de planos privados de assistência médica por municípios (RS - 2014)



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2015b).

A partir dessa pesquisa nas bases de informações dos órgãos oficiais, nota-se a falta de dados consolidados referente ao período anterior ao ano 2000, quando ainda não existia a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Outro importante ponto em que não foram encontrados dados, refere-se aos rendimentos dos usuários e das respectivas famílias eventualmente também beneficiárias de planos de saúde privado. Nota-se que alguns dados sobre esse ponto são disponibilizados pela Rede Interagencial de Informações para a Saúde; contudo, em tais pesquisas são incluídos os beneficiários de planos assistenciais públicos, com regime jurídico próprio, não submetidos à regulação e fiscalização da ANS. Além disso, também não se teve êxito na obtenção de dados acerca do número de beneficiários dependentes. Isso é extremamente relevante para analisar os impactos que a perda de emprego e, por consequência, a perda da assistência à saúde, por exemplo, podem ter na economia familiar.

Em suma, dessas informações é possível inferir que: (a) além da falta de dados mais específicos sobre a realidade de segmento de saúde privada, há falta de coordenação entre as pesquisas realizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e outras instituições do Governo Federal (Ministério da Saúde, RIPSa, IBGE, IPEA, etc.); (c) ainda que não existam dados atualizados sobre a estratificação dos usuários por classe econômica, modalidade de contratação e tipo de cobertura; as classes C e D constituem o maior número de usuários de planos de saúde – isso confirma a inferência realizada no ponto anterior relativa à saúde privada como fator de intensificação da exclusão social; (d) com a regulação do setor da saúde suplementar – dada pelas Leis 9.656/1998 e 9.961/2000 – houve o estrondoso aumento dos beneficiários de planos coletivos empresariais e a redução do número de operadoras, o que deságua num processo de massificação da prestação assistencial de saúde suplementar; (e) a prestação desses serviços obedece a lógica de mercado e desprestigia a maior parte das regiões do país; maiores coberturas e, consequentemente, maior estrutura médico-hospitalar onde há maior concentração de mão de obra ativa; (f) trata-se de um segmento do mercado diretamente dependente das relações empregatícias, logo extremamente sensível a crises econômicas e, por consequência, podendo trazer graves riscos à prestação de saúde para a população; (g) a curto prazo, pode-se esperar por um considerável decréscimo do número de beneficiários, seja pelas atuais condições econômicas do país, seja, especialmente, pelo já mostrado envelhecimento da população; (h) ainda que se constate haver cobertura mínima em grande

parte do território brasileiro e, no caso do Rio Grande do Sul, uma cobertura considerada razoável, não significa dizer que a população de usuários tem fácil acesso a essa assistência, dado a concentração da estrutura hospitalar; (i) obedecendo a uma racionalidade mercadológica, o sistema de saúde suplementar não coopera com o desenvolvimento público-sanitário das regiões mais carentes.

2.3 A saúde suplementar judicializada

Fenômeno recorrente na realidade do atual período democrático brasileiro é a judicialização decorrente da ineficiência na prestação de serviços, especialmente daqueles oferecidos pelo mercado de forma massificada.

Com a saúde suplementar isso não foi diferente. Ainda que o setor possua um arcabouço regulatório composto não só das suas principais leis orientadoras (Leis 9.656/1998 e 9.961/2000), mas por todo o sistema jurídico e ainda uma Agência Regulatória destinada exclusivamente à temática, uma miríade de usuários questiona ao Poder Judiciário as relações contratuais com as operadoras.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 450), os processos envolvendo planos de saúde figuram entre os vinte assuntos mais recorrentes no Superior Tribunal de Justiça (STJ), assumindo a 14ª posição, equivalendo a 1,38% das demandas desse Tribunal²¹.

Esse processo de judicialização atinge a saúde como um todo, pública e privada, implicou, inclusive, na tomada de providências pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, em novembro de 2009, a partir da Audiência Pública nº 4, do Supremo Tribunal Federal, constituiu um grupo de trabalho que culminou na aprovação de recomendação que traça as diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em decorrência disso, abril de 2010, o CNJ instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde, o chamado Fórum da Saúde²².

Segundo dados desse Fórum (CNJ, 2011a; 2014), os Tribunais de Justiça estaduais do Brasil, em 2010, possuíam mais de 240 mil processos envolvendo a saúde. Em 2014,

²¹ Deve-se registrar que, apesar desse percentual aparentemente baixo, a lista completa de assuntos importa em mais de 2 mil (CNJ, 2015, p. 450).

²² Apesar dessas providências do Conselho Nacional de Justiça, não são disponibilizados por esse órgão e tampouco pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, dados sobre a realidade judicial da assistência à saúde prestada por planos privados.

esse número subiu para mais de 330 mil processos. Nesse ano, o número de processo em tramitação no Rio Grande do Sul (113.953)²³ era praticamente o dobro do de Minas Gerais (66.751) – estado em segundo lugar no número de processos.

Especificamente em relação à saúde suplementar, o Conselho Nacional de Justiça, por conta do crescente aumento das demandas envolvendo esse setor, em julho de 2011, lançou a Recomendação nº 36, no sentido de que os Tribunais adotassem “[...] medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar” (CNJ, 2011b). Além disso, já havia sido emitida a Recomendação nº 31 de março de 2010 (CNJ, 2010), que apesar de direcionada ao tratamento judicial da saúde pública, faz importantes recomendações no sentido, por exemplo, de incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados.

Visto a relevância do tema, buscou-se, então, identificar, através de pesquisa empírica de análise do teor de julgados, qual o tratamento jurídico dado pelo Poder Judiciário na solução dos conflitos (entre beneficiários e operadoras) envolvendo planos privados de saúde, em outras palavras, inferir que tipo de discurso fundamenta as decisões sobre a temática.

Para tanto, elegeu-se analisar os julgados do Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais do Rio Grande do Sul pelas razões de que a pesquisa é realizada no Centro Universitário La Salle, de Canoas, RS; além disso, é financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e, ainda, por ser o Tribunal do Brasil com maior número de processos ativos sobre saúde (CNJ, 2014).

Outro recorte no âmbito geográfico foi realizado. Optou-se por analisar os processos oriundos da Comarca de Pelotas²⁴. Tal escolha deve-se principalmente pela sua importância na região – ao sul – do Rio Grande do Sul, em que Pelotas figura como um importante município. No último Censo, em 2010, Pelotas possuía a terceira maior população do Estado e a segunda maior em número de idosos²⁵.

²³ Para mais dados sobre a justiça do Rio Grande do Sul e dos demais tribunais do país, ver o Programa Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015).

²⁴ Os municípios jurisdicionados são: Pelotas (sede), Arroio do Padre, Capão do Leão, Morro Redondo e Turucu.

²⁵ Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (dados de 2010), Porto Alegre possui 140.9351 habitantes, Caxias do Sul 435564 e Pelotas 328275, seguida imediatamente de Canoas com 323827 habitantes. Com relação a população de idosos, Porto Alegre figura com 147536 habitantes, Pelotas com 34095, seguida de Caxias do Sul com 30796 habitantes idosos (IPEA).

Com relação à posição do município na estrutura estadual do Sistema Único de Saúde²⁶, Pelotas está inserida na macrorregião Sul, sendo a sede da 3ª Coordenadoria Regional de Saúde, composta por 22 municípios²⁷. Essa mesma região, na estrutura do sistema de saúde suplementar, é equivalente à Região de Saúde²⁸ de Pelotas²⁹. Além disso, é também considerada pela ANS como região de mercado relevante³⁰, congregando seis outros municípios limítrofes³¹.

No que tange às características organizacionais da comarca³², além do Juizado Especial Cível, julgam processos sobre a temática de planos de saúde, em regime de distribuição por sorteio, quatro das seis Varas Cíveis existentes – as outras duas são dedicadas a processos da Fazenda Pública.

²⁶ Como concretização do princípio da descentralização que deve orientar o Sistema Único de Saúde, nos termos do Plano Diretor de Regionalização da Saúde, do Conselho Estadual de Saúde, o Estado do Rio Grande do Sul está dividido em 19 Coordenadorias Regionais de Saúde (CRS). As equipes dessas CRS são responsáveis pelo planejamento, acompanhamento e gerenciamento das ações e serviços de saúde e atuam em regime de cooperação técnica, financeira e operacional com os municípios e prestadores de serviços sanitários para desenvolver a saúde segundo os ditames principiológico do SUS. No sentido de dar mais apoio às Coordenadorias Regionais, estas foram organizadas em 7 macrorregiões. Assim, essas regiões, passam a ter uma nova organização para ações de proteção, apoio, diagnóstico, atendimento ambulatorial e hospitalar. Nelas estão inseridos hospitais de referência macrorregional, com capacidade de atender os casos mais complexos, hospital de referência regional e hospitais de referência microrregional e as unidades locais de saúde (CES, 2002). Sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, ver Lei nº 8.142/1990. Sobre o Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul, acessar: <<http://www.ces.rs.gov.br>>.

²⁷ São eles: Amaral Ferrador, Arroio do Padre, Arroio Grande, Canguçu, Capão do Leão, Cerrito, Chuí, Cristal, Herval, Jaguarão, Morro Redondo, Pedras Altas, Pedro Osório, Pelotas, Pinheiro Machado, Piratini, Rio Grande, Santa Vitória do Palmar, Santana da Boa Vista, São José do Norte, São Lourenço do Sul e Turuçu.

²⁸ Conforme a Resolução Normativa nº 259 de 2011, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em seu artigo 1º, §1º, V, dispõe a definição de Região de Saúde como o “espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde [...]” (ANS, 2011).

²⁹ As quatro operadoras com maior número de beneficiários de contratação individual ou familiar são: Unimed Pelotas – Cooperativa de Assistência à Saúde Ltda com 76,4% do mercado; Sociedade Portuguesa de Beneficência com 16,8% do mercado; e Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. com 1,3% do mercado. Já as quatro maiores cooperativas com maior número de beneficiários de contratação coletiva são: Unimed Pelotas – Cooperativa de Assistência à Saúde Ltda. com 35,3% do mercado; Unimed Porto Alegre – Cooperativa Médica Ltda. com 10,2% do mercado; Sociedade Portuguesa de Beneficência com 7,3% do mercado; e Central Nacional Unimed – Cooperativa Nacional com 6% do mercado (ANS, 2015b).

³⁰ “O mercado relevante, conceito herdado da literatura antitruste, é definido como o menor espaço econômico, considerando a dimensão do produto e a dimensão geográfica, no qual o poder de mercado é possível de se exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada durante certo período de tempo (HOVENKAMP, 1994; SCHERER & ROSS, 1990; CARLTON & PERLOFF, 2000). A definição de mercado relevante envolve a análise de substituíbilidade do produto, tanto do ponto de vista do consumidor (demanda) quanto das empresas (oferta), em face de um aumento de preço pré-estabelecido.” (ANS, 2014).

³¹ São eles: Pelotas, Arroio do Padre, Capão do Leão, Cerrito, Morro Redondo e Turuçu.

³² A Comarca de Pelotas é formada por seis Varas Cíveis, sendo duas destinadas à Fazenda Pública, um Juizado Especial Cível, uma Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude, um Juizado de Violência Doméstica, um Juizado Especial da Fazenda Pública, duas Varas de Família e Sucessões, quatro Varas Criminais e a Vara da Direção do Foro.

Seguindo as considerações sobre a pesquisa empírica, foram analisadas somente apelações cíveis no âmbito da justiça comum e recursos inominados no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, todos transitados em julgado. Tal escolha se deveu ao fato de que são nestas decisões em que o Tribunal e as Turmas Recursais se manifestam em caráter final quanto ao mérito da causa.

Sobre a matéria dos planos e seguros privados de assistência à saúde, são competentes para o julgamento das apelações e recursos inominados o 3º Grupo Cível, composto pela 5ª e 6ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, e as quatro Turmas Recursais no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (TJRS, 1992).

Assim, seguindo a metodologia descrita em anexo desta dissertação, foram coletados 272 acórdãos de processos oriundos da Comarca de Pelotas envolvendo conflitos sobre planos privados de assistência à saúde.

A partir da análise integral das ementas e parcial do inteiro teor dos acórdãos chegou-se aos resultados a seguir elencados.

A primeira e mais clara conclusão – que muito antes decorre do senso comum jurídico – é de que o Judiciário tende a perceber a relação que se estabelece na prestação da saúde num entendimento de caráter econômico, apreciando-a a partir do viés do direito privado, especialmente do direito do consumidor. Observação interessante é que a justificativa para apenas a 5ª e a 6ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgarem conflitos da natureza em questão é por possuírem competência absoluta de julgamento em razão de matéria securitária³³.

Nos julgados mais antigos (até 2006), notou-se um maior número de acórdãos desprovendo recursos de beneficiários de planos de saúde. Tais julgados são marcados por uma maior atenção ao arcabouço normativo infraconstitucional e principalmente ao teor dos contratos. A partir do ano de 2008 até 2014, em que o número de acórdãos obtidos é consideravelmente maior, há uma forte predominância de decisões favoráveis aos beneficiários de planos de saúde.

O objeto das causas discutido nos julgados refere-se, preponderantemente, a alegados reajustes abusivos, negativas de cobertura de procedimentos médico-hospitalares e pedidos de indenização por danos materiais e morais. Sobre esse último ponto, destacou-

³³ Segundo o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Art. 18. Às Câmaras integrantes dos Grupos serão distribuídos, preferencialmente, os feitos atinentes à matéria de sua especialização, compreendidos, dentre outros, os seguintes (redação dada pela Emenda Regimental nº 01/96): [...] III - às Câmaras integrantes do 3o Grupo Cível (5ª e 6ª Câmaras Cíveis): [...] e) seguros; [...]” (TJRS, 1992).

se a tendência à solução dos conflitos resolvida pelo sistema indenizatório da responsabilidade civil.

O que merece maior destaque é a fundamentação utilizada, marcada pela fortíssima tendência à consideração do Código de Defesa do Consumidor, ainda que invocados os princípios constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana; a saúde foi tratada sempre a partir de aspectos ligados ao tratamento de enfermidades.

Registrou-se também uma significativa tendência da saúde tratada como direito fundamental, conexo à vida e à dignidade da pessoa humana. Contudo, não se verificou maior densificação desses princípios em relação aos casos concretos.

Ficou evidente, nos julgados, que a saúde é prestada individualmente, sendo as fundamentações orientadas a tal interesse.

Não foram encontrados julgados, pela amostragem compulsada, em que o conflito incidisse sobre alguma prestação de caráter sanitário-preventivo.

Outro ponto marcante é a característica da autorreferencialidade na produção dos acórdãos. A quase totalidade dos julgados obtidos apresenta referência a outro julgado mais antigo, muitos deles análogos apenas em relação a questões pontuais do que estava sendo discutido.

As decisões examinadas não revelam explicitamente qualquer entendimento mais aprofundado acerca de conceitos envolvendo saúde e Direito da Saúde.

O objeto de análise e discussão sempre se dá a partir dos contratos.

Não se verificaram referências à Audiência Pública que o Supremo Tribunal Federal realizou em 2009 sobre “judicialização da saúde”, tampouco, nos julgados. O mesmo pode-se afirmar em relação às recomendações do Fórum da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (recomendações n. 31 e n. 36) que sugerem aos juízes formas de enfrentamento da saúde frente à sua judicialização.

Ainda que a pesquisa tenha se cingido à análise de julgados provenientes apenas da Comarca de Pelotas, inferiu-se um padrão de julgamento, inclusive nos precedentes utilizados nos acórdãos para fundamentação. Isso significa afirmar que essa amostragem pode perfeitamente representar não só a judicialização da saúde suplementar pelotense, mas a de todo o Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, pois, é que se apresenta a saúde dos planos de saúde³⁴.

³⁴ Outros dados levantados com a pesquisa, inclusive o inteiro teor dos julgados, estão à disposição em: < <https://dl.dropboxusercontent.com/u/16184429/Jurisprudencias/planilha.xlsx>>, e, como já referido, ela

3 SAÚDE: SUA SIGNIFICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

As próximas linhas visam à construção, não exatamente de um conceito, que, inevitavelmente, importaria num fechamento semântico, mas de uma ideia sobre o que deve ser a saúde no âmbito jurídico e demonstrar a existência de um sistema sanitário no Brasil que não pode ser relegado de nenhuma disciplina do Direito.

O objetivo é deslocar a visão simplista do senso comum jurídico – que não ultrapassa muito de considerar a saúde como direito humano fundamental, individual e coletivo amparado pela Constituição Federal – para a realidade da saúde como fenômeno holístico. Isto é, como processo dinâmico, que deve permear o Direito com toda a complexidade que lhe é característica.

Há muito difundidas na disciplina do direito sanitário, as ideias a seguir apresentadas parecem fundamentais para a correta visão e trato da saúde suplementar brasileira, que será analisada no capítulo seguinte. Até porque tal tema, infelizmente, conforme inferido da análise empírica do capítulo anterior, não é encarado sob as mesmas lentes pelo Direito Privado, incluindo-se, de tal forma, o Direito do Consumidor.

Por razões metodológicas, especialmente por conta do presente estudo constituir uma dissertação em nível de mestrado, não há a intenção de exaurir a bibliografia jurídico-sanitária e constitucional brasileira, mas tão somente situar o leitor traçando as ideias essenciais para a construção da base epistêmica desta pesquisa.

3.1 Direito Sanitário: uma necessária contribuição jurídico-sociológica da saúde para o Direito

O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. O mesmo, aliás, pode ser dito das doenças. (SCLIAR, 2007, p. 30).

A saúde, pois, é complexa.

De tal percepção, algumas veredas do Direito brasileiro não estão completamente alijadas.

Dada a complexidade que permeia a sociedade contemporânea, inevitável a especialização dos sistemas. No Direito, uma forma disso ocorrer é através do surgimento

de novas disciplinas³⁵.

Para se entender e constatar a existência de uma disciplina³⁶ jurídico-sanitária autônoma e interdisciplinar é pressuposto entender a saúde como um conceito não estável, como um processo transformador dinâmico e sempre inacabado (VENTURA, 2013, p. 28).

O constante incremento de complexidade decorrente das mais diversas causas, tais como o desenvolvimento tecnológico dos procedimentos sanitários, o desenvolvimento do conhecimento médico-científico, a transformação política da sociedade, a exemplo da adoção pela Organização Mundial da Saúde (OMS) de um conceito biopsicossocial, culmina em um crescente processo de diferenciação e consequente especialização do conhecimento.

Diante das alterações havidas na sociedade, o Direito é levado a internalizar esse processo. Assim, percebidas as diferenciações sociais decorrentes do desenvolvimento da saúde, o Direito, com suas características operacionais e dependendo do grau de diferenciação percebido, dá sua resposta produzindo uma disciplina especializada.

Uma nova disciplina tem uma dupla utilidade: uma interna, reorganizar o sistema jurídico operacionalmente diante da diferenciação havida; outra externa, dar respostas racionalmente diferenciadas às demandas sociais.

As inevitáveis tensões e conflitos resultantes do novo *status* conferido à saúde reclamaram a atuação do direito, e logo se multiplicaram os estudos para entender e responder a tais problemas, não raro inéditos para o direito, formando-se disciplinas com diferentes vocações, que receberam denominações diversas, a saber: direito sanitário, direito da saúde, direito médico, biodireito, entre outras (BARBOZA, 2012, p. 351).

Nota-se, pois, que a saúde como especialização do Direito perfaz-se, na verdade, em diversas disciplinas, sendo uma delas o Direito Sanitário.

Tal disciplina “possui como características peculiares a horizontalidade e

³⁵ “A disciplina é uma categoria organizadora dentro do conhecimento científico; ela institui a divisão e a especialização do trabalho e responde à diversidade das áreas que as ciências abrangem. Embora inserida em um conjunto mais amplo, uma disciplina tende naturalmente à autonomia pela delimitação das fronteiras, da linguagem em que ela se constitui, das técnicas que é levada a elaborar e a utilizar e, eventualmente, pelas teorias que lhe são próprias.” (MORIN, 2003, p. 105).

³⁶ Inquestionável, no curso do seu desenvolvimento histórico, a divisão do Direito em disciplinas. A começar pela tradicional divisão entre o Público e o Privado. Isso não significa afirmar uma radical autonomia que importe num enclausuramento absoluto desses setores de conhecimento especializado. Longe disso. Tal processo de especialização decorre do processo de complexificação e consequente da fragmentação da sociedade e do Direito, que, obviamente, não está imune às transformações sociais. Porém, esse tema específico, relativo à perda da unidade categorial do Direito não será esmiuçado neste momento, isso ocorrerá em capítulo sobre a temática dos movimentos de codificação, cabendo aqui, portanto, a pesquisa ater-se a caracterização da disciplina sanitária.

pluritutela normativa e o princípio-garantia da relevância pública” (ROCHA, 1999. p. 51).

Horizontalidade porque transita por diversos ramos do direito, isto é, toca aspectos do direito administrativo, civil, do trabalho, constitucional, ambiental, do consumidor, etc.. Pluritutela normativa porque se positiva em inúmeros diplomas legais, seja específicos, seja relativo a outras matérias. Garantia da relevância pública, no caso de ações e serviços de saúde. (ROCHA, 1999. p. 51-54)

A partir dessas características e outras corolárias, como a interdisciplinaridade, a não hierarquização racional e a alta complexidade, o Direito Sanitário perfaz-se como verdadeiro “novo direito”³⁷.

Trata-se, portanto, de disciplina jurídica eminentemente sistêmica (SCHWARTZ, 2001, p. 194), que percebe a saúde como um fenômeno complexo muito próximo daquela ideia desenhada por Moacir Scliar (2007).

Sobre definições dessa faceta da saúde como disciplina, o Direito Sanitário pode ser considerado

[Como] o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as ações de saúde que objetivam a tutela da saúde pública dos cidadãos, vale dizer, coordena as distintas respostas normativas do Estado diante da saúde pública e isto configura uma densa legislação sanitária que conta com uma Unidade interna aglutinadora em torno do tema “Tutela da Saúde”. Por outro lado, também é certo que o Direito Sanitário não dispõe de princípios e técnicas jurídicas próprias ou diversas das disciplinas que a constituem. [...] Estamos de acordo com LESSONA ao afirmar que o DIREITO SANITÁRIO é um Direito heterogêneo, sem que os componentes singulares percam sua própria natureza. Vale dizer, o fato de que constituam uma unidade normativa específica, não invalida, neste caso, nem despreza os princípios ou técnicas próprias que lhe outorguem autonomia normativa, a não ser que operem aqueles princípios próprios das disciplinas que integram o Direito Sanitário. E esta circunstância ou argumento explica por que o Direito Sanitário não dispõe de autonomia científica. (DIAS, 2003, p. 4).

Para Dallari (2003, p. 57-58), o Direito Sanitário corresponde ao direito

³⁷ “A nota caracterizadora desses “novos” direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado. [...] Ainda que os chamados “novos” direitos nem sempre sejam inteiramente “novos”, na verdade, por vezes, o “novo” e o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais- legislativa e judicial-, mas provêm de um processo de lutas específicas e conquista das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Assim, a conceituação de “novos” direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente. [...] O lastro de abrangência dos “novos” direitos, legitimados pela consensualidade de novos sujeitos sociais, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais [...]” (WOLKMER, 2013, p. 137-138)

regulatório do Estado contemporâneo, embora esta não seja uma de suas características peculiares. Por sua vez, o direito da saúde pública seria uma aplicação especializada do direito administrativo (DALLARI, 1988).

Em orientação mais ampla, considera-se que Direito Sanitário “[...] se ocupa, portanto, das normas jurídicas que reflitam a preocupação de uma saúde sistêmica. Em outras palavras: trata da proteção jurídica do direito à saúde” (SCHWARTZ, 2001, p. 192).

Outra definição é a de que

o Direito Sanitário ou Direito da Saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito. (ROCHA, 1999, p. 49)³⁸.

Sobre o posicionamento dessa disciplina dentro do Direito, com um posicionamento distinto de Dallari, que afirma decorrer do Direito Administrativo, Rocha (1999, p. 51) afirma que “[...] o Direito da Saúde é disciplina jurídica que rompe com a clássica dicotomia entre direito público e direito privado. O Direito Sanitário situa-se como *tertium genus*, disciplina pertencente aos direitos difusos e coletivos”.

Sobre essa acepção – Direito Sanitário estando contido no Direito Administrativo –, destaca-se que esse tipo de pensamento, além de estar extremamente arraigado ao paradigma científico-positivista, é que dava lastro a teses jurídicas limitadoras da saúde, como a da reserva do possível e a das normas programáticas.

Por fim, ainda que a discussão sobre a autonomia dessas disciplinas da saúde e especificamente a do Direito Sanitário não possua grande valia para esta dissertação, é importante referir a existência do debate científico e marcar o entendimento de que a saúde, especialmente a brasileira, bem como o Direito Sanitário a partir daí consolidado com a contribuição inestimável do movimento de Reforma Sanitária³⁹, é disciplina especializada do Direito na medida em que se ocupa de objeto específico de análise

³⁸ Deve-se esclarecer que Julio Cesar de Sá da Rocha utiliza as expressões Direito da Saúde e Direito Sanitário como sinônimas: “Em nosso país tem sido desenvolvida a expresso Direito Sanitário, contudo, temos utilizado neste estudo, por vezes, uma ou outra expressão” (ROCHA, 1999, p. 49).

³⁹ Os temas da Reforma Sanitária e da realidade privada e estatal da prestação de saúde no Brasil serão melhor elucidados no capítulo seguinte. Contudo, cumpre já esclarecer que o ponto culminante desse movimento foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde, do Conselho Nacional de Saúde, atualmente submetida apenas ao Ministério da Saúde – antes também da Previdência – e é a máxima instância deliberativa do Sistema Único de Saúde – SUS – que tem como missão a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de saúde (BRASIL, 2008).

científica⁴⁰.

Nesse sentido, visões que tornam esses “novos” direitos tributários das disciplinas clássicas, como o Direito Administrativo, estão desapegadas da realidade e são demasiadamente simplistas e desconsideram a característica sistêmica desses direitos, que são ao mesmo tempo individuais coletivos e meta-individuais (transindividuais) (SCHWARTZ, 2001, p. 193).

Denota-se, pois, a partir desse primeiro viés de como a saúde pode se apresentar no âmbito científico-jurídico, a internalização pelo Direito de alta carga de conhecimentos de outros campos das ciências⁴¹. Assim, construída não só no Direito pelo próprio Direito, mas também, e especialmente, por outras ciências, destaca-se marcadamente na sua profícua construção – como é possível denotar da produção jurídico-sanitária brasileira – a contribuição da sociologia como conjunto de métodos complexos para enfrentamento do direito à saúde.

Segue-se agora a análise de algumas perspectivas, especialmente brasileiras, de cunho histórico, político, econômico e social necessárias para a construção da ideia de saúde.

Os primitivos habitantes da *terrae brasilis* enfrentavam as afecções e as doenças, dentro de um sistema cultural de produção e consumo comunitário em equilibrada interação com o ambiente natural, dele extraindo, não só os alimentos, como também um rico complexo de produtos destinados a fazer frente às possíveis afecções. As práticas medicinais desses povos foram, de modo reduzido, absorvidas pelos colonizadores, principalmente por aqueles de classes mais inferiores, infelizmente, perdendo-se, com o tempo, a maior parte desse conhecimento.

As ideias de saúde e doença próximas da que conhecemos hoje, consubstanciada no modelo biomédico⁴², chegaram com os europeus, responsáveis, além disso, por

⁴⁰ Sobre esse tema, Ventura (2013, p. 12-13): “Tomando-se direito como exemplo, pode-se verificar num exame ainda que superficial da doutrina sobre a classificação dos chamados “ramos do direito”, que ela se aplica apenas ao direito compreendido como um objeto. É o sistema de normas jurídicas que admite sejam divididos seus componentes em diversas partes. Ora, todas as classificações dependem do interesse ou da necessidade do estudioso e a elas não se aplica o qualificativo de falso ou verdadeiro, uma vez que são, somente, úteis ou inúteis. [Trata-se de uma construção utilitarista da ciência jurídica.] O direito sanitário representa, sem qualquer dúvida, uma evidência da mudança de paradigma no campo do direito.”

⁴¹ Segundo Dallari (2013, p. 13), ” [...] o direito sanitário, exatamente por caracterizar-se como um campo científico onde as fronteiras entre a ciência pura e a aplicada são absolutamente permeáveis, traz novas questões para o funcionamento do direito [...]”.

⁴² Esse modelo surgiu com as sociedades modernas e é decorrente das preocupações com o crescimento da demografia – estudo do tamanho, da composição e da dinâmica das populações humanas – e do, consequente, interesse dos estados em promover a saúde pública (GIDDENS, 2005, p. 148). Além de

trazerem as primeiras epidemias para o Brasil.

Essas graves enfermidades contaminaram, principalmente, a população nativa: os indígenas. O sarampo, a sífilis e a gripe devastaram tribos inteiras⁴³. Não obstante, brancos e mestiços também passaram a sofrer das afecções nativas ou importadas do Velho Mundo, sendo que grande parte desses grupos durante os tempos coloniais continuaram a se valer do curandeirismo e das terapêuticas naturais.

As doenças representaram sempre o primeiro fator da diminuição das populações indígenas. A história das nossas relações com os índios é, em grande parte, uma crônica de chacinas e sobretudo, de epidemias. Cada grupo indígena que se aproximou de núcleos europeus e de seus descendentes, nestes quatro séculos, teve de pagar alto tributo em vidas às doenças que a civilização lhes trouxe. (RIBEIRO, 1970, p. 208):

A institucionalização da medicina no Brasil demorou muito para ocorrer. Isso se deu somente no século XIX, com a abertura das primeiras faculdades por conta da vinda da Corte portuguesa para o país (JUNHO, 2015, p. 52).

Consequência disso, e diferente não poderia ser, é que, nesse período antecedente à institucionalização do ensino de ciências sanitárias, o enfrentamento formal e a assistência à saúde eram prestadas apenas para uma pequena elite bem determinada e não para a plebe. Eis aí algum forte indício das causas iniciais do precário sistema de saúde brasileiro, que, pelo menos até o final da década de 1930, ainda que já se pudessem constatar tímidas políticas públicas de enfrentamento às afecções, não era concedido às classes mais baixas o direito de serem doentes, de desempenharem o papel social do doente, sendo-lhes obstado o acesso às suas necessidades sanitárias (FREYRE, 2004, p. 181)⁴⁴.

hegemônico na doutrina e na prática, informa a medicina até a atualidade (BARROS, 2002). É, em suma, o “[...] fundamento sobre o qual opera o *establishment* médico ocidental. [...] Define doença em termos objetivos e acredita que o corpo saudável pode ser restabelecido por meio de um tratamento médico cientificamente fundado” (GIDDENS, 2005, p. 129).

⁴³ A cárie, por exemplo, no Brasil, data de quase 500 anos (JUNHO, 2015, p. 52).

⁴⁴ Essa ideia do desempenho do papel social do doente é bem denotada de Giddens (2005, p. 141): “A doença tem dimensões públicas e pessoais. Quando adoecemos, não somos somente nós que experimentamos dor, desconforto, confusão e outras dificuldades, mas também os outros são afetados. Pessoas em contato íntimo conosco podem demonstrar simpatia, cuidado e ajuda. Podem esforçar-se em dar sentido à nossa doença ou encontrar modos de incorporá-la aos padrões de suas próprias vidas. Outros com quem entramos em contato podem também reagir à doença; essas reações, por sua vez, ajudam a formar nossas próprias interpretações e podem apresentar desafios ao nosso sentido de sujeito”. E sobre a preocupação da sociologia com o doente, Giddens (2005, p. 148) afirma: “Os sociólogos estão interessados na experiência da doença – como o fato de estar doente, cronicamente enfermo ou incapacitado, é experienciado pela pessoa doente e por aqueles que a cercam. A ideia do papel do doente, desenvolvida por Talcott Parsons, sugere que o doente adote certas formas de comportamento a fim de minimizar o impacto destrutivo da doença. A um indivíduo doente são garantidos certos privilégios, como o direito de se afastar das

Apesar da relativa, mas evidente defasagem no Brasil, em relação a outras partes do mundo e países inseridos na Civilização Ocidental Moderna, a preocupação com aspectos de saúde coletiva, principalmente, higiene e saneamento, começa a tomar impulso somente com o advento da Primeira República, envolvendo não só ambientes rurais, mas também os ambientes urbanos⁴⁵.

As cidades cresciam de forma muito pouco ordenada e por conta do elevado pauperismo urbano, doenças de massa e epidemias se alastravam nas maiores cidades brasileiras. Doenças como peste bubônica, varíola, febre amarela, tifo e a “gripe espanhola” dizimaram famílias dos bairros proletários (MENDES; MARANHÃO, 1981, p. 292).

Tais situações importavam que fossem tomadas medidas no desenvolvimento da saúde pública, sendo dignas de nota, por exemplo, as iniciativas da administração do Rio de Janeiro, do Prefeito Pereira Passos, que promoveu o saneamento de grande parte da cidade, o que veio a evitar os surtos epidêmicos da febre amarela com a decisiva e grande contribuição do médico sanitário Oswaldo Cruz, pioneiro no desenvolvimento da saúde pública no Brasil. Deve-se a ele a já referida campanha de erradicação da febre amarela, bem como a da varíola, com a promoção da vacinação geral que, na época, chegou a provocar grande celeuma, devido ao seu caráter obrigatório (FIOCRUZ). Notável também o enfrentamento dos surtos de peste bubônica, na cidade de Santos, São Paulo, e de febre amarela em Belém do Pará (MENDES; MARANHÃO, 1981, p. 201-203).

Sobre alguma ideia de saúde que daí já se pode depreender, algumas considerações se fazem necessárias.

É possível denotar a saúde como contrário de doença, uma saúde curativa, que na sociedade industrial ganha contornos mais complexos.

A origem desse pensamento encontra-se, por exemplo, em Descartes (2001, p. 47-66), que, comparando o corpo humano a uma máquina, defendia a possibilidade de se conservar a saúde dos males, fundamentando uma postura mecanicista em relação à doença. Aliás, tal ideia de saúde desenvolve-se na Modernidade a partir dos ideais liberais,

responsabilidades normais, mas, em contrapartida, ele deve trabalhar ativamente para recuperar sua saúde, concordando em seguir os conselhos médicos”.

⁴⁵ Convém destacar que, por mais louváveis que fossem essas primeiras preocupações sanitárias do poder público, havia severa resistência por parte da população, especialmente por parte da oligarquia rural. “Um agente sanitário que procurasse o respaldo da autoridade policial para examinar casos de tracoma numa fazenda de café encontrava não a resistência popular, mas a oposição oligárquica à “interferência em seus domínios”. Mesmo os serviços regulares de profilaxia rural, nos municípios, enfrentavam obstáculos criados pelos fazendeiros” (CASTRO-SANTOS, 2006, p. 1351).

identificados com os valores do capitalismo, ou seja, a prestação sanitária como instrumento de reparação da mão de obra e de coação do trabalhador. Essa postura, conforme aponta Dallari (1995, p. 18), socorre-se do cientificismo do século XIX que, na matéria, encontra fundamento nos trabalhos de Pasteur e Koch, cujas teorias afirmam a etiologia específica das doenças como “causa de defeito na linha de montagem humana”.

Se produzir é necessário e a doença dos trabalhadores afeta os níveis de produção, dá-se a cura para voltarem ao trabalho. Se o trabalhador depende da sua mão-de-obra para obtenção de salário que irá sustentar a si e a sua família; logo, não possuirá o direito de adoecer. A produção não pode cessar!

Assim, "pode-se dizer que a saúde dentro dos padrões do individualismo liberal que floresceu no séc. XIX é uma saúde 'curativa', ligada ao que a moderna doutrina atual chama de aspecto negativo da saúde: a ausência de enfermidades" (SCHWARTZ, 2001, p. 33).

De outro lado, desenvolve-se outro conceito de saúde, centrado muito mais na interação do homem com o seu meio, a influenciar as suas condições de higidez física e mental. Tal concepção é pertinente desde os gregos (os trabalhos de Hipócrates, relacionando a saúde com o tipo de vida dos habitantes e das condições de determinada localidade), passando por Paracelso (século XVI), que considerava importante para a compreensão do organismo humano o mundo exterior, incluindo-se aí as leis físicas e os fenômenos biológicos, incluindo também Friedrich Engels, que tributou às condições de saúde dos trabalhadores a relação entre o ambiente das Cidades durante os primeiros tempos da Revolução Industrial e as condições de trabalho (Dallari, 1995, p. 17-18).

Em relação à Revolução Industrial, esse ambiente social,

[...] propiciou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. E fatores políticos aparentemente finalizaram tal debate. A experiência de uma Grande Guerra apenas vinte anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora, e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, forjou o consenso. (DALLARI 1995, p. 20).

Sobre esse debate, melhor conclusão é a de que as duas posições na conceituação de saúde não se excluem, antes se completam, formando uma ideia mais complexa de

saúde que será adotada pelos diplomas jurídicos, inclusive, os do Brasil.

Já que não há saúde com doença e não há enfrentamento de doenças sem a melhoria do ambiente em que o indivíduo estiver inserido, trata-se apenas de um problema que deve ser tratado a partir de dois enfoques: de um lado a necessidade de se pensar a saúde tanto como ausência de males, de outro, a necessidade de pensá-la como bem-estar físico, social e mental (WEICHERT, 2004, p. 121).

Retornando à realidade brasileira, pode-se considerar que somente a partir da década de 1930, intensifica-se o consenso entre as duas concepções de saúde acima apresentadas, consenso esse levado a efeito mais ou menos pelas mesmas causas que levaram à consideração de uma saúde referida à coletividade e a condições sanitárias que proporcionaram uma vida mais saudável a maior parte população.

As novas posturas quanto à concepção de saúde acontecem no bojo do processo de modernização burguesa, preocupada com o desenvolvimento da indústria, do mercado interno e da mão de obra operária ocorridas a partir dos governos do Presidente Getúlio Vargas, época em que estruturam as primeiras grandes instituições públicas da Seguridade Social, os Institutos de Aposentadoria e Pensões, famosos IAPS, que incluíam também a assistência à saúde⁴⁶ e a promoção de planos habitacionais. Sob os auspícios welferianos, as prestações sanitárias ganham contornos bem mais complexos.

A concepção de saúde, nesse momento, vai incluindo a ideia de prevenção, que se intensifica com o passar das Grandes Guerras. Tem-se aí "uma visão coletivizante da realidade social" (MORAIS, 1997, p. 188).

Outra ideia considerável para a construção dessa dissertação é que, nesse momento histórico, percebe-se um movimento de despatrimonialização da saúde, ainda que prestada eminentemente pelo setor privado e destinada à classe trabalhadora. Contudo, em termos jurídicos, passa-se a ver a saúde como um direito social, coletivo, de segunda dimensão⁴⁷.

Nessa realidade da saúde, foi dado mais um grande passo após a Segunda Guerra. Um novo marco foi fixado em nível internacional.

Em 26 de julho de 1946, com a criação da Organização Mundial da Saúde pela Conferência Internacional da Saúde, ocorrida em Nova Iorque, em 22 de julho de 1946, composta inicialmente por 61 Estados, erigiu-se um novo e amplo conceito de saúde.

⁴⁶ Esse tema voltará a ser abordado de forma mais minudente quando da análise dos planos de saúde suplementar.

⁴⁷ Tais percepções jurídicas serão abordadas no ponto a seguir deste capítulo.

Segundo o preâmbulo da Constituição da OMS (1946)⁴⁸ é "a saúde um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade".

Além de curativa e de preventiva, passa a ser princípio basilar para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança. A saúde passa a ser uma das pedras fundamentais, senão a principal, para o desenvolvimento humano. Segundo a doutrina sanitarista, admite-se, ainda que apenas formalmente, um conceito biopsicossocial de saúde⁴⁹, que se sustenta resumidamente no seguinte conjunto de princípios:

- (1) O ser humano é um organismo biológico, psicológico e social, ou seja, recebe informações, organiza, armazena, gera, atribui significados e as transmite, o qual produz, por sua vez, modos determinados de se comportar;
- (2) saúde e doença são condições que estão em equilíbrio dinâmico – e por isso são dificilmente possíveis de se definir em termos absolutos –, e estão codeterminadas por variáveis biológicas, psicológicas e sociais em constante interação;
- (3) o estudo, diagnóstico, prevenção e tratamento dos diferentes estados de enfermidade, devem considerar as contribuições especiais e diferenciadas dos três grupos de variáveis citadas;
- (4) a etiologia dos estados de doença é sempre multifatorial. Devem-se considerar os vários níveis etiopatogênicos bem como uma adequada investigação de todos eles;
- (5) a melhor maneira de cuidar de pessoas que estão doentes deve se dar por ações integradas, realizadas por uma equipe de saúde, que deve ser composta por profissionais especializados em cada uma das três áreas;
- (6) saúde, como bem-estar físico, psicológico e social, não é patrimônio ou

⁴⁸ “Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança; [...] A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. [...] Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.[...] A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. [...] Os resultados conseguidos por cada [sic] Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. [...] O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. [...] O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. [...] A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. [...] Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. [...] Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. [...] Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas.” (OMS, 1946, grifo nosso).

⁴⁹ Conceito esse de certa forma confirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 25: “[...] 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” (ONU, 1945).

responsabilidade exclusiva de um grupo ou especialidade profissional. Do mesmo modo ocorre com a doença: sua investigação e o tratamento não podem permanecer exclusivamente nas especialidades médicas. (BELLOCH; OLABARRIA, 1993, tradução nossa)

Dado tamanha complexidade inserida por essa nova concepção de saúde, aliada à nova realidade contemporânea em que o tempo aumenta sua velocidade exponencialmente levando a reboque todos os sistemas sociais, é inevitável perceber a saúde não como um processo evolutivo linear, mas como um processo de sístoles e diástoles.

No âmbito nacional; portanto, pode-se perceber a saúde sob três aspectos: “[a] enquanto favor; [b] enquanto um serviço decorrente de um direito trabalhista ou, como um serviço privado; [c] enquanto direito” (ASENSI, 2012b, p. 2).

No Império e na República Velha um favor, nas décadas de 1940 a 1970 um serviço decorrente de um direito trabalhista e a partir da década de 70, com o movimento da Reforma Sanitária, iniciou-se a luta pela defesa da saúde como um direito de todos.

Essa batalha travada pelo movimento foi consideravelmente conquistada, ainda que formalmente, com a positivação na Constituição Federal de 1988 de diversas proposições no sentido de realizar a saúde num sentido amplo, considerando-a como direito de todos e dever do Estado⁵⁰, especialmente a partir da implementação de um Sistema Único de Saúde.

Um exemplo dessa inegável conquista propiciada pela Reforma Sanitária, mostra-se evidente a interpenetração entre fatores outros, que não somente aqueles puramente sanitários – ou jurídicos –, como a mobilização social, na consideração do desenvolvimento e da efetividade da saúde, sempre a exigir, cada vez mais, ações políticas no sentido de torná-la mais universalizada e acessível às pessoas, seja qual for sua condição. É dizer que a saúde, como fenômeno que perpassa em maior ou menor medida todas as sendas dos sistemas sociais, necessita a construção de soluções políticas e jurídicas com um amplo foco de enfrentamento da temática (ASENSI, 2012a).

Para isso, inestimável é a contribuição que a visão sociológica dos fenômenos sociais, como ocorre no caso da saúde, tem a dar.

Propõe-se a compreensão de um sentido mais amplo de saúde, para além do físico, até o bem-estar psicossocial dos indivíduos, estejam eles inseridos num grupo ou numa comunidade específicos ou, ainda, num determinado sistema sociocultural

⁵⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

(FREYRE, 2004, p. 63).

[...] o sociólogo da medicina não se ocupa do homem apenas como indivíduo, isto é, como unidade biofísica, mas do indivíduo socializado em pessoa; o indivíduo situado em área especificamente isto ou aquilo, na sua ecologia tanto social como física – litoral, sertão, montanha, planície, centro urbano, subúrbio, área agrária, área pastoril, grupo sociocultural também específico; relacionado com grupos, tanto primários, isto é, aqueles com os quais suas relações são diretas, como secundários, isto é, aqueles com os quais suas relações são indiretas, por meio de contatos que se verificam por vários processos de interação, subordinação, dominação, cooperação, competição, acomodação. (FREYRE, 2004, p.63-64).

Nota-se que esse mesmo raciocínio que Gilberto Freyre desenvolve para o sociólogo da medicina pode e deve ser transportado ao campo do Direito para os juristas.

A Sociologia, com essa visão totalizante da sociedade, especialmente a de viés sistêmico-pragmática, e um diuturno diálogo entre práticas políticas e pensamento acadêmico, pode efetivamente desenvolver o país, pois permite identificar e entender os condicionadores que levam a sociedade brasileira a possuir essa peculiar evolução histórica (JUNHO, 2015, p. 55).

Na análise científica, ainda que não exista um superobservador, mesmo que toda e qualquer observação seja fragmentada e parcial⁵¹, deve-se ter atenção aos eventuais prejuízos que percepções muito segmentadas podem trazer no enfrentamento de temas evidentemente complexos e de alto valor ético-social como é o caso saúde. Embora “a aproximação entre os campos de saber [seja] um dos principais desafios do mundo contemporâneo” (ASENSI, 2012a), é pressuposto para se pensar saúde uma visão totalizante, um engajamento da maior quantidade possível de conhecimentos – médicos, jurídicos, políticos, econômicos e sociais. Uma análise do todo para as partes parece fundamental para o tratamento jurídico da saúde com vistas a se buscar soluções para o precário sistema de saúde no Brasil, a começar pela real internalização da definição de saúde dada pela OMS⁵².

Nesse exato sentido:

A sociedade complexa em que nos encontramos exige um profissional cada vez

⁵¹ Tais ideias, ainda não muito comuns no campo direito, especialmente na produção científica dogmática, mas extremamente difundidas nos demais campos da ciência, tem como pressuposto a ideia de que não há uma verdade absoluta na medida em que é improvável a existência de um sujeito que possa estar acima de todas as coisas e, inclusive acima de si mesmo para que tudo pudesse observar. Nesse sentido, observação é redução de complexidade pois é escolha e distinção. Sobre o tema ver WATZLAWICK; KRIEG, 1994).

⁵² “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (OMS, 1946).

mais atento, que compreenda o todo a partir de suas partes e que saiba que as partes não podem ser analisadas separadamente do todo⁵³. Enfim, os sanitaristas [e todo o campo jurídico] devem compreender a contingência derivada da diferenciação e comunicação dos sistemas sociais (saúde), significando que inexistente certeza absoluta – quanto mais em uma concepção sistêmica de saúde.” (SCHWARTZ, 2001, p. 199).

Esse pensamento é decorrente especialmente da superação da ideia de tratamento de paradigmas como leis universais, passando-se a encará-los de forma problemática.

Especificamente aos campos do direito e da saúde:

[...] o paradigma formalista do positivismo jurídico fortaleceu a associação de todo o direito à lei, de modo que qualquer reflexão interdisciplinar e crítica sobre este referencial (a lei) deveria ser afastada. Na saúde, por sua vez, o paradigma médico fortaleceu a associação entre saúde e ausência de doença, de modo a conferir pouco espaço para reflexões sobre saúde como um complexo biopsicossocial que envolve, inclusive, aspectos culturais e políticos. [...] O resultado desta autorreferencialidade do direito e da saúde não poderia ser diferente: o isolamento de ambos os campos.” (ASENSI, 2012a).

Essa superação de paradigma⁵⁴ – que não se dá de forma linear – marca decisivamente uma nova relação entre as ciências, atingindo o direito, a saúde, bem como as suas interações. A derrocada da autorreferencialidade impôs que o direito e a saúde passassem a ser concebidos não mais como campos isolados, porém como campos inter-relacionados (ASENSI, 2013, p. 12).

De qualquer sorte, como se pretende comprovar nesta dissertação, diferente do que se verifica no âmbito do Direito Sanitário, ainda se percebe em muitas disciplinas do Direito fortes marcas do paradigma científico-positivista.⁵⁵

3.2 Sistema sanitário-constitucional: o direito positivo nacional

Seguindo na linha da construção de um sentido juridicamente adequado para a saúde, será iniciada uma inflexão para o Direito, tendo-se como objetivo apresentar as

⁵³ Trata-se essa perspectiva de um pensamento sistêmico que remonta à Blaise Pascal, desenvolvido dentre tantos pensadores por Ludwig von Bertalanffy, na modernidade, e mais recentemente por Edgar Morin, que; aliás, em um de seus estudos, propõe sete diretivas complementares e interdependentes para uma construção de um pensamento complexo, sendo a primeira e, para esta dissertação a principal, o “princípio sistêmico ou organizacional, que liga o conhecimento das partes ao conhecimento do todo” (MORIN, 2003).

⁵⁴ Não filosofia atribuída ao “giro linguístico”, conforme denominado por Rorty (1998), na epistemologia à “crise do paradigma científico” com Thomas Kuhn (1996) ou, ainda, na sociologia, ao “novo acoplamento estrutural” delineado por Teubner (2005).

⁵⁵ Aliás, esta é uma das justificativas da presente pesquisa, que toma como concepção sobre o tratamento da saúde pelo sistema jurídico uma visão sistêmica da saúde. Diga-se de passagem, o conceito de saúde adotado na Constituição Federal, asseverado, inclusive, por Schwartz (2001, p. 97), é sistêmico!

principais feições de como a saúde se apresenta no sistema jurídico e demonstrar o sistema sanitário-constitucional brasileiro.

Iniciando-se pela Constituição Federal, verifica-se não haver nela um conceito fechado de saúde. Como se verá, a disposição mais densa sobre saúde é a do artigo 196, que informa ser a saúde direito de todos e dever do Estado.

Analisando o texto constitucional em seu conjunto, é possível determinar, como referido no ponto anterior da presente dissertação, um conceito sistêmico de saúde, notável, especialmente, a partir da superatenção dada a ela por um coerente e complexo sistema construído no sentido de dar-lhe a máxima efetividade.

Nesse sentido, impõe-se apresentar o panorama sanitário-constitucional e verificar quem tem e quem não tem o dever de prestar saúde.

Nas constituições anteriores a atual, de 1988, a presença da saúde não se deu de forma marcante.

Nos textos constitucionais de 1824, inspirado na constituição francesa de 1814 que restaurou a dinastia dos Bourbons, e de 1891, baseado na constituição dos Estados Unidos, nenhuma menção existe atinente à matéria sanitária.

Na Constituição de 1934⁵⁶, que marca formalmente o fim da República Velha, inspirada na Constituição alemã de Weimar, apesar da sua curtíssima duração e de seu controverso conteúdo por conta de matérias liberais, autoritárias, estatizantes, utópicas e corporativistas, é possível notar alguma preocupação com a matéria sanitária, que recebeu três ocorrências, merecendo destaque a atinente à assistência médica e sanitária ao trabalhador.

O que poderia se considerar algum avanço constitucional, três anos após foi superado Constituição outorgada de 1937⁵⁷, a Polaca. Tanto ela quanto a sua sucessora, a

⁵⁶ No texto de 1934, tem-se três ocorrências relativas à saúde: “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas”. (BRASIL, 1934); “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte” (BRASIL, 1934); “Art 165 - As patentes e os postos são garantidos em toda a plenitude aos oficiais da ativa, da reserva e aos reformados do Exército e da Armada. [...] § 3º - O Poder Executivo, tendo em vista as necessidades de ordem sanitária, aduaneira e da defesa nacional, regulamentará a utilização das terras públicas, em região de fronteira pela União e pelos Estados ficando subordinada à aprovação do Poder Legislativo a sua alienação.” (BRASIL, 1934).

⁵⁷ No texto de 1937, tem-se duas ocorrências atinentes à matéria sanitária: “Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XXVII - normas fundamentais da defesa e

Constituição de 1946⁵⁸, praticamente nada se preocuparam com a saúde. Ou seja, resumiram-se estritamente à questão das competências legislativas dos entes federados sem muitas minúcias.

Na mesma linha, seguiram a Constituição de 1967⁵⁹ e sua alteração dada pela Emenda de 1969⁶⁰, que institucionalizou o Regime Militar.

É somente com a Constituição de 1988, chamada pelo presidente da Assembleia Constituinte (ANC), Deputado Ulisses Guimarães, de Constituição Cidadã, que o Brasil, pelo menos formalmente, incorporou um conceito mais amplo de saúde.

Importante destacar dois pontos nesse momento histórico.

O primeiro é que, no plano internacional, o Brasil era compromissário da OMS e, conseqüentemente, da sua Constituição⁶¹ desde sua criação, em 1946, tendo, inclusive, um papel fundamental na instituição desse organismo internacional em vista de que a proposta da sua criação foi de autoria dos delegados brasileiros junto à ONU. Além disso, o Brasil também era compromissário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde sua proclamação, em 10 de dezembro de 1948. Ambos documentos internacionais com expressas preocupações sanitárias muito mais desenvolvidas que as Constituições de 1946

proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.” (BRASIL, 1937); “Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam es exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: [...] c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais” (BRASIL, 1937);

⁵⁸ No texto constitucional de 1946, tem-se: “Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre: [...] § 6º Metade, pelo menos, da importância entregue aos municípios, por efeito do disposto no parágrafo 5º, será aplicada em benefícios de ordem rural. Para os efeitos deste parágrafo, entende-se por benefício de ordem rural todo o serviço que fôr instalado ou obra que fôr realizada com o objetivo de melhoria das condições econômicas, sociais, sanitárias ou culturais das populações das zonas rurais.” (BRASIL, 1946); “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante” (BRASIL, 1946); “Art 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: [...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário” (BRASIL, 1946).

⁵⁹ Nesse texto constitucional tem-se os seguintes dispositivos sobre saúde: “Art 8º - Compete à União: [...] XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; [...] XVII - legislar sobre: [...] c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário” (BRASIL, 1967); “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” (BRASIL, 1967).

⁶⁰ Na Emenda de 1969, tem-se as seguintes disposições: “Art. 8º. Compete à União: [...] XIV - estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento; [...] XVII - legislar sobre: [...] c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;” (BRASIL, 1969); “Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” (BRASIL, 1969).

⁶¹ Ver nota nº 7.

e 1967.⁶²

O segundo ponto se refere à abordada Reforma Sanitária como causa preponderante a levar a atual Constituição Federal não só a recepcionar um conceito mais amplo de saúde, mas claramente a preocupar-se seriamente com a saúde dos mais de 140 milhões de brasileiros que ingressavam no período democrático. Afinal são mais de 45 ocorrências apenas da palavra ‘saúde’ no texto constitucional.

Vê-se, agora, o conteúdo dessas principais disposições e seus significados.

Em primeiro lugar, é direito social e direito dos trabalhadores urbanos e rurais, assim como é assegurada a essa classe a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.⁶³

No tocante à organização político administrativa do Estado, cuidar da saúde é competência comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.^{64 65}

⁶² Sobre esses documentos internacionais e demais tratados que versem sobre direitos humanos e que o Brasil figura como signatário, impede registrar, em relação à internalização pelo sistema normativo nacional, que eles possuem caráter supralegal e, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão *status* de emendas constitucionais, nos termos do Art. 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e do Recurso Extraordinário nº 466.343 (BRASIL, 2009).

⁶³ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

“Art. 200 Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...]VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.” (BRASIL, 1988).

⁶⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988).

⁶⁵ Em recente julgado (Recurso Extraordinário nº 855.178), o Supremo Tribunal Federal reafirmou posicionamento sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde. O caso versou sobre pedido de medicamento, concedido em sede de tutela antecipada, que determinou a aquisição pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50%. O medicamento foi entregue. A União, inconformada, apelou ao Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região no sentido de se exonerar da obrigação de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe. O TRF entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre todos os entes federados. Assim, a União interpôs Recurso Extraordinário, alegando violação aos artigos 2º e 198, da Constituição Federal. Argumentou que o Sistema Único de Saúde é guiado pelo princípio da descentralização e que o dever de fornecimento e custeio de medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais. O Relator do recurso, Ministro Luiz Fux, observando que a questão não deveria ser confundida com o que fora tratado no Recurso Extraordinário nº 566.471, que versou sobre o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença, decidiu pela manutenção do acórdão do TRF da 5ª Região, afirmando que “constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes”. O voto do Relator, Min. Luiz Fux, foi acompanhado pela unanimidade do Plenário Virtual para reconhecer a repercussão geral da matéria e, no mérito, restaram vencidos os Ministros Teori Zavascki,

À União, aos Estados e ao Distrito Federal, compete, concorrentemente, legislar sobre proteção e defesa da saúde⁶⁶. Aos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, compete prestar serviços de atendimento à saúde da população⁶⁷.

Passando ao tema da intervenção, prevê a Constituição que essa interposição ocorrerá nos Estados por parte da União, e nos Municípios por parte dos Estados, quando tais entes não tiverem aplicado o mínimo orçamentário estabelecido em lei nas ações e nos serviços públicos de saúde⁶⁸.

No que diz respeito ao sistema tributário nacional, duas importantes previsões sobre o orçamento da União e a destinação de verbas à saúde: (a) metade da receita corrente líquida permitida às emendas individuais ao projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Executivo será destinada a ações e serviços públicos de saúde⁶⁹; (b) em que pese a vedação a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, está ressalvada a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde⁷⁰.

Eis as principais ocorrências da saúde na Constituição Federal – de um total de treze – havidas entre seus Títulos I e VII⁷¹.

Importantíssimo sinalar aqui que a preocupação do Poder Constituinte com a

Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio (BRASIL, 2015).

⁶⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde” (BRASIL, 1988).

⁶⁷ “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (BRASIL, 1988).

⁶⁸ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, 1988). “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde” - com redação dada pela EC 29/2000.” (BRASIL, 1988).

⁶⁹ “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)” (BRASIL, 1988).

⁷⁰ “Art. 167. São vedados: IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)” (BRASIL, 1988).

⁷¹ Sem falar nas demais previsões constitucionais que, embora não se refiram expressamente à saúde, dizem respeito à questões sanitárias. Vide arts. 5º, 21, 22, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230, da CF.

saúde permanece até a atualidade, já que as Emendas Constitucionais 29/2000 e 86/2015 inovaram em proteger e conceder verbas orçamentárias à saúde⁷².

No entanto, as principais normas constitucionais atinentes à saúde encontram-se na Constituição a partir do seu Título VIII – Da Ordem Social – em que prevê a Seguridade Social.

É integrante de tal sistema a saúde, a previdência e a assistência social, que deverão ser prestadas por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade.

Cada um desses subsistemas recebe um trato distinto pela Constituição Federal. A previdência deve ser prestada a quem contribuir, a assistência social a quem necessitar e a saúde, como se verá mais detalhadamente a seguir, deve ser prestada a todos e em caráter igualitário.

Financiada direta e indiretamente por toda a sociedade, a Seguridade Social está vinculada aos seguintes objetivos: (a) cobertura e atendimento em caráter universal (para a população, brasileira, ou não), (b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, (c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, (d) irredutibilidade do valor dos benefícios, (e) participação no custeio de forma equânime (ideia de justiça social, visando a redução de desigualdades entre a população), (f) diversidade da base de financiamento (todos os entes federados devem cumprir com parte de seus orçamentos) e (g) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados⁷³.

Em suma, dentre esses princípios atinentes à Seguridade Social, todos podemos relacionar à diretamente saúde, para orientar a sua regulação, praticamente todos eles, com exceção apenas do princípio de irredutibilidade do valor dos benefícios, que se aplicaria especificamente à previdência e à assistência social.

Sobre a ideia de Seguridade social, deve-se registrar que, rompendo com a tradição brasileira presente até então, ela impõe a necessidade de atuação do Estado na garantia do bem-estar da população (MACHADO; DAIN, 2012, p. 464).

A inclusão dessa ideia na Constituição Federal, orientada por princípios

⁷² Veja, por exemplo, os arts. 35, III e 166, §9º, da CF.

⁷³ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” (BRASIL, 1988).

democráticos que determinavam a reabertura política do País, ainda que se configure como uma medida extemporânea, se comparada ao resto dos países capitalistas, marca a recepção pelo Estado Brasileiro dos direitos sociais em meio à contrarreforma neoliberal que viviam os Estados Unidos da América e a Europa (MACHADO; DAIN, 2012, p. 464).

Na sequência, a Constituição Federal destina uma seção específica à saúde, afirmando que ela é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁷⁴.

Percebe-se aí, claramente, as ideias de saúde curativa, quando da referência à recuperação, de saúde preventiva, quando da referência à redução do risco de doença e proteção e de saúde como bem-estar⁷⁵, quando da referência às ações e serviços para a sua promoção.

Também afirma a Constituição que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cuja execução deve ser feita diretamente pelo Poder Público, por terceiros ou por pessoas físicas ou jurídicas, cabendo exclusivamente ao primeiro dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle⁷⁶.

A explicitação constitucional da relevância pública “[...] é resultado, como muitas das demais normas constitucionais sobre o SUS, das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que procuravam a superação de um modelo considerado desestatizante, curante e centralizador” (SARLET; FIGUEIREDO, 2012, p. 54).

Seguindo na demonstração desse sistema sanitário-constitucional, a Constituição define o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse passo, constitui-se nas ações e serviços especificamente na matéria de saúde que devem se dar de forma integrada numa rede regionalizada e hierarquizada segundo as seguintes diretrizes: (a) descentralização – “redistribuição do poder decisório, dos recursos e das competências quanto às ações e aos serviços de saúde ente os vários níveis de governo” (ASENSI, 2012b, p. 11), (b) integralidade – “fornecimento de um

⁷⁴ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

⁷⁵ Nos termos da ideia trazida na Constituição da Organização Mundial da Saúde.

⁷⁶ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (BRASIL, 1988).

conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, qualquer que seja o nível de complexidade de assistência” (ASENSI, 2012b, p. 11) e (c) participação da comunidade – forma de ampliação da efetividade das políticas públicas de saúde pelo controle e participação da sociedade⁷⁷ (ASENSI, 2012b, p. 11).

No tocante à hierarquização, cumpre deixar claro que se trata de “um termo técnico do setor sanitário que significa divisão de nível em complexidade crescente” (SCHWARTZ, 2001, p. 108), não podendo ser confundido com exercício de controle ou poder. Nesse ponto, diz-se que a gestão do SUS é descentralizada, convindo registrar que a Constituição impõe a gestão compartilhada entre a União e os Estados, sendo uma faculdade destes últimos decidirem pela implementação de mais um nível de descentralização que seria a municipalização.

Ainda que não seja obrigatória, a municipalização da saúde é uma exigência da organização nacional, pois descentralizar é uma questão de democracia⁷⁸ (SCHWARTZ, 2001, p. 105), visto que permite a administração dos recursos pelo próprio município em favor das necessidades locais, o que facilita o poder público e a população na correta alocação e controle dos recursos. A implementação desse nível de descentralização permite, ainda, um considerável incremento da prestação sanitária com o estabelecimento de consórcios intermunicipais (Lei. 8.080/90 e L. 8.142/90)⁷⁹.

Sobre a participação direta da comunidade, que se dá principalmente por meio da conferência e dos conselhos de saúde, regulados pela Lei 8.142/90 e a consequente eficiência de um sistema que se propõe nacionalmente (em mais de 8 milhões de quilômetros quadrados) a prestar a saúde em caráter integral e universal (para mais de 200

⁷⁷ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.” (BRASIL, 1988).

⁷⁸ Nesse mesmo sentido, em outra obra, Schwartz (2015, p. 18-19), assevera que “a descentralização sanitária está intimamente ligada ao aspecto democrático, de vez que, até do ponto de vista psicológico torna mais palpável a possibilidade do controle e participação dos mecanismos democráticos de decisão e de procedimentos sanitários, transformando-se em um dos pilares da regulação compartilhada na área da saúde. Mais, a descentralização é parte integrante da democracia e dela não pode se dissociar, ainda mais em um país de proporções continentais como é o Brasil. A descentralização é uma reforma de Estado que procura adaptá-lo à sua nova feição de cunho democrático.”

⁷⁹ “Utilizado como instrumento de estímulo ao planejamento local e regional em saúde, o consórcio possibilita, além disso, a viabilização financeira de investimentos e contribui para a superação de desafios locais no processo de implementação do Sistema. Para o município de pequeno porte, representa a possibilidade de oferecer à sua população um atendimento de maior complexidade. A manutenção de um hospital, por mais básico que seja, requer equipamentos, um quadro permanente de profissionais e despesas de custeio que significam gastar, anualmente, o que foi investido na construção e em equipamentos.” (BRASIL, 1997, p. 7-8).

milhões de habitantes), deve-se destacar que

o desenvolvimento de estratégias de construção de um novo tecido social descentralizado e participativo, repõe a nossa especificidade regional em um patamar distinto, capaz de reivindicar um modelo de democracia onde impere a co-gestão pública, retomando os princípios de solidariedade e igualdade em uma complexidade que seja capaz de reconhecer a subjetividade e a diversidade como parte da cidadania. (FLEURY, 1997, p. 40).

“Também é fato que [a descentralização] é uma forma de melhor racionalização na busca da efetivação do direito à saúde, já que procura detalhar, a partir de uma realidade local, o sistema e o conceito de saúde” (SCHWARTZ, 2001, p. 105).

Seguindo na análise da estrutura do SUS, em relação ao orçamento para a sua manutenção e desenvolvimento, os entes da federação têm o dever de aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos estabelecidos pela própria norma constitucional⁸⁰.

Ponto importantíssimo em matéria orçamentária é a previsão constitucional no sentido de determinar a revalidação a cada cinco anos de lei complementar estabelecendo (a) os limites mínimos dos recursos a serem aplicados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, (b) os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos demais entes federados e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, direcionados à redução das disparidades regionais e (c) as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde em todas as esferas da federação⁸¹.

Tal preocupação constitucional, aliada a predita principiologia do SUS, visam

⁸⁰ "Art. 198. [...] § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)" (BRASIL, 1988).

⁸¹ "Art. 198. [...] § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)" (BRASIL, 1988).

claramente dar dinamicidade a esse sistema, mantendo-o atualizado para sua máxima eficiência sempre direcionada à promoção universal e integral da saúde, bem como à redução da desigualdade social sanitária brasileira.

No final dessa seção da Constituição Federal destinada exclusivamente à saúde, especialmente no seu artigo 199⁸², está a previsão de que a saúde é livre à iniciativa privada com fins lucrativos, sendo vedada a estas a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções.

Não obstante, a iniciativa privada poderá participar de forma complementar do SUS, segundo suas diretrizes e mediante contrato de direito público ou convênio; porém, dando-se preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Além disso, salvo exceções legais, é vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País.

Portanto, as ações e prestação de serviços públicos sanitários é realizada tanto por órgãos e estabelecimentos de caráter estatal com seus profissionais da saúde admitidos regularmente ao serviço público, como também por estabelecimentos privados com seus profissionais da saúde particulares. Nesse caso, são repassados pela administração pública, nos termos das suas tabelas de preços, os pagamentos por tais serviços prestados à população.⁸³

Mais outras tantas previsões constitucionais relacionam-se diretamente e indiretamente à saúde, cabendo o destaque ao dever de toda a sociedade na proteção com as criança e adolescentes e aos idosos e às disposições, em sua maioria orçamentárias, relativas ao Fundo Nacional de Saúde,⁸⁴ constantes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É fundamental acrescentar a todo esse arcabouço sanitário-normativo-

⁸² “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.” (BRASIL, 1988).

⁸³ Esse último ponto sobre a livre atuação sanitária da iniciativa privada merecerá atenção mais detida em capítulo seguinte, porque se relaciona diretamente com o nosso foco de pesquisa que são os planos de saúde suplementar.

⁸⁴ O FNS é regulado pela Lei nº 8.142/90, que também estabelece o repasse regular e automático para os Estados, Distrito Federal e Municípios dos recursos destinados para a cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados por esses entes da federação (art. 2º e 3º).

constitucional pelo menos mais dois pontos que não podem ser desassociados de tudo que já foi dito.

O primeiro. Estão necessariamente contidos no conceito jurídico-constitucional de saúde os pactos internacionais em que o Brasil figurou como signatário, especialmente aqueles que versam sobre direitos humanos⁸⁵. Nesse sentido, valem destacar as seguintes normas internacionais:

(a) O artigo XI, da Convenção Americana de Direitos e Deveres do Homem: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade” (CIDH, 1948).

(b) O artigo 12, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

(c) O artigo 10, do Protocolo de San Salvador:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de

⁸⁵ Sobre a eficácia dessas normas, os parágrafos 1º, 2º e 3º da Constituição: “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988). Em relação àqueles tratados, como o Pacto de São José da Costa Rica, concebidos antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que incluiu o parágrafo 3º acima referida, o Supremo Tribunal Federal considerou-os de caráter supralegal (BRASIL, 2008).

mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Além disso, é claro, deve ser considerada a já referida Constituição da Organização Mundial da Saúde⁸⁶, particularmente a sua principiologia:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. [...] Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. (OMS, 1946, grifo nosso).

O segundo ponto. Seja em relação à sua feição individual, seja à feição social, adere à ideia de saúde mecanismos imprescindíveis para evitar ou reparar ofensas a tal direito. Tais mecanismos compõem um complexo sistema presente na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

A título de exemplificação, note-se o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção individual e coletivo, o direito de petição, a ação popular, a ação civil pública, as de controle concentrado de constitucionalidade, sem falar dos recursos individuais aos tribunais internacionais protetores dos direitos humanos.

Some-se a isso as instituições com atribuição para proteção desse direito. Cite-se, o Ministério Público, as Defensorias públicas, os Conselhos de Saúde, as Comissões de Seguridade Social do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas, os Tribunais de Contas da União e dos Estados e a sociedade civil organizada, conselhos de ética, ONGs, etc.

Assim, é evidente “[...] que a proteção do direito à saúde ocorre das mais variadas formas e que o mesmo restará amparado em qualquer hipótese, inexistindo forma de não tutela do direito retrorreferido” (SCHWARTZ, 2001, p. 145).

Dada por finalizada as feições da saúde como sistema jurídico positivado e seguindo a construção do seu sentido complexo para o Direito, passa-se a enfrentá-la sob o ponto de vista da dogmática constitucional, especificamente dos direitos fundamentais.

⁸⁶ Ver nota nº 48.

3.3 O sistema sanitário-constitucional: o direito dogmático

A saúde é direito humano fundamental.

Encarada de forma literal e simplista, tal constatação trata-se de uma obviedade.

Necessária; pois, para a construção de sentido mais abrangente, uma análise um pouco mais minudente da saúde a partir desse prisma da dogmática dos direitos fundamentais.

A saúde como direito fundamental tem uma legitimidade autogerativa, ou seja, é “produto de preocupações humanistas que se desbordam dos limites de cada Estado” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 68).

Possui aplicabilidade imediata⁸⁷, é indisponível, é interdependente com outros princípios, é historicamente dinâmica, está protegida e garantida constitucionalmente. É universal, especialmente porque está muito próxima, por vezes até integrada ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante do Estado Brasileiro.

Sobre essa última característica, cumpre ressaltar o caráter não programático e sim perceptivo da saúde, impondo ao Judiciário um papel decisivo e coercitivo aos Poderes Executivo e Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já se manifestou sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 271.286-RS, da relatoria do Ministro Celso de Mello. Em seu voto, o Ministro negou o caráter programático do art. 196 da Constituição, considerando que tal interpretação prejudica o cidadão, justamente aquele que conferiu poderes ao Estado para a representação de seus interesses. Nesse sentido:

[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositada pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (BRASIL, 2000).

“[...] Os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário” (BRANCO, 2009, p. 285). Assim, na atuação jurisdicional, para a resolução de casos concretos devem os juízes aplicar diretamente as normas constitucionais mesmo à falta de comando legislativo ou até mesmo contrário a eles (BRANCO, 2009, p. 286). Tudo para concretizar os direitos fundamentais. Trata-se, aliás, de cumprimento do

⁸⁷ Ver nota nº 85.

comando constitucional do art. 5º, §1º, da Constituição.

A somar, nessa linha de pensamento, Ieda Cury (2005, p. 128-129) critica posições tomadas em julgados que têm negado a prestação da saúde sob o surrado pseudofundamento das normas programáticas e que culminam no desrespeito ao direito subjetivo do necessitado da prestação sanitária dado à inexistência de norma regulamentadora do dispositivo constitucional.

[As] políticas públicas de dispensação gratuita de medicamentos estão muito aquém das reais necessidades da população, configurando ameaça inadmissível à vida de indeterminado e elevadíssimo número de pessoas.

Sendo a vida e a saúde direitos subjetivos indisponíveis e imposteráveis, assegurados constitucionalmente a todos os indivíduos, e sendo a saúde corolário e consequência indissociável do direito à vida, ela constitui, além de direito fundamental, também um dever, conforme estabelecido pelo já citado artigo 196 da CRFB/88. (CURY, 2005, p.122).

O ponto a justificar a aplicabilidade imediata do direito à saúde, além da previsão expressa da Constituição Federal, é a sua altíssima carga valorativa normativa, na medida em que é condição para a vida e, conseqüentemente, para o exercício dos demais direitos. Obviamente, dado à sua amplíssima abertura cognitiva, serão nas situações concretas que a sua proteção ou prestação deverá ser analisada.

A aplicação direta e imediata dos direitos individuais e sociais, proclamados no art. 5º da CRFB/88, não se destina somente àquele dispositivo; também outros direitos assegurados na Lei Maior estão garantidos pela eficácia direta e imediata, dispensando a *interpositio legislatoris*. [...] Ressalte-se que o trabalho de concretização das normas constitucionais não é só do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário, especialmente diante da omissão do primeiro. Assim, enquanto não são estabelecidos pelo Poder Legislativo, através da edição de lei, com o preciso sentido do texto constitucional, os limites acerca do direito à saúde – do qual o cidadão é credor e o poder público o devedor –, a tarefa de sua concretização não pode ser negada pelo Poder Judiciário. (CURY, 2005, p.129-130).

Aliás, na relação com os demais direitos fundamentais, “[...] a Constituição conferiu à saúde e à dignidade humana um caráter fundamental e primário, no sentido de antecedente aos demais” (SCHWARTZ, 2001, p. 100)⁸⁸.

⁸⁸ Cumpre esclarecer que a afirmação de Germano Schwartz (2001) é adotada nessa dissertação no sentido de que a saúde possui uma maior carga valorativa em relação aos demais direitos. Isso decorre da evidente superproteção do Poder Constituinte com tal direito. Portanto, a afirmação não deve ser tomada no sentido de que, *a priori*, alguns direitos fundamentais possam se sobrepor a outros e, tampouco, que na análise do caso concreto sempre deverá prevalecer o direito à saúde. Em outras palavras, é que a saúde é verdadeiro “[...] *direito-carrefour* porque compreende a proteção da saúde física e mental dos indivíduos, mas também a defesa dos direitos da pessoa. Assim, a saúde é um direito humano indispensável ao exercício de muitos outros direitos humanos, que qualifica o direito à vida, elevando-o a *direito à vida digna*” (VENTURA, 2013, p. 27).

Mas há outras significações para a saúde como direito fundamental.

Do ponto de vista funcional, saúde é direito de defesa e de direito prestacional.

Como direito de defesa, está relacionado à autonomia da pessoa. Garante-se a proteção perante os poderes do Estado. Trata-se de direito que o cidadão exerce em dupla perspectiva: (a) uma positiva, no sentido do indivíduo exercer sua saúde, de autodeterminar-se conforme melhor lhe aprouver e (b) uma negativa, no sentido de que o Estado deve se abster de intervir na esfera individual, um dever do Estado de não ingerência sobre a pessoa.

Ainda é possível falar-se em outra perspectiva de cunho protetivo, chamada por Sarlet (2007, p. 395) de “eficácia horizontal” e por Canotilho (*sem ano*, p. 409) de “função de proteção perante terceiros”. Segundo essa ideia, em se tratando de saúde, deve o Estado garantir que não haja ingerência de indivíduos sobre outros indivíduos. Nesse caso, a relação não se dá entre indivíduo e Estado, mas entre indivíduos, assumindo o Estado à posição de garante.

Como direito prestacional, a saúde é dever do Estado.

É direito social formalmente constitucional; pois, expressamente previsto na Constituição como tal.

Nessa acepção, a saúde exige um comportamento ativo do Estado que tem a obrigação prestacional jurídica de regulação, para o exercício e proteção do direito, e material, de prestar concretamente a saúde; por exemplo, com a criação de instituições e prestação de serviços sanitários em espécie. Tais obrigações, como visto, são muito bem definida na Constituição de 1988.

A saúde também é direito de participação. Eis aqui a acepção política da saúde, que permite à população exercer sua cidadania direta e indiretamente decidindo sobre as políticas sanitárias que serão adotadas pelo Estado.

Outra característica do direito à saúde é a sua ambivalência. É dizer que a saúde, se exercida como direito de defesa, pode vir a exigir direitos de prestação do Estado e vice-versa.

Mais uma leitura da saúde como direito que deve ser realizada é a partir de uma ideia histórica dos direitos fundamentais, seja geracional, desenvolvida por Norberto Bobbio (1992), seja dimensional, adotada, dentre tantos autores, por Cançado Trindade (1997). Assim, historicamente a saúde apresenta-se como direito de primeira – civis e

políticos, de cunho individual –, segunda – sociais econômicos e culturais, de cunho coletivo – e terceira – solidário ou fraterno, de cunho transindividual⁸⁹ – geração ou dimensão.

Tal dimensão de solidariedade da saúde importa em considerá-la, inclusive, no plano global, no compromisso de uma coletividade para com todas as demais. Esse compromisso deve ser cada vez mais acentuado na contemporaneidade por conta do processo globalizatório em constante intensificação⁹⁰.

Ainda que insipiente a recepção de um quarto estágio geracional ou dimensional dos direitos fundamentais pela doutrina⁹¹, o importante para a presente pesquisa é demonstrar toda a complexidade jurídica em que a saúde como direito fundamental está inserida, não podendo desassociá-la, por exemplo, das novas tecnologias, como a nanotecnologia, a biotecnologia e a bioengenharia, e do espaço virtual, hoje em diversos aspectos mais importante que o espaço físico, na medida em que muitos direitos conexos à saúde, considerada especialmente na sua dimensão psicológica e social, são exercidos com maior intensidade nesse ambiente.

É possível também qualificar a saúde sob outros aspectos da dogmática constitucional. Ora, a saúde, como direito, possui uma dimensão subjetiva e objetiva. Subjetivamente, corresponde à característica de ensejar uma pretensão a que se adote um determinado comportamento, ou no poder de produzir efeitos sobre uma relação jurídica; em outras palavras, exige um comportamento positivo ou negativo do Estado ou de alguém. Objetivamente, não há essa perspectiva individual ou coletiva de um direito que se pode exercer. A perspectiva assumida, aqui, pela saúde, é axiológica, ou seja, serve de bússola a orientar todo o sistema jurídico.

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um

⁸⁹ Sobre essa terceira dimensão ou geração dos direitos fundamentais, percebe-se uma divergência doutrinária, que, especialmente no Brasil, pode se resumir a duas posições. Segundo Wolkmer (2013, p. 129), uma que incorpora a ideia acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade, incluindo-se aí os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, etc; outra que incorpora a ideia de direitos transindividuais, incluindo-se aí Direito Ambiental e Direito do Consumidor. De qualquer sorte entende-se que ambas as posições não se excluem. Pelo contrário, se complementam.

⁹⁰ Sobre esse aspecto da saúde pode ser bem caracterizado pelas ações sanitárias mundiais de controle da pandemia do vírus H1N1, conhecida como Gripe A. Sobre o tema, ver a tese de Deisy Ventura (2013), submetida ao concurso de Livre-docência em direito internacional do Instituto de Relações Internacionais da universidade de São Paulo.

⁹¹ Sobre o tema, ver Sarlet (2007, p. 58).

sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. (BRANCO, 2009, p. 300).

Nesse sentido, e por tudo que foi exposto até aqui, é possível denotar sobre a necessária ideia de abertura cognitiva que deve permear o Direito desde a construção das normas até – e principalmente – a sua hermenêutica que orienta a construção das soluções, especialmente as judiciais, do dia a dia.

Deve-se, portanto, romper com a concepção da existência de conceitos-em-si-mesmos, seja de textos normativos, seja de dispositivos constitucionais (STRECK, 1999, p. 226). É inadmissível pensar que um texto de dispositivo constitucional ou legal, por mais concreto que possa ser, possua em-si-mesmo todo o sentido que lhe pode ser dado. Necessariamente todo esse conteúdo – sempre em mutação – será dado pelo intérprete orientado pelos *topos* hermenêutico conformador que é a Constituição e inexoravelmente do meio ambiente (o contexto histórico-cultural) em que estiverem – texto, intérprete e Constituição – inseridos⁹².

Buscando perquirir sobre o sentido desse *topos*, o contrato social, que deve conformar o sistema sanitário brasileiro em qualquer nível legal, denota-se que, não obstante princípios liberais tenham contribuído para a construção da Constituição Federal, ela é claramente em matéria sanitária e nos seus temas mais conexos um paradigma social.

Pressupondo uma sociedade fraterna, o Estado Brasileiro é destinado a assegurar, como um dos valores supremos, o bem-estar e a igualdade⁹³. Entre os fundamentos da República, um deles é a dignidade da pessoa humana, sendo um dos seus objetivos a construção de uma sociedade solidária e a redução das desigualdades⁹⁴. Ainda que previstos na Constituição diversos princípios eminentemente liberais, todos eles devem obedecer a balizadores sociais e vice-versa. Com clara preocupação social, por exemplo, veja-se o capítulo da Ordem Econômica e Financeira que prevê os princípios da

⁹² Sobre essa ideia, ver Streck (1999, p. 214-228).

⁹³ Essa ideia está disposta no preâmbulo da Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa do Brasil.” (BRASIL, 1988).

⁹⁴ Conforme o art. 3º, da Constituição, são objetivos da República: “[...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

propriedade privada e da livre concorrência ao lado da função social da propriedade, tudo conforme os ditames da justiça social⁹⁵.

É nesse ambiente que está imersa a saúde, como um dever do Estado e direito de todos.

Mas a própria Constituição vai além. As conquistas do movimento da Reforma Sanitária impuseram que o Constituinte não previsse no texto a saúde somente a partir de dispositivos com alto grau de abertura cognitiva. Pelo contrário, como analisado no ponto anterior, o Poder Constituinte Originário densificou a saúde estabelecendo inclusive as diretrizes em que ela deve ser efetivada. Além disso, não se esqueceu do mercado. Conforme o artigo 199, da Constituição, é livre à iniciativa privada a assistência à saúde.

Afastando-se qualquer possibilidade de uma hermenêutica de busca de conceitos-em-si-mesmos, torna-se óbvio inferir que essa liberdade da iniciativa privada não é absoluta. Em vista disso, o exercício dessa liberdade só será legítimo se observada a sua função social, se conformada com o sistema sanitário e, logicamente, com o sentido da Constituição Federal⁹⁶.

Arrematando as características do sistema constitucional, deve-se reafirmar o modelo de saúde imposto pela Constituição não se resume ao modelo biomédico, de caráter científico-mecanicista⁹⁷.

A saúde, como mencionado no ponto anterior, é direito que condiciona o exercício dos demais direitos e, também por isso, indissociável da dignidade da pessoa humana. Não

⁹⁵ A propósito, o teor do art. 170, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (BRASIL, 1988).

⁹⁶ Sobre a relação do capitalismo e a sua necessária submissão à Ordem Constitucional, assevera Silveira (2009, p. 10): “Para muitos doutrinadores, o modelo econômico definido pela nossa Constituição é o do bem-estar, não deixando tudo à mercê do mercado, como pretende a doutrina neoliberal, que fomenta de forma devastadora as diferenças sociais. Todavia é certo que a ordem econômica abraçada pelo Estado brasileiro é a capitalista. Embora, capitalista, ela deve priorizar os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. [...] Com efeito, a liberdade de iniciativa privada não é absoluta, já que existe a preocupação da Constituição com a realização da justiça social, sendo portanto ilegítima quando exercida com o objetivo único de lucratividade de empresário. Princípios como o da dignidade da pessoa humana são condicionadores da atividade econômica, e não o contrário, como nos fatos a que assistimos taciturnos.”

⁹⁷ Sobre esse modelo e sua atual crítica, por conta da ainda existente hegemonia na medicina, ver percuciente estudo de José Augusto Barros (2002).

depende somente das boas condições físicas e psicológicas, de caráter individual, mas também é fundamental o um ambiente social e econômico⁹⁸. Logo, todo o enunciado de um pretense conceito de saúde que ignore o pressuposto da necessidade do equilíbrio interno humano e desse com o ambiente, deformará profundamente a ideia de saúde. (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 11).

Deve-se admitir, por consequência, a imposição constitucional da ideia biopsicossocial de saúde, que ainda que não se configure um novo paradigma sanitário⁹⁹, possui um sentido mais afinado ao ordenamento.

Aliás, com relação ao modelo biomédico, pode-se afirmar que ele está em crise. A medicina científica, ainda que não se deva desprezar seus grandes avanços, não se mostra tão eficaz como se propõe. Ademais, nota-se certo menosprezo por parte dos médicos em relação às formas alternativas de enfrentamento de doenças, não valorizando como deveriam as opiniões dos pacientes (GIDDENS, 2005, p. 148).

“Cada vez mais aumenta a percepção de que não são somente os médicos especialistas que possuem o conhecimento e a compreensão sobre a saúde e a doença. Estamos todos em posição de interpretar e formar nosso próprio bem-estar através da compreensão de nossos corpos e através das escolhas que fazemos cotidianamente sobre dieta, exercícios físicos, padrões de consumo e estilo de vida em geral. Essas novas tendências do pensamento popular sobre saúde, além de outras críticas à medicina moderna delineadas anteriormente, estão contribuindo para algumas profundas transformações dentro dos sistemas de saúde nas sociedades modernas.” (GIDDENS, 2005, p. 140)

Como se nota, não só se pode como se deve encarar a saúde a partir de um sem-número de vieses. É assim que ela deve ser percebida e construída pelo Direito. Essas condições de possibilidade de resgate do *Dasein* – sanitário – constitucional¹⁰⁰.

⁹⁸ Esse aspecto deve ser interpretado tanto de um viés macro, quanto microeconômico. A propósito dessa segunda acepção, a Resolução 58.33 da Assembleia Mundial da Saúde de 2005 diz que “[...] todos devem ter acesso a serviços de saúde sem necessidade de sacrifícios financeiros [...]” (OMS, 2010, p. XII, grifo nosso). E não se deve esquecer que essa resolução faz parte da ordem jurídica brasileira na medida em que o Brasil é signatário da Organização Mundial da Saúde.

⁹⁹ Sobre uma nova orientação sanitária, “não está claro, ainda, se essas transformações contemporâneas dos cuidados com a saúde resultarão em um novo “paradigma da saúde” para substituir o modelo biomédico, como alguns estudiosos sugeriram. Mas é certo que estamos testemunhando um período de reformas rápidas e significativas na medicina e na atitude das pessoas para com esta.” (GIDDENS, 2005, p. 140).

¹⁰⁰ Nesse sentido: “o *Dasein* é, portanto, uma pré-compreensão do sentido do texto constitucional, e sua ausência gera graves consequências hermenêuticas, que não defendidas pelos juristas adeptos da visão de um Estado Absenteísta e de um paradigma liberal de direito. Dita interpretação/ausência do *Dasein* constitucional implica sérios problemas para o público-alvo da Lei Fundamental.” (SCHWARTZ, 2001, p. 168). E para uma

4 SAÚDE SUPLEMENTAR: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Na ordem constitucional vigente, sabe-se que é livre à iniciativa privada explorar a saúde, seja em complementaridade à prestação pública, seja de forma autônoma; porém, como se viu, essa exploração é balizada.

Por uma linha interdisciplinar de análise, não somente cingida a critérios jurídicos, o presente capítulo pretende esboçar a evolução histórico-político-social da assistência privada à saúde em face do sistema público, atentando-se, especialmente, à relação entre o público e o privado. Após, segue-se à análise da positividade jurídica da matéria – a regulação constante nas Leis 9.656/1998 e 9.961/2000 – desde sua gênese, incluindo as contingências da sua conformação e desenvolvimento. Ao final, realiza-se uma abordagem problemática sobre o enfrentamento dessa matéria pelo Direito à luz dos julgados obtidos com a pesquisa empírica exposta no primeiro capítulo.

4.1 A história por um viés jurídico-sanitário

No Brasil, os sistemas institucionalizados de assistência à saúde surgem de uma disposição híbrida entre setores privados, compostos por dirigentes e empregados de sociedades empresárias, de um lado, e o Poder Público de outro. Tudo acontece no bojo da institucionalização da previdência social, no seu início, ocorrido com a edição da Lei Eloy Chaves¹⁰¹. Com essa lei, instituem-se as chamadas CAPs – Caixas de Aposentadoria e Pensões –, abrangendo todas as empresas ferroviárias do País, devendo-se estruturar uma Caixa para cada empresa. Além dos benefícios como aposentadorias e pensões, as CAPs asseguravam também assistência à saúde dos trabalhadores e dos membros de suas famílias. O sistema, em seguida, obedecendo ao mesmo modelo, dissemina-se, envolvendo outras categorias profissionais (BATICH, 2004, p. 33).

Constata-se, a partir dessa regulação, o mutualismo com as características de “mutualidades” de trabalhadores¹⁰², surgidas por iniciativa própria dos movimentos operários europeus e norteamericanos do século XIX, em que os fundos formados pelas contribuições dos trabalhadores tinham características autônomas e autocéfalas¹⁰³, em

101 Decreto nº 4682/1923 (BRASIL, 1923).

102 Sobre as características das mutualidades, Schnerb (1961, p. 79-80).

103 Convém ressaltar que a expressão “autocéfala” é própria da tradução brasileira de Augustin Wernet, da obra Metodologia das Ciências Sociais, de Weber (2001, p. 350).

nosso País, foi pouco expressivo, como de resto, as organizações da sociedade civil em geral¹⁰⁴.

Na verdade, seguindo a esteira da histórica tradição centralizadora, patrimonialista e autoritária de nosso sistema político¹⁰⁵, a assistência à saúde nasce institucionalizada pelo Estado, mas sem integrar a sua estrutura pública.

Nesse modelo de mutualidade, os recursos guardam origem privada – contribuições de empregados e empregadores – e a estrutura de administração do fundo, assim formado, é entregue a uma comissão integrada por representantes da direção da empresa e representantes dos empregados. Nesse sentido, é autocéfala e autossustentável. Por outro lado, a autonomia é fortemente limitada pelas regras de organização e procedimentos contidos na lei instituidora do sistema. Refira-se o caráter compulsório dos descontos das contribuições de empregados e o recolhimento daquelas correspondentes aos empregadores. Por fim, as características das CAPs dos ferroviários, relativa à inclusão do direito dos beneficiários e de seus dependentes à assistência médica e medicamentosa junto com a previdência, é um modelo de assistência à saúde que, em sua racionalidade, remanesce até quase o final do século XX, com o caráter curativo, de mutualidade e de financiamento por um único fundo – até 1988 –, quando a saúde é submetida ao regime do Sistema Único de Saúde.

A partir dos anos 1930, com o governo Vargas, o modelo até então seguido muda. Os CAPS que beneficiavam poucas categorias profissionais incorporam-se ao novo Ministério do Trabalho que passou a tomar providências para que as garantias previdenciárias se estendessem ao maior número de categorias de trabalhadores. Criaram-se, então, a partir de 1933, os IAPs – Institutos de Aposentadoria e Pensões –, iniciando-se com o dos Marítimos – IAPM¹⁰⁶. Seguiram-se outros, criados até a última das fases do governo, o período do Estado Novo.

Também as instituições do setor público, assim como algumas grandes empresas privadas, mereceram assistência semelhante para seus respectivos servidores (SILVA JÚNIOR; GOUVEIA, 2012, p. 225).

Assim como em relação aos recursos das Caixas de Aposentadorias e Pensões, também aqueles dos Institutos Aposentadorias e Pensões eram financiados por contribuições compulsórias de trabalhadores e sociedades empresárias, incidentes sobre os

¹⁰⁴ Nesse sentido, Lamounier, (1978, p. 368-370).

¹⁰⁵ Sobre a tradição histórica do sistema político brasileiro, Faoro (2002) e Lamounier (1978)

¹⁰⁶ Instituído pelo Decreto nº 22.872/1933 (BRASIL, 1933).

salários de empregados e empregadores, num sistema de mutualidade, continuando a cobertura combinada tanto da previdência como da saúde, de empregados e dependentes. Ampliou-se o sistema, ainda, em relação à assistência à saúde, com a cobertura do suporte das internações hospitalares dos beneficiários, - funcionários públicos, servidores do Banco do Brasil e da Previdência.

A grande mudança nesse sistema de previdência ocorre na medida em que a sua administração deixa de ser autônoma como nas Caixas de Assistência e passa a ser estatal. A tendência centralizadora do novo regime revela-se ainda maior, com a nova estrutura dos Institutos de Aposentadoria, de âmbito nacional e dirigidas por pessoas nomeadas pelo Presidente da República. A nova forma de organização da seguridade social, substitui, paulatinamente, as CAPs.

Em suma, enquanto o primitivo sistema das CAPs revestiu fortes aspectos de assistência privada auto-administrada, nos IAPs adotou-se um modelo de administração puramente pública, com as contribuições constituindo-se juridicamente em tributos.

Apesar desses primeiros sinais de aproximação entre o público e o privado, até meados dos anos de 1950 não se vislumbravam entidades privadas com estrutura de empreendimento em saúde semelhante à atual – de uma rede de prestação de assistência médica, financiada por pessoas físicas ou jurídicas, e que articulam os prestadores do serviço direto, como médicos e hospitais.

No forte sentido de centralização e iniciativa estatal intervindo na economia e na sociedade, em geral, aliado a uma debilidade da iniciativa privada, aquele papel era exercido pelo Poder Público¹⁰⁷.

Durante o governo do Presidente Juscelino Kubistchek (1955-1960), com o seu “Plano de Metas”¹⁰⁸, o Brasil experimenta um grande surto de desenvolvimento com base industrial. O crescimento se dá principalmente com eixo na região da grande São Paulo, o ABC, reunindo os municípios de Santo André, São Bernardo e São Caetano. A região fora escolhida para a instalação das grandes montadoras multinacionais de automóveis e outros veículos. Segue-se uma rápida e grande expansão e diversificação da estrutura produtiva industrial¹⁰⁹, havendo a necessidade de instalarem-se sistemas de assistência à saúde autônomos, promovidos, dentre outras, principalmente pelas indústrias automobilísticas, além e apesar do sistema dos IAPs, com baixo potencial de atendimento.

¹⁰⁷ Sobre a debilidade da iniciativa privada, substituída pela iniciativa estatal, Singer (1986, p. 224).

¹⁰⁸ Sobre o tema, acessar: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/JK/artigos/Economia/PlanodeMetas>>.

¹⁰⁹ Em relação à debilidade da iniciativa privada, substituída pela iniciativa estatal, Singer (1986, p. 225-226).

Tal implantação é efeito desse crescimento industrial. O grande número de trabalhadores qualificados criou uma demanda em termos de saúde, exigindo-se um atendimento mais eficiente, tendo em vista a complexidade e o crescente conhecimento técnico para o trabalho, sendo vital o aumento e a manutenção da produtividade. A fim de se evitar as ausências dos empregados por motivo de doença, mostrava-se necessária a prestação de imediatos tratamentos médico-assistenciais aos operários, de modo a rapidamente devolvê-los e conservá-los aptos à continuidade da produção.

Além disso, tais organizações multinacionais que se transferiam para o Brasil, também trouxeram dos países de suas matrizes a necessária experiência no setor médico assistencial, inclusive em termos de estrutura médico-hospitalar. Ao início, tal tipo de assistência vinculava-se a uma cobertura direta das empresas, integrando, dessa forma, os próprios contratos de trabalho de seus servidores. O sistema dos Institutos de Aposentadorias mostrou-se insuficiente diante da qualidade e da imediatidade de atendimento então exigidas, sendo que a própria previdência pública trata de transferir a responsabilidade da assistência para as empresas produtoras. Estas vão-se valer, então, de empreendimentos privados, implantando-se, assim, um novo sistema de assistência privada à saúde, essencial ao desenvolvimento das grandes indústrias, quer pela insuficiência do setor público, quer pela relativa precariedade do setor de amparo de origem filantrópica, como as Santas Casas e sociedades de beneficência, dedicadas ao atendimento particular direto e aos mais pobres e carentes (SILVA JÚNIOR; GOUVEIA, 2012, p. 225).

Sobre esse setor de assistência comunitária e filantrópica, convém referir que ele era responsável por 62,1% dos leitos do País (MÉDICI, 1992, p. 81). No entanto, apesar do objetivo filantrópico, crescia a contribuição pública para o custeio desses hospitais ao ponto de setores do próprio governo oporem-se a esta prática alegadamente contrária aos princípios democráticos. Foi, por exemplo, a posição do Plano de Metas para a Saúde, capítulo do Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico, (BRASIL, 1962, p. 92-96) coordenado pelo Economista Celso Furtado, sendo Ministro da Fazenda San Tiago Dantas, sob o Governo do Presidente João Goulart (SKIDMORE, 1998, p. 214).

Nessa realidade, o setor médico-hospitalar – comunitário, filantrópico e particular – vai articular-se adotando práticas próprias da economia de mercado destinadas a organização e administração dos recursos da área privada a fim de cobrir os novos custos assim criados. O resultado foi uma melhoria de condições de atendimento às classes médias com maior poder de recursos e às sociedades empresárias obtendo maior

produtividade de seus empregados (MÉDICI, 1992, p. 80-81).

Desenhava-se uma nova modalidade de assistência à saúde, agora fortemente marcada pela evolução do capitalismo no Brasil, com a valorização do mercado como o *locus* de seu desenvolvimento.

No entanto, tratava-se de um mercado incomum, *sui generis*, longe da clássica tipicidade dos mercados em geral. Um mercado, segundo Médici (1992, p. 80), com quatro marcantes características.

Primeira. O desconhecimento por parte do consumidor, no caso, o paciente, das condições, das causas do mal experimentado, e, conseqüentemente, da “mercadoria” a ser comprada: o tratamento da doença e o seu grau de eficácia. Acrescente-se, ainda, a impossibilidade de exame da conveniência das alternativas terapêuticas, bem como da indicação dos remédios. Revela-se a quase total dependência do consumidor ao prestador do serviço, já que é o médico quem deve decidir sobre o produto a ser consumido, mediante a prescrição.

Segunda. Na perspectiva da produção, o preço é escassamente determinado pelas leis do mercado, intervindo na sua fixação todo um complexo de fatores, desde as condições de formação profissional do médico, passando pelos tipos de exames exigidos e dos procedimentos terapêuticos recomendados.

Terceira. O consumo de atendimento à saúde associa-se a efeitos externos, geralmente oriundos da saúde pública, como redução ou erradicação de doenças através de campanhas de vacinação, medidas de saneamento, alimentação suplementar, comum nas redes públicas escolares e nas sociedades empresárias.

Quarta. Consiste na relação historicamente permanente com o governo, no seu papel de comprar serviços de saúde para a população mais carente; de assumir o fornecimento de procedimentos e ações não atraentes à iniciativa privada; de conceder benefícios fiscais, linhas de crédito especiais, subsídios, isenções tributárias às sociedades privadas de saúde. Mas é o papel do Estado, de instância de regulação de mercado, que mais influi, sobretudo depois da criação do Sistema Único de Saúde com a edição de normas sobre qualidade, procedimentos, fixação de preços.

As novas condições desse Mercado, como se disse, *sui generis*, constituído por organizações privadas de diversos tipos, como se verá a seguir, vão modificar e comprometer ao longo do tempo os papéis até então existentes na clássica relação, de tipo primário, médico-paciente. Várias são as razões, tais como os novos tipos de tratamento

médico, a multiplicação de especialidades, o apuro nos conhecimentos, as novas tecnologias diagnósticas e terapêuticas (MÉDICI, 1992, p. 80).

Em tal movimento habilitam-se novas formas de organização na prestação de serviços médicos na área privada, embriões do sistema atual de planos de saúde privados.

Um exemplo são as chamadas medicinas de grupo, estruturadas em torno de proprietários ou acionistas de hospitais, com tendência a ampliar a sua rede de serviços pelo pagamento de consultas médicas, ou seja, a compra de trabalho de profissionais médicos (BAHIA, 2001). Tal modalidade assistencial torna-se, pouco depois, um empreendimento tipicamente capitalista pelo fato de apropriar, não somente força de trabalho médico mediante salário, como também a atividade profissional de outros ramos da saúde mediante o pagamento de seus serviços.

A medicina de grupo, ou melhor, o grupo empreendedor de medicina, assume o papel de gestora do fluxo de pacientes, cobrando-lhes a prestação dos serviços ao invés dos profissionais que os executam. Suas características são as de sociedade empresária de economia de mercado, havendo nesse modo peculiar de atuação, a relação de assalariado-empregador; serviços oferecidos no mercado; pagamentos diversos obedecendo a formalidades. Apesar disso, o modelo não preenche uma condição essencial do sistema capitalista que seria, no caso, a incorporação de tecnologia médica. Essa medicina empresarial de grupo não foi capaz de fazê-lo, nem mesmo contratar serviços mais sofisticados que já dispusessem desses recursos. A esse tempo, a medicina de grupo tendeu, quase na totalidade, a prestar um atendimento de caráter primário e sintomático, tudo para reposição da mão de obra (CORDEIRO, 1983, p. 25).

Em um segundo momento, com maior intensificação do progresso da tecnologia médica, a medicina de grupo, então, evolui para um modelo algo diferenciado, e passa a incorporar indiretamente tal avanço. A prática já antes conhecida, mas que se generaliza, é a da contratação e firmação de convênios com serviços de redes de prestação direta de serviços médico-empresariais, e até da rede pública. Não havia porque, àquele tempo, razão para expressivos investimentos em tecnologia por parte do setor. (CORDEIRO, 1983, p. 25).

Nova modalidade, de especial significado, foi a constituição da empresa EBAM de medicina de grupo, ligada a uma companhia de seguros, a Senasa, no Rio de Janeiro (CORDEIRO, 1983, p. 27). Eis aí mais um incremento no mercado: a gênese da penetração do ramo de seguros no âmbito privado de prestação de assistência à saúde.

Quanto a responder pelo atendimento, mesmo que mediante convênio, de procedimentos de maior complexidade e risco, ou alto custo, a Medicina de Grupo eximia-se de assumi-los, excluindo-os dos contratos. Num tempo em que não havia regulação do setor, disso não se cogitava. Gastos excessivos e não suportáveis por mantenedores e prestadores embaraçavam a possibilidade de crescimento e de obtenção das margens de lucratividade. Só com a responsabilidade caindo sobre o setor Público é que se tornou possível a efetivação de tais procedimentos, ou seja, sob a responsabilidade da previdência social ligada à saúde (CORDEIRO, 1983, p. 33).

Outro exemplo de organização privada de operacionalidade de serviços de saúde, curiosamente, surge por um movimento contrário ao da modalidade de exploração do trabalho médico pelas medicinas de grupo. O fundado receio de vir a ser o ato médico controlado ou condicionado por terceiros em tal modalidade moveu expressivo número de profissionais a criarem como alternativa as cooperativas de trabalho médico, as UNIMEDs. Era a resposta de um grupo de médicos inconformados com a exploração e subordinação de seu trabalho. (BAHIA, 2001).

Na sua origem, o objetivo era apenas a preservação da prática dos consultórios médicos. A primeira foi criada em Santos, estado de São Paulo, em 1967, multiplicando-se por outras cidades e estados do País como organizações cooperativas autônomas, mas articuladas entre si por princípios e convênios. (BAHIA, 2001).

Como toda a forma de organização, a tendência para cada unidade do sistema crescer é submeter-se a um processo de burocratização progressiva. Assim, as Unimed incorporaram uma rede de serviços auxiliares e complementares, mediante convênios chegando até a englobar hospitais, prontos-socorros, serviços diagnósticos e terapêuticos de alta complexidade, laboratórios de análises clínicas e assemelhados. Dessa maneira, abriu-se ao mercado privado de planos de saúde. Em uma palavra, passaram a revestir uma significativa modalidade privada de operação desses planos e de prestação de serviços de saúde, diretamente ou mediante convênio.

Além das cooperativas médicas, outros diferentes modelos de empreendimento privado assistencial expandem-se, constituindo-se em grandes e bem estruturadas sociedades empresárias: é o modelo denominado "medicina de fábrica" ou "medicina na empresa" (CORDEIRO, 1983).

Observe-se que a previdência, e mais tarde o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS –, já nos governos militares, embora não obrigados a atender aos

empregados com cobertura de seus empregadores, continuava frequentemente a fazê-lo na sua rede própria de atendimento, sendo que não há notícia de pagamentos ou cobranças por tais serviços (SILVA JÚNIOR; GOUVEIA, 2012, p. 225).

Vê-se dessa forma que a falta de organização do sistema sanitário que implica oneração dos cofres públicos remonta a épocas anteriores à Constituição de 1988.

O novo sistema privado de prestação de saúde vai se desenvolver acompanhando a evolução da economia do País, sempre contando com o concurso do Poder Público, às vezes discreto, outras, decisivamente massivo. Vai prosperar, tanto nos períodos de crescimento acelerado, como em tempos de declínio, nunca perdendo a sua impulsão. Sua expansão é embalada, ora por políticas favoráveis, ora estimulado pelas próprias crises financeiras do Estado que comprometem o desempenho do sistema público de saúde.

Registre-se, no entanto, em 1960, a edição da Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS – que uniformizou a legislação infraconstitucional correspondente com vigência até então, mas conservando a estrutura múltipla dos IAPs. A essa altura, a previdência pública já beneficiava todos os trabalhadores urbanos, excluindo-se, porém, os trabalhadores rurais e domésticos. O atendimento aos direitos à saúde, especialmente o médico-hospitalar, incluíam-se no âmbito dos benefícios tutelados pela lei (HOMCI, 2009, p. 9). A edição da Lei Orgânica da Previdência Social, em relação à saúde, tem o sentido de um movimento contrário ao do setor privado. É parte da contradição público *versus* privado que já se manifestava desde o fim da era Vargas.

No turbulento período que segue, de 1961 a 1964, agudiza-se debate no País em todos os campos de atividade, entre estatismo e iniciativa privada. Segundo Médici (1992, p. 81), à saúde também chega tal polêmica, sendo significativa a posição de defesa de uma medicina liberal por parte da Associação Médica Brasileira, contrária ao ponto de vista da corrente estatista, majoritária no Governo.

A partir de 1964, com o golpe de estado que derrubou o governo do Presidente João Goulart, a nova administração liderada pelos militares interveio nos sindicatos e nos IAPs, nomeando interventores. Sua tarefa inicial foi na área da saúde tendo de intervir nos convênios de assistência com cobertura da previdência, administrados pelos sindicatos, passando para as empresas. Inaugurando-se uma nova política de liberalização dos serviços de saúde, com a Previdência suplementando diretamente o setor. Nessa situação, criaram-se as condições para que os IAPs fossem unificados sob uma única instituição que passou a gerir a previdência e a saúde de forma unificada: o Instituto Nacional de Previdência

Social , o INPS (LUZ, 2014, p. 130-150).

Ironicamente, sob outras condições e com outro desiderato, realiza-se o projeto da LOPS, de 1960, de unificação dos IAPs. Longe de ser uma política pública que viesse a proporcionar saúde para todos os trabalhadores autônomos e formais, o sistema unificado veio a reforçar ainda mais o sistema da previdência privada.

A previdência, financiada com as contribuições dos IAPs diferenciados em termos de recursos, em função da disparidade do poder econômico de cada uma das diferentes categorias de atividade sofreu em função da criação do INPS um nivelamento financeiro abrupto total, igualando-se os recursos assim como os benefícios de todos os trabalhadores segurados. Esse nivelamento provocou um súbito aumento pela procura de melhor atendimento aos segurados de categorias mais desprotegidas. Enquanto isso, aqueles vinculados a institutos expressivos, os industriários e os bancários, tiveram uma redução no nível de seu atendimento pela equalização do padrão da assistência pública da saúde (BATICH, 2004, p.35).

Esses movimentos provocaram uma saída de antigos beneficiários do sistema público buscando o sistema privado. O mercado privado de planos de assistência médica experimenta, então, uma grande demanda que igualmente pressiona a rede privada de prestadores de serviços médicos. Num primeiro momento, o Governo Militar responde com uma política de cunho liberal, com a Previdência parcialmente cobrindo o custo da população mais empobrecida, diretamente aos médicos e aos serviços auxiliares. É o plano de 1968 que acaba fracassando pelo descontrole e dispersão dos recursos.

Já a partir de 1972, firmando-se em 1974, as novas estruturas de medicina de grupo vão receber o apoio do Poder Público. Isso habilita que, pelo setor, multipliquem-se os investimentos. As necessidades de novos contratos, credenciamentos, convênios, fazem-se sentir numa escala muito maior, no mercado privado de saúde, com o Estado aumentando o estímulo a tais empreendimentos e reduzindo o repasse direto a unidades de serviço isoladas e diretamente aos médicos. Foi o Instituto Nacional de Previdência Social e mais tarde o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social que repassaram crescentes recursos aos setores de planos privados de saúde reduzindo proporcionalmente os seus próprios gastos com o atendimento direto. A nova política definida “no Plano Nacional de Saúde de 1974, supera o anterior modelo liberal privatista, adotando-se um novo modelo “estatal-privatista”” (LUZ, 1978, p. 155-173).

Tal política aprofunda-se, ainda mais, até quase o fim da década de 1970. A

demanda em ascensão pela expansão da economia favorece o setor privado na operação de articular os serviços, multiplicando-se os credenciamentos e convênios.

Em 1974, o Instituto Nacional de Previdência Social, que centralizava a seguridade social, é desmembrado, passando a assistência sanitária ao novo órgão, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS que assume o encargo de promover e regular a assistência à saúde.

No mesmo ano, reforça-se ainda mais o modelo estatal-privatista, com a edição da Portaria nº 39/1974 do Ministério de Previdência e Assistência Social. Por essa política governamental, estabelecem-se, entre outras medidas, em primeiro lugar, o direcionamento de procedimentos de alta complexidade e alto custo aos hospitais administrados pela Previdência. Segue-se a imposição de obrigatoriedade às empresas de contratarem serviços de saúde privados para o atendimento de seus empregados e dependentes; a preferência é pelos estabelecimentos privados, na firmação de convênios que mantivessem serviço de pronto-socorro, com compromisso de atendimento universal. Generaliza-se e estimula-se o sistema de credenciamento devidamente regulamentado, e o sistema de livre escolha pelos pacientes, além da instituição de seguro-saúde privado articulado ao sistema previdenciário estatal (LUZ, 2013, p. 178).

Mas não foi só. Outras fontes de recursos foram mobilizadas, no estímulo ao setor privado, como a utilização, aproximadamente, de 20% dos valores arrecadados pelo Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS –, administrado pela Caixa Econômica Federal (MÉDICI, p. 83-84).

Tal política propicia um processo de crescimento e de capitalização do setor privado que chega, durante os anos 1970, a mais de 70% da disponibilidade da previdência social nos gastos em serviços de saúde direcionados ao referido setor. Outro dado a confirmar a intensidade do processo, nos anos de 1970 foi a grande proporção atingida pelas internações hospitalares, chegando a 95,8% em 1970 e a 97,4% em 1976. (MÉDICI, 1992, p. 84-85). O setor privado de planos de saúde cresce significativamente e se capitaliza.

Porém, no final dessa década, tem início um processo de regressão do sistema privatista-estatista de assistência à saúde.

A crise geral da economia, influenciada pela situação internacional na ocorrência dos dois choques do petróleo, leva a esgotar-se o impulso de crescimento da primeira parte dos anos 70, conhecido como a era do “milagre econômico”. O País, ainda sob governos

militares, mergulha numa crise financeira que culmina na queda da credibilidade internacional, em face do endividamento externo (SKIDMORE, 1998, p. 248-252).

Nessa conjuntura, vai-se desenvolver uma grande crise no INAMPS, uma vez esgotada a sua capacidade de manter o mesmo ritmo de recursos ao setor privado da saúde. A situação tende a agravar-se, nos anos de 1980, com as necessidades de cobertura que cresciam com o aumento da população. Ocorre, então, o forte declínio da política de remuneração do órgão previdenciário da saúde, ao setor da rede de serviços privados, regredindo os repasses, até o final da década, a menos de 30% da disponibilidade do INAMPS, sem contar o sucateamento dos seus serviços próprios de prestação direta de assistência médica (MÉDICI, 1992, p. 85). Aumentou, em consequência, a insatisfação das classes médias, dos trabalhadores formais e das empresas com a assistência do setor (MÉDICI, 1992, p. 84). Daí resultou que uma parte considerável de tais estratos sociais, antes dependentes da assistência do INAMPS, tendeu a migrar, em busca de planos privados de assistência médico-hospitalar. Também os trabalhadores, por suas organizações sindicais, agora muito mais atuantes devido ao afrouxamento do autoritarismo governamental, pressionaram as suas empresas pela adoção de mecanismos de assistência à saúde, vinculados aos contratos de trabalho, como benefício além dos salários. O setor de Planos de Assistência à Saúde, fortalecido e capitalizado graças aos aportes do Poder Público, no período anterior, foi capaz de responder às novas demandas, absorvendo-as e promovendo-se uma melhora nos níveis qualitativos de atendimento, fortalecendo o Setor Privado de Saúde, em plena crise do Setor Público (SILVA JÚNIOR; GOUVEIA, 2012, p. 227).

Além disso, a redução continuada dos repasses do INAMPS ao setor foi compensada por novos investimentos externos ao sistema, capitais que acorreram diante da animação e do crescimento da demanda no Mercado.

A saúde, então, definitivamente, reforça-se como bem de consumo, tornando-se os planos privados de assistência como objeto de crescente procura, estimulada, inclusive pela publicidade e pela possibilidade da dedução de seus gastos, pelos contribuintes do Imposto de Renda, tanto pessoas físicas como jurídicas.

Conforme Silva Júnior e Gouveia, (2012, p. 227), firmam-se por esta época, ainda anterior à regulação legislativa do setor, as modalidades de contratação de planos e seguros privados de saúde vigentes, mais ou menos até hoje, dentre as quais:

- planos individuais em que os usuários contratavam planos mediante pagamento

prévio, prestacionado, garantindo a cobertura de uma determinada série de benefícios e procedimentos, também previamente contratada;

- os planos de seguro-saúde privado individual ou familiar, semelhante ao primeiro quanto aos pagamentos por parte dos usuários, mas oportunizando aos mesmos a livre escolha do serviço médico necessário, coberto mediante reembolso, até o limite dos valores dos serviços estabelecidos em contrato;

- planos coletivos, suportados, na totalidade ou em parte, por empresas privadas, com oferecimento como benefício a integrar o contrato de trabalho;

- planos autogestionados pelas próprias empresas, e oferecidos à livre adesão dos empregados com ou sem a sua participação na gestão. Dessas modalidades, as de planos empresariais e de planos de empresas foram as que se mostraram mais dinâmicas.

Além das modalidades de planos privados de saúde, de atendimento a famílias e a grupos em empresas, definem-se outros segmentos do mercado privado, constituído de grupos de servidores de órgãos públicos, que contratam planos ou autogestionam-se pelas próprias associações, e mais o segmento beneficente e filantrópico. (MÉDICI, 1992, p. 85).

O final dos anos 80, vésperas da Constituição de 1988, caracterizou-se por duas concepções em termos de projeto dos sistemas privado e público de assistência à saúde: o projeto estatal-universalizante que defendia a ideia, depois vitoriosa nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte, da universalização da saúde e do projeto liberal-privatista de uma saúde prevalentemente administrada pela iniciativa privada, com maior autonomia nos modos de relacionamento com o atendimento médico e hospitalar, (MÉDICI, 1992, p. 91). O fortalecimento econômico do sistema privado habilitou-o a uma forte expressão política. O debate público, na época, revelava uma ferrenha oposição ao sistema público de saúde, advogando pela sua privatização, dado a difícil situação vivida pelo INAMPS. É significativa a manifestação do então Ministro Waldir Pires (1991, p. 13-14), Ministro da Previdência (1985-1990), dando a medida do calor da disputa:

“A Previdência Social em 1985 era apontada como falida. Diziam, até, os céticos, os inadvertidos, ou os que se movem por interesses pessoais e subalternos, que era inviável. Uma conspiração difusa, por alguns não confessada, mas insistente, anunciava seu fim, indispensável, como responsabilidade do Estado, para salvá-lo e para preservar-lhe o Tesouro Público. Porque o déficit da Previdência, insistente, catastrófico, seria irrecuperável” (PIRES, 1991, p. 13-14).

Portanto, considerada a evolução do mercado privado de saúde, das estruturas de seus agentes, e das suas relações com o setor público de Saúde do Estado, o INAMPS

passa uma breve análise de como se operou o processo que culminou com a elaboração e promulgação da Constituição Federal, consolidando a nova ideia de saúde e direito à saúde, e, ao mesmo tempo, gestando o Sistema Único de Saúde e institucionalizando-se – à sombra do SUS –, posteriormente, um sistema privado.

Paralelamente à evolução do setor privado da saúde no Brasil, como já se viu, ocupando quase todo o espaço de assistência à saúde mediante o financiamento estatal, desenvolvia-se outro movimento iniciado na década de 1970, ora já analisado no primeiro capítulo, o da Reforma Sanitária, que deu início à luta pela defesa da saúde como um direito de todos.

Esse movimento, em relação à questão da saúde no Brasil, posicionava-se, decididamente, contra a perspectiva do setor privado então dominante. Integrava, na época, um todo maior, ou seja, o conjunto das forças políticas populares que lutavam contra a ditadura e a redemocratização do País.

No contexto dessa batalha, inseriam-se as ideias e os projetos do movimento. Sob esses influxos interdisciplinares incidentes sobre a saúde, deve-se ressaltar a elevada carga político-social que o movimento carregou, dado o tempo em que a luta se iniciou.

Com o fim do último dos governos militares, ganhou novo alento, culminando com a 8ª Conferência Nacional de Saúde¹¹⁰, realizada em 1986, donde saíram as propostas de reforma sanitária – em termos práticos o projeto do Sistema Único –, boa parte delas concretizadas positivamente em 1988 na Constituição Federal.

Na Assembleia Nacional Constituinte, dado à fortíssima tensão entre grupos antagônicos que disputavam a inscrição de suas pautas no texto constitucional, as conquistas ocorreram a duras penas, implicando, inclusive, a criação de textos normativos amplos e, por vezes, indeterminados. Nesse confronto pela hegemonia de interesses, ficou evidente que fossem relegados para um momento posterior a positivação de normas que propiciassem a concretização dos valores constitucionais que predominaram. (WERNECK VIANNA; BURGOS; CARVALHO; MELO, 1999, p. 41).

Sobre a efetividade constitucional, por conta dessa abertura normativa e possível ausência de normas mais densas, duas expectativas distintas podiam-se notar na disputa dentro da Assembleia Nacional Constituinte. Uma apostando naquilo que acontecera com a Constituição de 1946, ou seja, os princípios apenas teriam um caráter meramente simbólico, esperando-se permanecessem como ornamentos retóricos, vagamente

¹¹⁰ Relatório final disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>.

exortativos, sem efetividade. Outra apostava que tal abertura, incluindo-se expressamente definições e princípios jurídicos, propiciaria o bom papel de uma nova comunidade de intérpretes na efetivação daquelas normas (MACHADO; DAIN, 2012, p. 465).

Em 1988 essa batalha foi ganha, ainda que formalmente, com a positivação constitucional de diversas proposições do movimento da Reforma Sanitária, em especial com a criação do Sistema Único de Saúde, passando-se a considerar a saúde como direito de todos e dever do Estado. Em 1990, como se sabe, com a edição da lei nº 8080/1990, concretizou-se o sistema previsto no artigo 198 que detalhou o que deveria ser a nova política da Saúde no Brasil.

Embora tenha havido um crescimento em termos econômicos e de expansão no mercado, o setor da saúde privada acabou por perder posições políticas importantes da sua anterior situação hegemônica. No entanto, garantiu que pelo menos fosse reconhecido a sua liberdade de prestar assistência à saúde. A Constituição Federal, pelo caput do artigo 199, deu legitimidade jurídica formal à atividade das empresas operadoras de planos e seguros privados de saúde, consolidada, (in) constitucionalmente, pelas Leis nº 9656/98 e nº 9961/2000 que passaram a regular o setor.

Em linhas gerais, foi essa a via percorrida pelo setor privado da saúde no Brasil, quando se optou, em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição e oito anos após a edição da Lei Orgânica da Saúde (LOS), pela regulação do mercado de saúde suplementar (SILVA JÚNIOR; GOUVEIA, 2012, p. 227).

4.2 As Leis 9.656/98 e 9.961/00 por um viés crítico

Ao admitir-se a efetividade e a respectiva legitimidade do mercado de planos e seguros privados de saúde, jurídica ou politicamente, pondera-se que o mesmo, numa atenta leitura, deveria estar condicionado por princípios que direcionam as políticas sociais conformadas à racionalidade do sistema sanitário-constitucional. A subordinação a tais princípios prende-se à evidência de possuir esse mercado características 'sui generis', como já antes referido (MÉDICI, 1992, p. 80), eis que inserido num âmbito de relevância social que é a saúde. Assim, qualquer regulamentação desse mercado privado de planos e seguros de saúde, deve levar em conta a sistemática positiva e principiológica constitucional da organização da saúde no Brasil, caracterizado pelo princípio da relevância pública, inclusive atingindo os próprios marcos regulatórios desse mercado e seus órgãos de

fiscalização e controle.

Na construção dessa regulação – as Leis nº 9.656/1998 e nº 9.961/1998 – fizeram-se presentes os seguintes setores da sociedade, a saber: (a) movimentos organizados de consumidores, usuários dos planos e seguros de saúde, (b) o setor organizado da classe médica, constituído por entidades de representação profissional como os conselhos de medicina, as associações e sindicatos médicos, (c) o próprio governo, através da burocracia ligada ao setor da saúde e do planejamento, principalmente, (d) o grupo articulado das operadoras de seguros e planos de assistência à saúde, (e) os grupos parlamentares do próprio Poder Legislativo em que se produzem os projetos de lei, movimentados pelos lobbies dos diferentes grupos de pressão e interesse, (f) o Poder Judiciário, pela pressão do volume das lides postas em julgamento que produzem tendências de consenso jurisprudencial, forçando a sua consolidação em norma legislada na perspectiva da matéria discutida e majoritariamente decidida (CECHIN, 2008, p. 102).

Como se verá, muitos dos interesses desses grupos, especialmente aqueles com caráter social e de cunho sanitarista, sequer figuraram no texto das leis aprovadas, especialmente por conta do direcionamento imprimido pelo governo de então, revestido pela tendência de uma política neoliberal de enxugamento do Estado com a priorização da estabilização monetária. Aliás, esse foi o mote marcante da administração da União entre os anos de 1995 a 2003.

A demonstrar não só exatamente a importância, mas também o interesse na matéria prestes a ser regulada, diversos projetos foram apresentados no sentido da formalização jurídica dos planos de saúde. Tomou maior relevância o Projeto de Lei do Senado nº 93/1993 que, aprovado sem emendas, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu a denominação de Projeto de Lei da Câmara 4.425/1994.¹¹¹

As discussões foram longas e acaloradas. Inúmeras dissensões acerca da redação final da lei. Destaque para o Sistema Unimed, desde o início, contrário praticamente à essência do projeto de lei que viria a regulamentar o setor, sob o argumento de possuírem as cooperativas médicas, natureza jurídica não mercantil, eticamente posicionadas dentro das normas e dos princípios atinentes à medicina, natureza diversa, portanto, das demais operadoras. Em consequência, pleiteavam a sua exclusão do alcance da nova lei (CECHIN,

¹¹¹ O projeto de lei possui a seguinte ementa e explicação: “proíbe a exclusão de cobertura de despesas com tratamento de determinadas doenças em contratos que asseguram atendimento médico-hospitalar pelas empresas privadas de seguro-saúde ou de assemelhados.”; “Excetuando-se as cirurgias experimentais, plásticas, tratamentos de emagrecimento e rejuvenescimento com fins estéticos, doenças consequentes de ingestão de bebidas alcoólicas ou drogas ou intencionalmente auto-infligidas”.

2008, p. 116). Note-se, hoje, que o Sistema Unimed, na sua relação com os usuários, em nada se diferencia dos demais tipos de operadoras.

Outro destaque merece o manifesto “Saúde não é Mercadoria”, lançado em 20 de janeiro de 1997, promovido por entidades da sociedade civil que identificava desrespeito da proposta de regulamentação aos princípios de proteção do consumidor, como, por exemplo, a exclusão de cobertura de diversas doenças e não garantia do exercício ético da medicina. Em relação a esses pontos, aliás, são problemas sensíveis na atualidade: a negativa de cobertura, que passa a ser conquistada pelos consumidores mediante a judicialização do caso e a massificação da prestação do atendimento médico-profissional. (BAHIA, 1999, p. 257).

Para colocar um ponto final, – ou não, como se verá – houve a intervenção direta do governo através do então Ministro da Saúde nas negociações.

Especialmente sob o argumento de que pretendia enxugar o funcionamento do Sistema Único de Saúde, garantindo-se a seu melhor desempenho, entendia necessário estimular o sistema privado de assistência. Seria bom para o SUS ajudar e estimular a saúde privada (CECHIN, 2008, p. 120).

A regulação era necessária, mas não dessa forma. Trata-se de uma nítida posição pragmática, contrária ao sentido geral do que deveria – e ainda deve – ser a saúde no Brasil. Contudo, é possível entender – não justificar – o comportamento do governo. Estava claro, pelas evidentes limitações orçamentárias, pela situação econômica geral do mandato do presidencial dos anos 1999-2002¹¹² vivida pelo processo de transição de uma conjuntura inflacionária para uma conjuntura de estabilidade, pelo corte de gastos, com grande parte da receita de impostos direcionada ao alimento do superávit primário¹¹³.

Por tudo isso, e talvez por mais, o Estado necessitava do mercado dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

Assim, o desiderato do governo foi alcançado. Aprovou-se Lei 9.656/1998, mas de um modo gravemente instável. O impasse entre posições políticas opostas da Câmara dos Deputados e do Senado em segunda votação ensejou um arranjo mediado pela Presidência da República pelo qual a lei seria sancionada e imediatamente depois de

¹¹² Nesse sentido e outros dados sobre a realidade econômica entre os mandatos de Fernando Henrique Cardoso, ver Oliveira e Turolla (2003).

¹¹³ Os resultados para o desenvolvimento da economia, decorrentes do Programa de Estabilidade Fiscal apresentado em 1998 para barrar a deterioração havida entre os anos 1995 e 1998, foram evidentes. Em 1999, de um superávit primário do setor público em 0,01% do PIB, passou-se, em 1999, para 3,23% do PIB (BRASIL, 2003).

editada uma Medida Provisória, a MP 1.665/1998 – para alterá-la profundamente. O desenrolar dessa história perdurou até o ano de 2001. Mensalmente eram edições e reedições das Medidas Provisória, atingindo o número de quarenta e quatro, fixando-se finalmente a matéria na MP nº 2177-44 em agosto de 2000, fixada por efeito da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Tal instabilidade da regulação jurídica proporcionada pela plasticidade do sistema legislativo brasileiro, na verdade, revela a luta por posições mais favoravelmente estratégicas dos diferentes interesses contraditórios dos grupos envolvidos no mercado de planos e seguros privados de saúde. E nesse entrelaço, a denominada saúde suplementar ganha espaço, conquistando o que hoje representa mais de um quarto da população brasileira¹¹⁴. Tal política pública, sob tão instável regulamentação, atropelou a principiologia e os objetivos do sistema sanitário-constitucional. Representa, antes, uma forma de acomodação entre o setor privado e os setores públicos da Administração, principalmente pelo alívio produzido para o orçamento federal, reduzindo-se a necessidade de maior aporte de recursos para o Sistema Único de Saúde e os outros setores do sistema sanitário.

Seguindo o processo desestatizante, a resposta dada pelo Estado à sociedade no sentido incrementar a regulação desse mercado foi a Lei nº 9.961, que criou a Agência de Saúde Suplementar.

Ela se reveste de natureza jurídica de autarquia em regime especial, com autonomia nas gestões administrativa, financeira, patrimonial e de recursos humanos, bem como em suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

Tem como principais atribuições “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País” (Art. 3º e 4º, da Lei 9.961/2000).

Quanto à estrutura organizacional da ANS, ela é dirigida por uma Diretoria Colegiada, um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno.

A ANS conta, ainda, com uma Câmara de Saúde Suplementar, de caráter consultivo e permanente. A Diretoria Colegiada, responsável pela gestão da ANS, é constituída por cinco diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Este e os demais

¹¹⁴ Ver Gráfico 09.

membros do Colegiado indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal (art. 52, III, "f", da Constituição Federal), para o exercício de um mandato de três anos, admitida uma única recondução. A investidura da Diretoria, nessas condições, afasta a possibilidade de demissibilidade "ad nutum" de parte da Autoridade Superior que a tenha nomeado, ou seja, o Presidente da República.

A Agência é mantida por uma taxa, a TSS – taxa de saúde suplementar – anual e incidente sobre as operadoras, calculada com base nos serviços prestados.

Observa-se que a organização diretiva da ANS, com sua expressiva autonomia em face da Administração Federal, afigura-se excessivamente centralizadora e, apesar de seu caráter eminentemente técnico, é pouco permeável as demandas oriundas do meio social. Tal estrutura, considerando-se a natureza sensível da saúde, atualmente com frequência, é objeto de discussões e demandas de caráter político. Tudo decorre da contraditória existência de um sistema de saúde suplementar com o Sistema Único de Saúde, público, descentralizado, regulador responsável pela execução da política sanitária do País. Nota-se, ainda, que a Câmara de Saúde Suplementar, este sim, órgão composto por uma pluralidade de instituições, que possui caráter apenas consultivo¹¹⁵. Trata-se de mais um belo ornamento legal.

O que se pode concluir em relação à ANS é que, pelo desenho da sua estrutura burocrática, a relação com os outros órgãos do governo dá-se num nível em que é o grau da discricionariedade de sua direção que permite uma maior ou menor conexão com os outros órgãos governamentais de que depende a condução setorial das políticas sanitárias, no caso, os Ministérios da Saúde e da Fazenda. Veja-se, um raso exemplo, mas muito claro, apontado no primeiro capítulo da presente pesquisa, de que não foram encontrados dados estatísticos de produção conjunta entre a ANS e demais órgãos do Governo Federal. Além disso, essa opção política, de uma linha pragmática e ocasional de Governo, na consideração do setor de saúde privada, mantém-se desde a sua criação, afastando a temática de si próprio e conseqüentemente da Sociedade, criando-se uma situação profundamente antidemocrática por esse distanciamento, além de incongruente com aquilo que faz parte da essência do Estado Democrático de Direito, a proximidade do povo na formulação e condução das políticas.

A estrutura, assim criada pela lei, é contraditória com ela própria, eis que contém,

¹¹⁵ Compõem a Câmara de Saúde Suplementar, além da Diretoria da ANS e membros do governo, diversos representantes de órgãos e instituições, como Força Sindical, Federação Nacional das Empresas de Seguro Privados e Capitalização, Conselho Federal de Medicina, associações de consumidores, dentre tantos outros.

declarado o seu princípio reitor que é o de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. Mas de quem é a atribuição de definir de qual interesse público está-se falando? Do interesse público entendido como a convicção liberal de deixar ao mercado, o problema da regulação de preços, da qualidade dos serviços oferecidos, ou um interesse público ligado aos princípios que fundamentam o sistema de regulação constitucional e legal da saúde, que como já se viu é matéria sensível, de relevância, justamente porque tem a embasá-la o direito mais fundamental que é o direito à Vida?

A ANS, embora a atuação nos primeiros tempos de suas diretorias estivesse mais em consonância com a política do Ministério da Saúde do que com o da Fazenda, a sua estrutura institucional não comporta as condições que impeçam ou amenizem, com sua ação regulatória, um justo equilíbrio das situações conflitantes. Estas são sempre permanentes no mercado entre os interesses dos usuários dos planos e as operadoras (OCKÉ-REIS, 2012, p. 113-114). Conflito que se acentua na medida em que se avolumam os problemas econômico-financeiros vividos por ambas as partes. Do ponto de vista dos usuários, a óbvia defasagem entre o decréscimo relativo da sua renda e os índices de reajuste dos planos das operadoras. Do ponto de vista destas últimas, a recorrente crise do mercado com encarecimento dos preços dos serviços, bem como as distorções na utilização desses serviços com apreciável margem de desperdício, quer por parte de prestadores, quer por parte de usuários (VARELA; CESCHIN, 2014, p. 16-19).

O setor, com a legislação que se seguiu, não se alterou, embora as naturais limitações que veio a sofrer a uma anterior situação ainda desregulamentada, apesar de todo o novo sentido do sistema constitucional de amparo à saúde universal e integral. Antes, aprofundou-se num sistema assistencial privado de prestação de saúde. À evidência, não como saúde suplementar, reveste, cada vez mais, uma saúde mercantilizada avessa ao sistema sanitário-constitucional, prestando saúde curativa, massificada, impessoalizada e custosa, sem coordenação de ações efetivas com o Sistema Único de Saúde.

Especificamente no que diz respeito à regulação dos planos e dos seguros, quatro grandes temas são tratados pela Lei nº 9.656/98: (a) formas de cobertura e os tipos de assistência, (b) os padrões de organização do mercado, (c) as regras disciplinadoras do ponto de vista econômico-financeiro e o (d) regime de penalidades.

Quanto aos agentes ativos do mercado, aponta-se, inicialmente, a diferença entre operadoras de seguros e operadoras de planos. A primeira somente se permite operar pelo

sistema de reembolso de despesas realizadas pelo segurado, ou rede referenciada. A segunda caracteriza-se por operar realizando atendimento por estrutura própria, por convênio ou mediante também ao reembolso de despesas realizadas por serviços livremente escolhidos pelo usuário.

Quanto a modalidades de operadoras, ainda que não estejam todas aquelas consideradas pela ANS previstas na Lei nº 9.656/98, refiram-se: (a) autogestão¹¹⁶, que estão divididas em autogestão por RH¹¹⁷, autogestão com mantenedor¹¹⁸ e autogestão sem mantenedor¹¹⁹; (b) cooperativa médica¹²⁰; (c) cooperativa odontológica¹²¹; (d) filantropia¹²²; (e) administradora de benefícios¹²³; (f) seguradora especializada em saúde¹²⁴; (g) medicina de grupo¹²⁵; (h) odontologia de grupo¹²⁶ (ANS, 2014, p. 591-592).

Denota-se daí, uma preocupação da Agência no sentido de regularizar – dar amparo jurídico – aos diversos tipos já existentes de operadoras, ao invés de desenvolver uma efetiva regulação do mercado.

No tocante à supervisão, regulamentação e fiscalização do sistema de assistência privada à Saúde, inicialmente tais tarefas foram afetas ao Ministério da Fazenda, através do

¹¹⁶ “[...] entidades que operam serviços de assistência à saúde destinados, exclusivamente, a empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, de uma ou mais empresas ou, ainda, a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados e seus dependentes (ANS, 2014 p. 591-592).”

¹¹⁷ “[...] a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde, nos termos da Resolução Normativa - RN n.o 137/2006, alterada pela RN n.o 148/2007” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹¹⁸ “[...] a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, possui entidade pública ou privada mantenedora que garantirá os riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde através da apresentação de termo de garantia, nos termos da Resolução Normativa - RN n.o 137/2006, alterada pela RN n.o 148/2007 e Instrução Normativa – IN DIOPE n.o 10/2007” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹¹⁹ “[...] a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que garantirá os riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde por meio da constituição das garantias financeiras próprias exigidas pela regulamentação em vigor, nos termos da Resolução Normativa - RN n.o 137/2006, alterada pela RN n.o 148/2007” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹²⁰ “[...] sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.o 5.764, de 16 de dezembro de 1971” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹²¹ “[...] sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.o 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente Planos Odontológicos”.

¹²² “[...] entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, certificadas como entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social, CNAS, e declaradas de utilidade pública junto ao Ministério da Justiça ou junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais.

¹²³ empresas que propõem a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos conforme RN 196, de 14 de julho de 2009” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹²⁴ “[...] sociedades seguradoras autorizadas a operar planos de saúde, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹²⁵ “[...] demais empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde” (ANS, 2014 p. 591-592).

¹²⁶ “[...] demais empresas ou entidades que operam, exclusivamente, Planos Odontológicos” (ANS, 2014 p. 591-592).

Conselho Nacional de Seguros Privados e da Superintendência de Seguros Privados, em seguida, e também à órbita do Ministério da Saúde, pelo Conselho de Saúde Suplementar – CONSU. No ano 2000, a situação centralizou-se na Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A ANS, pelas suas funções, deveria revestir características mais democráticas em atenção à sistemática geral da Saúde no Brasil que inclui a participação social no desenvolvimento da sua política geral (art. 198, inc. III da Constituição Federal. No entanto, em seguimento à formatação das agências reguladoras, trata-se de um organismo quase impermeável, fechado à participação popular, com superpoderes conferidos às direções escolhidas pelo Presidente da República. Ao contrato previsto, legalmente, entre a Agência e o Governo, não tem acesso a manifestação da sociedade, comprometendo-se o seu controle, aliás, qualquer controle das políticas desenvolvidas, a não ser aqueles referidos aos aspectos financeiros da própria Agência (OCKÉ-REIS, 2012, p. 114).

No sentido de padronização dos produtos (Art. 35-F, da Lei 9.656/1998) e em atendimento aos interesses dos beneficiários, antes submetidos a um processo de livre segmentação dos planos, com inclusão ou exclusão de procedimentos cobertos, conforme o montante das contribuições contratadas, (por exemplo, contrato com ou sem assistência ambulatorial, com ou sem obstetrícia, estabelecimento de limites ao tempo de hospitalização, etc) colocou-se a necessidade de um Plano-Referência – (Artigo 10, da Lei nº 9.956 – talvez a alteração com caráter mais significativamente social, introduzida pelas modificações legais posteriores)

As demais restrições e especificidades gerais desse sistema estão todas dispostas na Lei. Ressaltam-se como significativas as disposições limitadoras de reajustes, a transferência dos contratos para outra operadora, daquela que tenha sido penalizada pelo fechamento ou que tenha entrado em processo de liquidação ou falência, emenda recém-incorporada ao sistema de planos privados de saúde.

Ainda sobre restrições a reajustes, refira-se a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, que impossibilitou a existência de faixas de reajuste para idosos – conforme o Estatuto do Idoso, os maiores de 60 anos.

Tendo-se em conta o caráter universal e integral do direito à saúde, previsto na Constituição Federal, mesmo os beneficiários de planos privados de saúde têm direito ao atendimento pelo sistema público. Nesses casos, todos os serviços públicos de assistência à saúde médico-hospitalar e ambulatorial prestado pelo SUS a usuários de planos de saúde,

deverão ser ressarcidos¹²⁷ pela operadora responsável pelo planos privado (Art. 32, da Lei nº 9.656/1998).

Em relação a tais cobranças realizadas pelo Sistema Único de Saúde, entre setembro de 1999 a junho de 2006, havia R\$513 milhões em procedimento realizados aptos à cobrança. Apenas R\$346 milhões foram efetivamente cobrados. Pagos: tão somente R\$76 milhões (CECHIN, 2008, p. 161-162). Em cálculos mais recentes, de parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar, cerca de 2% das internações do SUS correspondem a beneficiários dos planos de saúde privados; em termos de custo de internações de tais usuários, o valor equivale a 3% do total gasto pelo SUS (VARELA; CESCHIN, 2014, p. 88).

O fato é que os montantes relativos à utilização do Sistema Único continuam crescendo, bem como a efetivação das cobranças – mas em proporção muito menor –, acumulando-se uma dívida crescente das operadoras. Levando-se em conta, por um lado o orçamento do SUS, e, por outro, o de certas operadoras, esgrima-se o argumento de que o montante é proporcionalmente irrisório, e que, se executado integralmente, levaria grande parte do setor à quebra. (VARELA e CESCHIN, 2014, p.88-90).

Além da questão do ressarcimento ao sistema público, deve-se considerar ainda uma alternância entre períodos de rigor e de leniência em relação à cobrança das multas decorrentes do exercício do poder de polícia a ANS. No ano de 2014, embora o veto da Presidente da República, o senado havia aprovado a Medida Provisória nº 627 que, por uma emenda proposta pelo Presidente da Câmara dos Deputados, determinava a anistia de R\$2 bilhões em multas aplicadas às operadoras privadas de assistência à saúde¹²⁸.

Ainda que inaceitáveis tais interferências diretas do mercado no campo relevantíssimo da saúde, não se pode desconsiderar que o enfraquecimento do mercado das operadoras de planos privados de saúde conduziria parte considerável da população ao

¹²⁷ “A partir da discussão sobre tal obrigação legal por parte das operadoras, criou-se uma controvérsia sobre a constitucionalidade (Recurso Extraordinário nº 597.064, Rel. Min Gilmar Mendes – Repercussão Geral Tema: 345) de tal dispositivo por parte das empresas que se posicionam contrárias à exigência de ressarcimento. O fundamento tem sido, em regra, o conteúdo do final do artigo 196 da Constituição – “a saúde é direito de todos e dever do Estado e será prestada a todos independente de contribuição”. Na posição contrária, os defensores da constitucionalidade do dispositivo esgrimam com o argumento da ocorrência de enriquecimento ilícito por parte das operadoras devedoras pelo custo do atendimento pelo SUS. Sobre o caso: www.stf.jus.br.

¹²⁸ Ainda sobre a interferência do mercado na política: “de acordo com dados do TSE (Tribunal Superior Eleitoral), os planos de saúde doaram R\$ 12 milhões para campanhas de 157 candidatos, filiados a 19 partidos diferentes, nas eleições de 2010. No pleito de 2006, as doações alcançaram R\$ 7,1 milhões.”. <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/dilma-veta-anistia-de-multa-operadoras-de-planos-de-saude-12477477>>

Sistema Único, que poderia não suportar essa demanda.

Muitas indagações, impasses e controvérsias permeiam o setor de planos e seguros privados de saúde.

Não obstante, é nítida a falta de rigor técnico-científico na consecução de políticas públicas alinhadas ao sistema sanitário-constitucional.

De parte dos parlamentares, relativamente às proposições apresentadas, “a grande maioria desses projetos revela desconhecimento por parte de seus proponentes sobre o mercado de planos de saúde [...]” (CECHIN, 2008, p. 173).

Veja-se, por exemplo, o recente Projeto de Lei 2.608/2015¹²⁹ que pretende levar à saúde suplementar a racionalidade do sistema de seguros tradicional – quanto menos o beneficiário se utiliza dos serviços, mais desconto é concedido. A justificação do projeto vale ser transcrita pelo menos no trecho que de fato fundamenta:

[...] Assim é que por meio de consultas e auscultas à população, aos prestadores de serviços e aos operadores de planos de saúde vislumbramos a necessidade que o mercado contasse com fator moderador do uso dos contratos, a exemplo do que ocorre há décadas com o mercado de seguro automotivos. No setor de planos de saúde, o consumidor paga o mesmo se utiliza intensivamente o contratado ou não. Demais, as operadoras, ao calcularem o risco, dividem o que calculam igualmente entre os que fazem uso abusivo dos seus planos e aqueles que o utilizam conscientemente. Desse modo, propomos uma tabela de descontos progressivos que incidiriam sobre os contratos daqueles que se abstivessem de utilizá-lo ao longo da vigência anual. Em linhas gerais, renovar o contrato significa subir uma classe na tabela de bônus, e quando da necessidade de utilizar a cobertura assistencial hospitalar significa descer.

Creemos que a adoção dessa medida representará um desestímulo para a utilização inconsequente e desnecessária de serviços médico-hospitalares e permitirá considerável economia aos que utilizam de forma sensata. (BRASIL, 2015b).

Seria possível tecer laudas de objeções a essa teratologia. O que não se fará. Apenas considera-se como uma comparação grotesca do âmbito assistencial sanitário com o de seguros automotivos. Uma limitação absurda sobre a utilização de serviços médicos, sob a alegação do “benefício” de “subir uma classe na tabela de bônus”. Tudo sem absolutamente nenhuma fundamentação minimamente lógica.

No entanto, há medidas racionais que podem ser tomadas no sentido de aliviar as despesas com o atendimento à saúde curativa e que viriam em benefício, não só dos usuários dos planos como das próprias operadoras. Trata-se da inclusão, dessa forma, com o incentivo à redução de contribuições, de cláusulas, abrindo a possibilidade controlada da

¹²⁹ Este projeto não é o único, existem outros. Muito semelhante também é o Projeto de Lei nº 176/2015, que “Concede desconto progressivo nas mensalidades para o usuário do plano de saúde que utiliza com pouca frequência os serviços contratados da saúde complementar” (BRASIL, 2015a).

cobertura de uma medicina preventiva (VARELA; CESCHIN, 2014, p. 68-70).

Retornando ao tema específico da análise da regulação, deve-se gizar que não há fonte normativa no sentido do seu desenvolvimento desse mercado à serviço da coletividade dos usuários e em coordenação com o sistema público com viés último de dar efetividade ao sistema sanitário.

As únicas regulações com caráter mais direcionado à coletividade, não afetam estruturalmente o mercado dos planos de saúde, mas tão somente as relações entre operadoras e usuários. Entre elas destacam-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, que necessariamente contribuem para um incremento na atenção dos planos a esses grupos de maior vulnerabilidade, e, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), de importância fundamental antes e depois do marco regulatório dos planos de saúde, que se apresenta perante a realidade da economia de mercado, estabelecendo sérias e importantíssimas limitações às relações de consumo. Aliás, como se denotou da análise dos acórdão do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, oriundos da Comarca de Pelotas, largamente aplicado, inclusive se sobrepondo aos atos normativos da ANS, aduzidos em defesa das operadoras.

Transpondo as questões eminentemente políticas cumpre, agora, a análise de aspectos do Poder Judiciário dada essa colocada realidade social e principalmente regulatória em que se deve movimentar.

Na medida em que esse no judiciário (re) define relações contratuais, as decisões daí resultantes acabam por inserir complexidade no âmbito econômico das operadoras de planos de saúde. Nesse sentido, numa visão liberal, “se esse Poder agir de forma previsível, isenta e ágil, a atuação dos agentes econômicos será, por sua vez, mais eficiente, permitindo melhor alocação de recursos econômicos e maior crescimento econômico” (CESCHIN, 2008, p. 185).

A velada crítica desse pensamento acima referido reflete a expressiva inconformidade de grande parte dos agentes do mercado de planos privados e seguros de saúde com o Poder Judiciário.

A pesquisa de análise de julgados desenvolvida no primeiro capítulo, naturalmente com as necessárias reservas a mínimas exceções, demonstra que, de fato, os Juízes vêm bem conduzindo os processos envolvendo os planos e os seguros privados de saúde de forma isenta e moralmente elogiável.

Em que pesem as opiniões em contrário, não se pode afirmar sem atenta pesquisa

de conteúdo nos fundamentos de decisões judiciais, especialmente de primeiro grau, – o que não foi objeto de análise nessa dissertação – que os julgadores, em caso de pedido de liminares não examinem o pedido, munidos dos devidos esclarecimentos minimamente probantes, necessários a uma razoável decisão pela concessão ou não do pedido, nem que se verifique tendenciosidade por parte dos julgadores em face da maior vulnerabilidade de litigante interessado na controvérsia, ou, ainda de que há forte tendência, como querem alguns, em conceder-se, sem o maior exame, a imediata liminar diante de alegada situação de risco grave à saúde do paciente¹³⁰.

“Não é possível imaginar-se um Juiz, a não ser alguma raríssima exceção de perversidade, abandonar um doente à própria sorte, autorizando, por exemplo a desinternação de um paciente em estado grave com a periclitacão de sua vida.” (BRASIL, 2003, p. 56-57)¹³¹.

Conforme se demonstra na pesquisa empírica, integrante desta dissertação, as decisões possuem um padrão orientado pela preservação da vida. E não se trata de argumentos retóricos. O padrão ainda que não favorável às operadoras, ainda que mais preocupado com a saúde dos usuários do que com questões econômicas ou contratuais, é perfeitamente identificável. Por outro lado, parece não haver base empírica em comprovar a objeção aos julgados porque estariam trazendo, injustamente prejuízos econômicos. Por tais razões, não se pode dizer que o Judiciário é espaço de insegurança.

Outro ponto que merece destaque e objeção é a acepção pejorativa da “judicialização da política” ou “politização da Justiça”. Realmente, não têm sido poucas as vezes que o Poder Judiciário é acusado de assumir papéis que caberiam ao Poder Executivo e sobretudo ao Poder Legislativo.

Em primeiro lugar e, sobretudo, há que se distinguir entre politização da Justiça e judicialização da Política. É evidente que justiça politizada é não justiça, especialmente quando houver o favorecimento de uma das partes de forma injusta. No entanto, infelizmente, uma minoria pontual de decisões pode levar à conclusão de existir correlação entre as duas situações expressadas por ambos os conceitos, proferidas por uma ínfima

¹³⁰ Em contrário, Cechin (2008, p. 186).

¹³¹ Trata-se essa referência de manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, quando falou à “Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde” (BRASIL, 2003, p. 56-57). Convém ressaltar que no relatório final dessa Comissão, dentre inúmeras recomendações realizadas, não há recomendações no sentido de realização do projeto sanitário-constitucional, como a promoção de ações coordenadas entre o SUS e o mercado das Operadoras, promoção de uma saúde preventiva, atenção ao modelo biopsicossocial de saúde. As recomendações mais próximas disso são aquelas relativas às questões de ressarcimento ao SUS por parte das Operadoras de Plano.

minoria de juízes, desde o primeiro grau, até magistrados da Suprema Corte da República.

Em verdade, a chamada judicialização da Política é uma situação que vem generalizando há algum tempo razoável de duração, em virtude de uma série de fatores ligados a problemas e distorções apresentados pela deterioração do desenvolvimento político brasileiro, principalmente os referentes aos poderes executivo e legislativo, diga-se de passagem, nos três níveis da Federação. Não cabe, nesta dissertação, entrar no exame das causas desse processo. Mas o fato é que ele existe e tem como consequência a reiterada omissão dos dois citados poderes relativamente à necessidade de tomada de decisões envolvendo agudos problemas na sociedade: de ordem econômica, de emprego e renda, de educação, de segurança, de estrutura familiar, de moralidade administrativa pública e privada, do sistema político, e, sobretudo, da área da saúde. Tudo isso é público e notório.

Na competência que cabe ao legislativo é notável a existência de inúmeras lacunas no ordenamento jurídico infraconstitucional, inclusive, como se verificou, no âmbito dos planos de assistência privada à saúde. Em relação ao Executivo, adiam-se as formulações de políticas, assim como perpetua-se a sua execução.

O povo, diante da inação desses dois poderes, busca, então, o Poder Judiciário para realizar suas expectativas, preenchendo-se os espaços que, de tal sorte, não seriam originariamente os seus. Assim mesmo, diante das limitações constitucionais e legais, o Poder Judiciário abstém-se de avançar quando não, amparado por dispositivos legais ou princípios fincados na Constituição do País, principalmente quando se trata de atender aos direitos fundamentais individuais e sociais ou ainda os de cidadania. Tais são as exigências e os limites a que se conforma a tendência atual do comportamento do Judiciário em todos os seus níveis.

Examinadas e discutidas breves objeções à atuação do Poder Judiciário, no tratamento à matéria relativa aos planos e seguros privados de saúde, impendem algumas reflexões.

Levando em conta a dupla perspectiva jurídico-conceitual em que se movem, não só os magistrados, mas também toda sorte de operadores do Direito, tendo de um lado a concepção sanitária sistêmico-constitucional bem delineada desta dissertação e de outro uma concepção privatista, ancorada no contrato e na relação alegadamente de consumo que nos casos concretos é estabelecida, sem identidade com o sentido do referido sistema – ou muito superficial se considerarmos que, ainda de maneira mercantilizada, está se garantindo a saúde.

Ainda que muito presente essa segunda concepção no âmbito judiciário – como se depreendeu da pesquisa empírica – o processo de evolução teórico-conceitual desse sistema tende a incorporar novas perspectivas como a primeira concepção referida. Contudo, percebe-se que esses novos paradigmas assim chegados são absorvidos e integrados, fundindo-se numa renovação, mas sem apagá-lo ao todo do fundamento no modelo vigente.

No caso do Direito Sanitário, o novo elemento que tende a se incorporar ao seu referencial imediatamente anterior é a forma de analisar o caso jurídico, segundo uma visão sistêmica construída a partir de um plexo de princípios e dispositivos constitucionais.

Comprova-se, pelo exame de julgados na área da saúde suplementar, que, majoritariamente as decisões possivelmente tocadas por outras influências, estranhas ao Direito – como a consciência dos julgadores¹³² ainda que utilizem algum sentido do sistema sanitário-constitucional – como seu princípio estruturante do direito à vida ou até mesmo ainda que em referências indiretas, o princípio da integralidade – trata-se apenas de *obiter dictum*, sendo o fundamento das decisões o direito privado, especialmente na sua feição protetiva ao consumidor. Os princípios ou cláusulas gerais bem desenvolvidas nesse campo do Direito – vulnerabilidade, boa-fé, precaução, autonomia privada, onerosidade excessiva – esses sim são utilizados como fundamento.

A menção a fundamentos constitucionais do Direito à Saúde tende a ser coadjuvante das razões de decidir, tendo um sentido mais retórico.

O fato da razão de ser do Código de Defesa do Consumidor, não só no que concerne à sua existência, mas também ao movimento de sua incidência às controvérsias entre operadoras e entre usuários dos planos privados de saúde, adotados como fundamento de decisões, tem natureza econômica em que figuram como partes um fornecedor e um consumidor, uma relação de desigualdade social e econômica característica do sistema econômico capitalista.

Dessa realidade, desde os participantes da relação contratual até os operadores do direitos de todos os campos de atuação, não se percebe que tenham uma percepção mais profunda do que realmente está a questão e como essa questão é colocada. O vencedor fica satisfeito porque obteve a saúde almejada – especialmente por que os momentos antecedentes são de sofrimento por conta da não-saúde – e teve a expectativa do direito constitucional à saúde atendida. O vencido impreca contra as facilidades da Constituição

¹³² Sobre a livre consciência do julgador, ver Streck (2010).

Cidadã. O Juiz acredita que a decisão está devidamente alicerçada no ordenamento jurídico brasileiro – pois não se cogita da existência de ordenamento internacional –, especialmente o constitucional, já que deu provimento a uma pretensão diretamente relacionada a direito fundamental; nesse caso; aliás, nem se cogita de um processo de densificação da norma abstrata; o princípio conforme determina a própria constituição tem aplicabilidade imediata! Mas é insuperável a necessidade de se invocar alguma cláusula contratual violada para fundamentação da decisão. A programação (ou linguagem) do sistema impõe que assim deve ser.

A pretensão à saúde mercantilizada torna-se um pleito em tudo semelhante a uma ação em que esteja em jogo o direito de propriedade, uma vez que em todo o contrato sempre está presente um objeto de troca, uma coisa, um bem concreto ou abstrato, ou um serviço. "Não há, a rigor, maior diferença entre o acesso ao Poder Judiciário para obter um tratamento de saúde [público ou privado] ou o acesso a um medicamento específico, e a busca desse mesmo poder para obter a troca de um aparelho celular novo que se encontra avariado." (CARLINI, 2012, p. 497).

Um deles é relativo aos aspectos ligados à individualidade da maioria das ações propostas, disso infere-se uma preocupação relativa ao efetivo de acesso à Justiça por parte de possíveis interessados. Uma série de fatores pode influir para o não acesso dos usuários de planos privados de saúde ao judiciário. Distâncias, ignorância, limitações da própria doença, limitações financeiras para contratação de assessoria jurídica podem influir na efetivação do básico direito de estar em juízo. Ainda que tal investigação não tenha sido objeto dessa dissertação, na exploratória captação de dados não se obteve êxito na sua localização. A questão é que o acesso a esse Poder como forma de busca e obtenção de realização de direitos, de um modo, formalmente livre, sem quaisquer limitações institucionais, mas longe da plenitude democrático, mais longe ainda de tornar esse sistema de saúde suplementar coerente com o sistema sanitário-constitucional.

Não pode ser considerada normal essa pulverização de pedidos individuais em que “o acesso à saúde se converte em uma demanda judicial tanto quanto a cobrança de um cheque sem fundos, realizada por um sujeito credor contra um sujeito devedor.” (CARLINI, 2012, p. 497).

A tela esboçada neste capítulo, pode ser descrita como um trágico surrealismo.

Sob a perspectiva dos Poderes Executivo e Legislativo há um problema conjuntural histórico de ineficiência da prestação pública de saúde e especial por uma má

racionalização das políticas públicas¹³³ que se destinam muito a manutenção do governo que a construção de um Estado que realiza os objetivos consubstanciados na Constituição Federal. Sob a perspectiva do mercado, que, como se viu, está extremamente arraigada ao Estado, há o fato insofismável da existência de um expressivo mercado de planos e seguros privados de assistência à saúde, cuja origem remonta a 1923, com a Lei Eloy Chaves – Decreto nº 4682/1923 – e com altíssima capacidade de mutações proficuas acompanhadas pari passu o desenvolvimento do Estado brasileiro. Esse mercado é recepcionado pela nova ordem constitucional e seu surpreendente sistema sanitário – porque realmente quebra com o paradigma fortemente biomédico vigente – sem regulação específica. Somente dez anos após a Constituição, no ano 1999 e 2000, com as Leis nº 9.656 e nº 9.961, os planos e seguros privados de saúde são regulados. Por conta de mais uma decisão de governo, não de Estado, o mercado das operadoras perfectibiliza-se num verdadeiro sistema de saúde suplementar, com todo um aparato regulatório e mercadológico destinado ao seu funcionamento. A consequência, pós ano 2000, não podia ser outra: maior crescimento do setor e de forma extremamente contrária ao sistema sanitário-constitucional, ou seja, uma saúde curativa, extremamente onerosa aos usuários, prestada de forma cada vez mais massificada e impessoalizada que faz da saúde uma mercadoria que deve ser consumida, nunca prestada. Trata-se de um mercado que não exerce uma função social – conjuntural – no sentido de contribuir para a realização do projeto constitucional.

Por fim, o Poder Judiciário se apresenta como coadjuvante da tela.

A percepção do sistema jurídico de enfrentamento dos planos de saúde a partir das suas lentes privadas sem dúvida responde àquelas expectativas individuais, mas também se mostra como mola propulsora da racionalidade da economia de mercado. Se de um lado se propõe essas alterações do paradigma jurídico de tratamento da saúde suplementar, por outro as condições objetivas das limitações antes alinhadas do Judiciário erguem-se como obstáculo de uma talvez sonhada transformação social e jurídica profunda, na dinâmica do sistema de saúde globalmente considerado a partir da ação de dito Poder.

¹³³ Sobre a definição de políticas públicas, algumas pertinentes definições: conforme Comparato (1998, p. 44-45), a política pública não se resume a norma e nem ao ato jurídico, que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio, mas os engloba como seus componentes, por ser a política, antes de tudo, uma “atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Para Ohlweiler (2006, p. 278), consistem nas ações governamentais que devem ser pensadas para uma atividade de coordenação das diversas instâncias administrativas e as atividades privadas, de modo a materializar uma determinada ideia de bem, fenomenologicamente indicada no texto constitucional. Essa última acepção, aliás, muito clara, para a realização coordenada da saúde pelo público e pelo privado.

A consciência de uma observação, a partir do senso comum, informada pelos meios de comunicação de massa levaria à convicção de que, em certos casos, isso seria possível. Vive-se um tempo em que o esforço hercúleo em tudo dependente do voluntarismo e do compromisso ético de um punhado de atores da Magistratura, do Ministério Público, e de outros organismos profissionais do aparelho de Estado, parece trazer a impressão de que o Poder Judiciário teria condições de promover uma transformação desse tipo.

Mantém-se a pergunta, ficando o problema que pode e, aliás, será objeto de estudo no próximo ponto.

5 DIREITO PRIVADO: DA UNIDADE À FRAGMENTAÇÃO

Beira ao senso comum, mas também já se comprovou na presente pesquisa que a regulação atinente à relação entre beneficiários e entre Operadoras de Planos de Assistência à saúde é enfrentada pelo Direito, especialmente quando da judicialização dessas relações a partir do Direito Privado.

Tem-se a ideia – e isso se pretende esboçar aqui – de que a tônica (salvo raras exceções) do discurso jurídico brasileiro, em especial sua civilística, enclausura-se com uma aparente cientificidade, mas sem compromisso com análises empíricas, deixando de lado procedimentos de testagem, por um lado, e, por outro, abstraindo toda a temporalidade de conteúdo social instituída pelo Direito¹³⁴, apropriando-se de conceitos sem densidade, tratando-os como axiomas e ignorando toda a historicidade que permeia a interação entre o jurídico e o social.

A partir dessas duas premissas colocadas, este capítulo irá analisar o Direito Privado a partir de um de seus pilares que é o Código Civil, especialmente a partir do fenômeno da codificação, por uma observação externa ao Direito, para, assim, perquirir sobre a sua relação, na prática, com a prestação de saúde a partir dos Planos Privados frente ao sentido do sistema sanitário-constitucional.

5.1 Código e sistema: uma miríade de sentidos

A discussão sobre a sistematização das normas jurídicas sob a forma de um código, ademais, guarda relação com o próprio conceito de sistema. O código normalmente apresenta as suas disposições repartidas de forma criteriosa e ordenadas de acordo com um plano pré-estabelecido (sistemático), fruto de um esforço de natureza eminentemente científica. (DELGADO, 2011, p. 23-24, grifo nosso).

Denotando-se essa íntima relação entre sistema e código, necessário então perquirir sobre tais ideias pelo menos por três razões.

Primeiro, porque ao longo deste trabalho tem se utilizado um *sistema* na acepção sociológica¹³⁵, e no discurso jurídico essa expressão tem uma conotação distinta, especialmente quando do tratamento dos códigos (civil, penal, tributário, etc), sendo

¹³⁴ Sobre a ideia de instituição da sociedade pelo direito: Ost (1999).

¹³⁵ Em relação ao *sistema* jurídico nessa acepção, veja-se Arnaud (1999, p. 63): “[...] o sistema jurídico, como tal, não é nem a totalidade dos atos jurídicos estabelecidos, nem um conjunto de regras, nem uma hierarquia formal: é a maneira pela qual o direito pode criar-se unicamente a partir do próprio direito.”

utilizado, inclusive, como sinônimo desses diplomas.

Segundo, porque nessa profunda imbricação de sentidos – entre código e sistema –, nota-se, no senso comum jurídico, uma redução consideravelmente simplista das complexas ideias de ambos os termos. Terceiro, porque pensar conceitos de forma desassociada do sistema e do entorno em que estão inseridos não permite verificar a pluralidade de sentidos contidos nele. Nesse sentido, afirma Croce (1920, p. 172-173):

Pensare un determinato concetto puro significa pensarlo nella sua relazione di unità e distinzione con gli altri tutti; sicché quel che si pensa non è mai in realtà un concetto singolo, ma il sistema dei concetti, il Concetto. All'in- verso, pensare il concetto in universale non è possibile se non per arbitraria astrazione: pensarlo davvero in universale, vale pensarlo insieme come particolare e singolare; cioè pensare l'intero sistema dei concetti distinti.

Então o que é sistema? Além da acepção jurídico-sociológica até agora utilizada, inclusive, para a construção da ideia de saúde como sistema e de sistema sanitário-constitucional, outras acepções podem ser reconhecidas nesse mesmo vocábulo, sendo algumas delas fundamentais a conformar o que se entende por direito e, especialmente, por códigos jurídicos.

Portanto, necessário considerar, ainda que de forma não taxativa, desde sentidos mais amplos como mais restritos: (a) simples conjunto composto de partes, (b) conjunto de valores de uma determinada coletividade, (c) modos de organização, o político, o econômico ou o administrativo, (d) conjunto ações, métodos ou meios organizados finalisticamente¹³⁶.

Relevantes, ainda, alguns sentidos específicos construídos por algumas ciências. Numa visão biológica, sistema é o “conjunto de órgãos compostos pelos mesmos tecidos e destinados a funções análogas” (SISTEMA, 2008-2013). Na astronomia é “grupo de corpos celestes associados e que giram segundo as leis de gravitação” (SISTEMA, 2008-2013).¹³⁷

Para a filosofia, pode-se entender por sistema, segundo Abbagnano (1999, p. 908), o “discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras”.

¹³⁶ No sentido de conjunto de processos e meios destinados a um fim, tem-se o Sistema Único de Saúde: um “[...] conjunto de ações e serviços de saúde [que] integram uma rede regionalizada e hierarquizada [...]” (BRASIL, 1988)

¹³⁷ Nesse sentido, aliás, Dallari (2010, p. 77) afirma que essa ideia de sistema “[...] predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços etc) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde.” Com essa mesma acepção, porém, é que se depreende o sistema sanitário-constitucional delineado em capítulo anterior.

Diante dessas ideias brevemente expostas, já se constata que todos esses sentidos podem ser tomados separada ou conjuntamente para o entendimento do que seja um *sistema* jurídico, bem como um código como *sistema*. Assim, por exemplo, podem ser entendidos como determinados modelos de organização, que podem expressar uma determinada doutrina, com função determinada a ser alcançadas por meio de procedimentos neles mesmos previstos. Pode-se também tomá-los – em um sentido biológico – como sendo um sistema de função que pode assumir uma posição central ou, fazendo parte de um sistema maior, gravitando em um determinado eixo¹³⁸ – num sentido astronômico.

Desses vários sentidos – aliás, todos aplicáveis ao Direito – denota-se ainda mais um, que, aliás, percebe-se ser o mais frequentemente utilizado pela civilística: “família de direitos positivos que se aparentam por seu conteúdo ou por sua origem histórica” (HARTNEY, 1999, p. 729).

Em relação à essa ideia, Hartney (1999, p. 729, grifo nosso)¹³⁹ ainda refere que

O termo ‘sistema jurídico’ dá, de um direito positivo, essencialmente a imagem de um conjunto de normas e insiste no aspecto de sistematização e de coerência lógica: ele agrada àqueles que privilegiam o caráter lógico do direito e àqueles que atribuem à doutrina um papel importante na elaboração de um direito positivo.

E especificamente ao termo *código*, que ele pode significar?

Da mesma forma que *sistema* não é termo utilizado exclusivamente pelas searas do político e do jurídico, é utilizado, por exemplo, na biologia – código genético –, na informática – código-fonte – na comunicação – código morse.

Nas ditas ciências sociais aplicadas e especificamente no direito, *código* é relação, reunião, coleção, conjunto orgânico de normas, regras, prescrições (SILVA, 2004, p. 302). Essa foi basicamente a ideia da antiguidade, desde o Código Papiriano¹⁴⁰, até o início da Modernidade, com o *Code Napoléon*, período em que o termo adquire uma significação peculiar e será melhor analisada no ponto seguinte sobre a Codificação.

Mas não é só. Além do conceito construído pela civilística a partir do Código

¹³⁸ Conforme Sarlet (2009, p. 77), “[...] com o advento da Constituição de 1988, todo o ordenamento jurídico passaria a girar sob o eixo gravitacional da dignidade humana [...]”.

¹³⁹ A exemplo da ideia de Hartney (1999), Delgado (2011, p. 67): “A linguagem jurídica exige um conhecimento técnico peculiar, visto ser o Direito uma ciência de instrumentos precisos.”

¹⁴⁰ “A primeira *coleção de leis*, que recebeu o nome de *código*, foi organizada por SEXTO PAPÍRIO. Este mereceu o seu nome, *Código Papiriano* e continha as leis dos primeiros reis de Roma, ao tempo de TARQUÍNIO, o *Soberbo*.” (SILVA, 2004, p. 302)

Civil Francês, é importante, para uma análise mais densa, considerar as construções sobre os termos realizados pelas demais ciências sociais que também têm o Direito como objeto de estudo.

Outras ideias de código, que podem ser consideradas, em uma visão sociológica do direito, segundo Arnaud (1999, p. 102) são: a) correlação, um rol de símbolos e sistema de regras de transcrição de um sistema para outro, b) “corpo mais ou menos orgânico de normas explícitas ou implícitas que servem para regular a conduta humana”, c) um sistema organizado internamente por regras ou a convenção a fim de possibilitar a interação entre dois ou mais atores, d) a “*modelização* ou *visão do mundo* aos quais, um a um, os sistemas ou os códigos devem-se conformar para ser coerentes e funcionais”.

Muito próxima dessas ideias, mas a partir de numa visão sociológica mais ampla, *código* pode ser entendido, conforme Merllié (1999, p. 84), como um repertório ordenado da regulamentação num domínio dado (código penal, código de trânsito, etc.). Mais geralmente, uma prática é codificada se ela está submetida a regras ou a uma organização estável. No senso linguístico, um código é um sistema que põe em relação significações e símbolos. Na sociologia da linguagem e da comunicação, encontra-se este uso do termo que pode ser ilustrado pela oposição estabelecida por Bernstein entre o código restrito, o qual tende a limitar-se ao ato de falar dos membros das classes populares, e o código elaborado, ao qual têm acesso os membros das classes superiores. Na análise documental e na construção estatística, os códigos são os instrumentos destinados a classificar sistematicamente as observações nas categorias definidas e articuladas entre si: *coder* (sistematizar) consiste em classificar as observações individuais nas categorias que lhe correspondam (frequentemente identificados por números, de sorte que *codage* – sistematização – se diz também como numeração). Estabelecer os códigos (ou nomenclaturas) e aplicar-lhes as informações obtidas de enquetes ou de outros documentos corresponde assim a pelo menos uma parte da análise de conteúdo. Esta fase da produção das informações estatísticas é frequentemente negligenciada nas análises, ainda que ela seja determinante. Mas estas operações não se limitam somente aos dados quantificados: o etnógrafo ou o praticante da observação *in situ* são conduzidos também a sistematizar suas observações para classificá-las e torná-las comunicáveis.¹⁴¹

A partir dessas ideias, exemplificativamente colocadas, já se pode e deve perceber os códigos jurídicos sob diversos aspectos.

¹⁴¹ Tradução livre.

No caso do Código Civil, ele pode ser entendido como uma programação necessária para os operadores do direito¹⁴² traduzirem os conflitos decorrentes das relações civis para a linguagem jurídica e a partir desse processo estabilizá-los – ideia de correlação. Daí já se pode realizar algumas problematizações: seria essa programação exclusiva, complementar ou subsidiária para estabilização de conflitos de natureza civil? Ela poderia ser utilizada de forma analógica para solução de conflitos de outra natureza? E no caso da necessidade de estabilização de relações mais complexas em que não se pode identificar a natureza, qual a função dessa programação? E quando verificadas lacunas nessa programação?

Também é possível entender o Código Civil como um conjunto de preceitos a orientar previamente as relações civis – ao contrário do entendimento anterior em que o código é utilizado *a posteriori*. Em outras palavras, um código de conduta que institui o dever ser das relações civis. Mas, problematizando, devem esses preceitos serem observados em absolutamente todas as relações? Sendo possível exceções, quem as determinará? E em relações de natureza complexa, como se comportar?

Possível, ainda, é tratá-lo como mecanismo de regulação e prescrição de condutas – os dois exemplos referidos acima – para um ou alguns grupos da sociedade subrepticamente exercerem poder e controle sobre outro ou outros grupos para os mais variados fins.

Por que também não pensá-lo de duas outras formas: como um simples sistema organizado internamente por uma determinada técnica – não necessariamente de cunho científico – que, apesar de pretender se prestar a grandes funções na sociedade, pouca serventia possui ou como um sistema que pretende transformar uma realidade, que propõe-se a perseguir um porvir diferente do esperado por ela.

A conclusão anterior, em relação ao termo *sistema*, também se percebe aqui. Código possui cada um desses sentidos; possui muitos outros decorrentes da sua historicidade; possui todos eles simultaneamente.

¹⁴² A expressão aqui é utilizada em um sentido exatamente mecanicista. Nota-se que, quando da qualificação do projeto dessa pesquisa – que, agora, pouco ou nada se assemelha com o que fora projetado –, tinha-se a concepção de que essa expressão, muito usual na literatura jurídica, era imprópria dado um inaceitável caráter mecanicista que empregaria ao Direito. Hoje, após algumas reflexões e estudos despertados pela Profª. Dra. Sandra Martini, passou-se a adotar o termo, especialmente quando de análises no âmbito da Sociologia do Direito.

5.2 Codificação: da construção à perda de um determinado sentido sócio-político

Examinadas as diversas acepções dos termos *sistema* e *código*, toma-se, nesse primeiro momento, um sentido específico: código como uma expressão sócio-política determinada.

Historicamente, o primeiro esforço da Modernidade com a intenção de codificar foi o francês, *Le Code Civil des Français*, promulgado por Napoleão Bonaparte.

Sobre o significado de tal coletânea, pretensamente racional e coerente na sua organização, deve-se considerar que se tratava do início do século XIX, em que era necessário consolidar o poder da burguesia triunfante sobre o feudalismo decadente e o absolutismo, tudo o que se entendia como o *ancien régime*. Superada a violência e a instabilidade do período da primeira vaga das lutas revolucionárias, em que se digladiaram as várias tendências do movimento, seguiu-se o período napoleônico. O poder da classe burguesa, então definido autoritariamente, centralizou-se, dando início à imposição de sua ideologia, o liberalismo¹⁴³. Ao mesmo tempo ocorreu o correspondente processo de institucionalização jurídica, mediante a adoção de novo ordenamento que consagrasse as ideias e valores da nova classe hegemônica ao conjunto de toda a sociedade¹⁴⁴.

O período monárquico anterior nunca experimentou a necessidade de um código concebido segundo o modelo que veio a instituir-se. Isso porque toda a legislação emanava do Rei, legitimando-se pela sua figura que, por sua vez, impunha-se como forma de dominação predominantemente tradicional, quando não, reforçada em alguns momentos pelo carisma de algumas personalidades como Richelieu e Luiz XIV, que se limitaram a aprofundar e a dar continuidade ao absolutismo¹⁴⁵.

Ao contrário, com a revolução e com seu processo de consolidação, impunha-se a necessidade de uma lei a positivar juridicamente e a sistematizar a extraordinária transformação social havida, com a imposição dos novos valores burgueses no projeto de uma nova Sociedade. Assim, o *Code Civil* é promulgado por Napoleão e legitima-se a partir da liderança carismática do Imperador que, como toda a forma de dominação desta natureza, é de curta duração. Após sua derrota e passamento, vai-se o carisma pessoal.

¹⁴³ Entendam-se as ideias de “burguesia” e de “liberalismo” não como conceitos estáticos, mas na dinâmica de seu movimento históricos, isto é, no seu devir.

¹⁴⁴ Sobre a Revolução Francesa e a ideologia liberal da burguesia, dentre tantos, especialmente Hobsbawn (1979, p. 71-116).

¹⁴⁵ Sobre tipos de dominação, utiliza-se o modelo Weberiano (1992, p. 170-241).

Subsiste o Código que se consolida numa forma de legitimação da lei por ela mesma¹⁴⁶ e pelo aparato por ela instituído numa perspectiva de racionalidade, voltada a valores, isto é, numa “dominação legal com administração burocrática” (WEBER, 1992, p. 173, tradução nossa).

A antiga legislação, esparsa, em que um bom número de antigos preceitos pelos seus conteúdos utilizáveis pela nova ordem, fundem-se a outros, fruto dos novos valores burgueses agora em processo de hegemonia, principalmente como instrumentos de regulação social. Valores como liberdade, igualdade, direitos individuais, absentismo do Estado em relação às relações econômicas resultam nas ressignificadas noções de pessoa e da sua autonomia, de contrato, de autonomia de comércio, de regulação econômica pelas leis do mercado.

O *Code*, assim, transformou-se no principal instrumento jurídico da nova sociedade burguesa, concretamente encarnando os seus interesses, mas ideologicamente aparecendo como a encarnação do ideal e dos valores de toda a sociedade, isto é, de todas as outras classes¹⁴⁷. O Código, assim, aparece como a modelação jurídica e sistemática de um projeto social, no caso da França, do seu projeto burguês de Sociedade.

Mais. À medida que, em outras nações, a burguesia foi conquistando a hegemonia do poder, códigos semelhantes no conteúdo, na proposta e até mesmo na forma, foram sendo adotados, obedecendo à mesma lógica de necessidade de um novo fundamento de legitimação das regras de direito privado: a codificada, tida como racional, não só pelo conteúdo normativo, devidamente uniformizado e coerente com os princípios da nova classe hegemônica, mas, sobretudo, pela sua sistematização¹⁴⁸. O modelo francês durante quase todo o século XIX tem a marca da sua filiação à tradição exegética, inspirando, de modo geral, nesta linha, principalmente os códigos surgidos nas novas nações

¹⁴⁶ Numa outra perspectiva, não sociológica e muito anterior que, aliás, serviu de base ao pensamento da época, Rousseau (Rousseau (1978, p. 57), quando define liberdade como sendo “a obediência à lei que nós mesmos nos prescrevemos”).

¹⁴⁷ Sobre o êxito do *Code* como um estatuto com alto grau de legitimidade, duas condições coroaram tal êxito, apontadas, aliás, por David (2002, p. 67): “por um lado era necessário que ela fosse obra de um soberano esclarecido, desejoso de consagrar – mesmo em detrimento dos privilégios da antiga ordem – os novos princípios de justiça, de liberdade e de dignidade do indivíduo. Por outro, era preciso que a nova compilação fosse estabelecida num grande país, exercendo sobre os outros uma influência à qual eles não saberiam esquivar-se. Ou seja, a codificação só poderia ter bom êxito e renovar os dados do sistema, nas condições em que foi realizada: na França, no alvorecer da Revolução, associada ao prestígio das ideias de 1789 e da expansão napoleônica.”

¹⁴⁸ O código, além dos mencionados fins político-ideológicos, tem, formalmente, um objetivo muito claro que é pôr fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes. Nesse sentido, David (2002, p. 66).

independentes da América Latina. A tendência da escola da exegese é coerente com um tipo de revolução de carácter popular que se faz confrontando um estado com poder absoluto então instituído. A Revolução Francesa afirma o primado da autonomia do indivíduo e dos seus direitos sobre o Estado. Esta instituição, na vertente liberal-revolucionária, apresenta-se como Estado mínimo, cuja função é apenas garantir, mediante uma regulação, o pleno exercício dos direitos fundamentais sem maior interferência na vida privada¹⁴⁹.

Mas nesse processo histórico de afirmação e consolidação da hegemonia social da burguesia, considerando a via de uma estruturação jurídica codificada, há outra tradição: a alemã, que se deu pelo seu Código Civil, o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 1896, entrado em vigor em 1900.

Apesar de a revolução burguesa alemã e do seu processo de “modernização pelo alto”, isto é, a partir do autoritarismo proativo da política de Bismarck, também se verificou a necessidade da codificação do direito privado, apesar de uma defasagem de quase trinta anos, como forma de imposição mais forte e legítima, da unificação nacional sob a ideologia burguesa pairando sobre os setores e regiões mais atrasadas da Alemanha¹⁵⁰. Diferentemente, porém, da tradição doutrinária francesa que, na sua tendência ao detalhamento, revela uma posição ideológica no sentido de conferir maior liberdade e espaço de ação à iniciativa privada, a vertente alemã filia-se à tradição pandectista, mais voltada à observação dos princípios, e, portanto, mais flexível, inclusive à própria ação do Estado como indutor do processo de modernização da sociedade¹⁵¹. Por sua vez, uma modernidade, adiantada no tempo, em mais de noventa anos à francesa, incorpora ao Código novas técnicas redacionais e de distribuição do conteúdo das normas, com a divisão em seis partes, contemplando, sucessivamente, o que, na época, considerava-se o corpo do Direito Civil.

¹⁴⁹ Outro aspecto importante sobre a legitimidade do *Code*, diz respeito à relação da liberdade, fundamento do pensamento burguês, e o Direito Natural. Ainda que a liberdade burguesa fosse fundada no racionalismo, o *Code*, era a condição para a realização da ambição acadêmica, até então sem perspectivas ver concretizado seu jusnaturalismo há muito ensinado nas universidades (DAVID, 2000, p. 66).

¹⁵⁰ Em relação aos fundamentos políticos da unificação alemã, Tavares (1982).

¹⁵¹ Sobre as distinções entre o *Code* e o BGB, Cordeiro (1989, p. XCIV) refere que “as preocupações imediatamente ideológicas - patentes no Código Napoleão e, em geral, nas codificações de inspiração liberal - desaparecem da Ciência do Direito, a favor de considerações de predomínio técnico. E, especificamente sobre a evolução proposionada pelo BGB, refere que ele “[...] traduz «uma recolha do já existente e não uma criação de novidades» (1G8); sintetiza a Ciência Jurídica do século XIX, no que ela tinha de mais evoluído” (CORDEIRO, 1989, p. XCVI).

De toda forma, enquanto em diversas nações da América Latina que adotaram a forma republicana de Estado terem igualmente adotado códigos civis segundo o modelo francês¹⁵²; no Brasil, somente veio a entrar em vigor um Código Civil de modelo semelhante em 1916, mais ou menos vinte e sete anos depois do advento da República.

A explicação do caso brasileiro funda-se na mesma lógica antes referida. A necessidade de uma codificação civil de extração burguesa não se fazia presente num estado monárquico de economia escravista controlada por um patriciado rural. A tal circunstância, soma-se, nos ambientes urbanos, a hegemonia de uma camada de dirigentes¹⁵³ articulada aos proprietários de terras e de escravos.

Ainda no século XIX, registre-se o infrutífero esforço do jurista Augusto Teixeira de Freitas, contratado pelo Imperador D. Pedro II para elaborar um esboço de Código Civil não aproveitado. O extenso trabalho, desenvolvido de 1860 a 1864, não foi aproveitado (SANTOS, 2013, p. 236).

Somente as alterações estruturais políticas, econômicas e sociais, advindas após a República, criaram as condições necessárias ao início de um processo hegemônico de afirmação dos valores burgueses. O processo tem início já no século XX, de que foi expressão a promulgação do Código Civil de 1916 cujo anteprojeto foi elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua, professor da Faculdade de Direito do Recife (SANTOS, 2013, p. 236)¹⁵⁴.

Nessa primeira experiência de codificação do período republicano, nota-se uma dupla influência: de um lado, a francesa, no que toca ao conteúdo guardando as características da Escola da Exegese, sem o esquecimento aos padrões lusitanos; de outro, a influência alemã, no que tocou à forma de sistematização, extremamente semelhante ao modelo do BGB, dividido em uma parte geral, tratando das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos, e uma especial, tratando da família, das coisas, das obrigações e das sucessões (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Em que pese essa influência técnica, as condições econômico-políticas que determinaram a necessidade da adoção de uma codificação de Direito Civil, no Brasil, não se assemelhavam às condições das realidades francesa ou alemã. Talvez porque mais tardio

¹⁵² Argentina, 1869/71; Uruguai, 1868; Chile, 1855; Equador, 1858; Venezuela, 1862; Colômbia, 1887; Bolívia, 1830; Peru, 1847; Paraguai, 1876, para só referirmos a América do sul.

¹⁵³ Sobre a caracterização estamental da sociedade brasileira, Fernandes (1981). Fundamental, ainda, Tavares e Fonseca (2009, p. 56-74) sobre a aproximação entre Florestan Fernandes e Raymundo Faoro, também referido nesta dissertação.

¹⁵⁴ Sobre a vida Clóvis Beviláqua, ver também Venâncio Filho (1977).

em relação ao velho continente.

De qualquer forma, como se vê, ainda que inserido numa sociedade completamente distinta, o novo Código Civil teve lugar na medida da existência de certas condições objetivas de índole política e econômica, ou seja, o domínio de oligarquias centrais de origem rural, montadas, principalmente, na cultura e exportação do café, definidas como oligarquias burguesas¹⁵⁵ agroexportadoras (GOMES, 2003).

Isso ensejou a necessidade de uma modernização, ainda que parcial e circunscrita às regiões e interesses ligados à exportação e das relações econômicas daí derivadas. Também serviu às demais classes de proprietários rurais, na medida em que seus pilares, propriedade, família e contrato, identificavam-se com os seus valores. Por outro lado, o Código significava, também, a imposição da nova ordem republicana sob a hegemonia dos já referidos grupos de classe, expressada nos governos civis que se sucederam¹⁵⁶.

A república oligárquica encerra-se derrubada pela revolução de 1930 que inaugura um novo sentido para o Estado brasileiro.

Moderna nas reformas, moderada no encaminhamento de padrões democráticos, como a introdução do voto secreto e do voto feminino, encaminharam-se os primeiros passos no sentido da centralização do poder do Estado, antes fragmentado entre os poderes locais oligárquicos. Liderado o movimento por Getúlio Vargas, seu governo permanece até 1945, incluindo a sua conhecida ditadura autoritária a partir de 1937.¹⁵⁷

Em tal momento histórico, a reafirmação da necessidade de um desenvolvimento capitalista, no Brasil, esbarra na fraqueza de uma burguesia ainda incipiente e uma sociedade paternalista e autoritária, sendo difícil o desenvolvimento de uma livre economia de mercado e de uma efetiva democracia liberal. A adoção dos seus clássicos postulados como o de intervenção mínima nos negócios privados, na esfera jurídica não têm lugar. Tal como na Alemanha de Bismarck, o Estado aprofunda-se como indutor do desenvolvimento econômico e fortemente influi na regulação das relações sociais privadas. Começam a ser criadas as bases de um estado-social-liberal¹⁵⁸.

No Direito, de uma realidade que praticamente se resumia ao Código Civil a

¹⁵⁵ Nas palavras de Martins-Costa (2000, p. 267), o Código de 1916, além de conter mecanismos técnicos, recolhe e fixa a filosofia da sociedade burguesa. Na mesma linha e considerando a oligarquia rural, Wolkmer (1999, p. 89) refere que o Código, apesar dos seus méritos metodológicos, era avesso às inovações sociais da época e refletia uma mentalidade patriarcal, individualista e machista, arraigada aos interesses de uma gananciosa burguesia mercantil.

¹⁵⁶ Sobre as oligarquias na primeira república, Tavares (1982, p. 105-106)

¹⁵⁷ Sobre a Revolução de 1930, Tavares (1982, p. 108-111).

¹⁵⁸ Idem.

regular as relações privadas, a partir da década de 1930 passa a conviver com uma verdadeira enxurrada legislativa, caracterizando, no plano jurídico, um projeto liberal-social em marcha, mas sob um regime autoritário.

O interlúdio democrático que se instaura e interrompe o autoritarismo, no período constitucional que se inaugura com a Carta de 1946, prossegue com quase igual intensidade a edição de novas leis que respondem às necessidades sociais de novas e constantes regulações. Com o Golpe Militar de 1964, altera-se a correlação das forças sociais e uma burguesia industrial já fortemente estruturada exige melhores condições de expansão, assim como os contingentes de trabalhadores, embora subalternos, também experimentam novas necessidades que exigem permanente regulação jurídica. Esse fenômeno não se altera e acompanha as mudanças políticas havidas com o fim da Ditadura Militar e o mesmo depois do advento da Constituição de 1988.

Neste quadro, ainda jazia o Código Civil de 1916, profundamente alterado, tanto formalmente, com um contingente enorme de dispositivos revogados, emendados, ou ineficazes, como quanto ao seu sentido, na proposta de regulação de uma sociedade que não mais existia.

Note-se aqui ser perceptível uma primeira perda do código, a carga de significado que sua denominação possuía. Pode-se cogitar que em todo o processo histórico que se prolongou desde a sua criação, o Código veio perdendo, progressivamente, perante a sociedade, aquele sentido de regulação de um projeto sócio-político. Ainda que estivesse preservado pelo menos em parte do seu conteúdo, a denominação havia sido vulgarizada. Tudo, ou quase tudo, fora codificado,¹⁵⁹ aqui simplesmente no sentido de mera organização temática: o “Código” de Menores, o “Código” Florestal, o “Código” de Minas, a Consolidação das Leis do Trabalho, verdadeiro código trabalhista e tantas outras leis reguladoras das mais variadas relações sociais.

Isso se justifica. O Estado, pelo direito, precisava atualizar-se imprimindo um novo ritmo de crescimento alinhado às transformações havidas nos demais sistemas.

¹⁵⁹ Numa perspectiva eminentemente jurídico-formal, denomina-se o fenômeno da superprodução legislativa como “descodificação” que daria lugar à fase dos “microsistemas”. Sobre o tema, aliás, Irti (1979). Contudo, pela perspectiva sociológica adotada nesta pesquisa, não é possível admitir tal enfoque, sob pena de considerar-se unicamente a dimensão concreto-positiva separada de todo o significado dinâmico de seu fundamento social. A confirmar esse recorte, note-se a percepção da aparente desordem do sistema jurídico diante dessa inflação legislativa que traria consequências negativas, tomada pela perspectiva jurídico-formal: “[...] tornando-se necessário, ou mesmo imprescindível, refundir em um único corpo toda uma massa confusa de normas diversas, de modo a dar-lhes consistência e harmonia.” (DELGADO, 2011, p. 112). Em sentido contrário, mais ainda em uma perspectiva formal Tepedino (2004).

Também pelo direito, o Estado se legitimaria. Não é à toa que muitos dos códigos versavam sobre direito público. O poder político quase todo concentrado no Executivo, (JAGUARIBE, 1975, p. 104-105), determinado à imposição de novas relações, indicou o caminho da codificação – como simples organização –, sob o argumento de sua maior racionalidade, como recurso de alcançar-se, num segundo momento, a necessária legitimidade sob tal forma de dominação¹⁶⁰.

Pari passu a todo esse processo de inflação legislativa, há um progressivo processo de descodificação, entendida como modificações de fundo à integridade semântica do Código Civil, não sintática. A sociedade civil, no seu crescente processo de transformação, vai colocando em cheque aquele projeto que lhe fora imposto.¹⁶¹

Evidente que, iniciado o período democrático, há espaço para maior influência de toda a sociedade na produção do Direito.

Some-se a tudo isso a aceleração do processo de desenvolvimento capitalista em todos os setores da economia especificamente considerada e nas demais atividades sociais, bem como a nova ordem capitalista global orientada pelo capital financeiro¹⁶².

Nota-se, portanto que, em virtude da intensificação da complexidade¹⁶³ e da diferenciação dos sistemas sociais inseridos numa realidade marcada, especialmente, pelo consumo, em que até mesmo a saúde segue um processo de mercantilização, parece não haver mais lugar para códigos fechados, organizados e coerentes apenas internamente.

¹⁶⁰No caso da saúde e sua privatização, objeto principal deste estudo, nota-se fenômeno semelhante. A criação de um mercado privado de planos de saúde teve inicialmente no Código Civil, o fundamento jurídico das relações entre empresas operadoras e os usuários. Novos arranjos e realidades passaram a intervir nessa modalidade de relações privadas tomando corpo e engendrando novas tutelas jurídicas que acabaram por transcender a letra do Código, criando-se, na regulação de tal mercado, outra legislação que dá novo sentido a esse mercado.

¹⁶¹Sobre o tema, refere Barbosa (2012, p. 356), que “A crescente multiplicidade e complexidade das relações sociais, contudo, tem aumentado o número de leis setoriais, proliferando as regras especiais que procuram atender as necessidades específicas de determinados segmentos da sociedade, para os quais se criam regimes diversos do aplicado à generalidade das demais situações subjetivas. Essas regras especiais passam a ser objeto de leis próprias, orientadas por princípios por vezes peculiares, formando um conjunto autônomo que dá origem à doutrina, ensino e construção jurisprudencial específicos, e geram um novo ramo do direito. Foi o que se verificou com o direito comercial e o direito do trabalho.”

¹⁶²Em recente reportagem da revista Super Interessante, “as 67 pessoas mais ricas do mundo tem US\$1,72 trilhão. Tanto dinheiro quanto os... 3,5 bilhões mais pobres. Metade de toda a humanidade [...] nos últimos 5 anos o número de bilionários cresceu 107,4% [...]”. (OS DONOS DO..., 2014).

¹⁶³“Considerando que cada indivíduo social deve, diante de cada acontecimento, levar em consideração todas as respostas possíveis no seio da sociedade, o bloqueio da dinâmica social tornar-se-á, em breve, inevitável por supersaturação. A solução desse problema consiste, segundo Luhmann, na criação, a partir do sistema social global, de novos sistemas, por sua vez, subsistemas do sistema global, e cuja função consiste em delimitar um quadro determinado da complexidade que está em vigor na sociedade, a fim de reduzir tal complexidade. [...] A gênese dos sistemas se explica como especialização funcional com vista a reduzir a complexidade. E é somente mediante tal condição que ela poderá tornar-se mais complexa. E essa dinâmica de aumento e diminuição da complexidade será o motor da evolução social.” (Arnaud, 1999, p. 63).

A fim de tornar mais evidente esse processo, refiram-se alguns fatores que contribuem decisivamente para essa realidade: a) a velocidade, a diversificação, a facilidade de acesso das comunicações, o que resulta na difusão das informações ao alcance da massa de cidadãos; b) a aceleração das tecnologias de toda ordem, principalmente as de informação; c) o aumento da participação política ao nível de massa; d) o crescimento do Estado e da burocracia, ensejando, cada vez mais uma produção jurídica híbrida de normas de direito privado e de direito público ocupando o mesmo espaço legislativo; e) a diversificação e o aumento quantitativo do consumo, com maiores contingentes da população tendo acesso às mercadorias; f) a vigência de uma constituição discutida e aprovada segundo um alto nível de condições democráticas, inédito até então, no Brasil e que produziu uma realidade nova a orientar o desenvolvimento dos diversos ramos do Direito, inclusive o do Direito Civil na atenção primordial aos princípios constitucionais que são pilares da Carta e que não podem, em nenhuma hipótese, serem postos de lado, negligenciados, esquecidos, em quaisquer relações de cunho jurídico. g) a lenta e gradual superação de velhos postulados por volta do início dos anos noventa, ainda presos a um ideário jurídico anterior à constituição de 1988, como, por exemplo, a desconsideração da imediata aplicabilidade dos princípios constitucionais e mesmo de normas, sob o argumento de que sua então suposta inaplicabilidade decorreria da falta de regulação infraconstitucional.

No Direito Privado, há muito já pulsavam novos modelos científicos, ditos “pós-positivistas” (CÁRCOVA, 2009) que buscavam e ainda buscam seu alinhamento a esse processo de diferenciação dos sistemas sociais, marcados pela complexidade e historicidade¹⁶⁴, objetivando, especialmente, a sua conformação ao novo paradigma sócio-político da Constituição.

No Direito Privado Brasileiro, deve-se referir pelo menos os modelos científicos – todos com considerável identidade na sua base epistêmica – do Diálogo das Fontes¹⁶⁵, do

¹⁶⁴ Sobre essa complexidade e a historicidade como características da pós-modernidade, Schwartz (2004, p. 37) refere que “como lembra Leonel Severo Rocha, a pós-modernidade não acentua a racionalidade ou o consenso. Muito menos a identidade. Acentua, todavia, a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. Acentua contingência e complexidade. Logo, acentua risco. [...] Luhmann, no entanto, assinala aquilo intitulado como pós-modernidade possui uma outra grande característica: o não-rompimento com o passado. Não se recusa totalmente o que já feito. Não se recusam, por completo, as características da modernidade. Não há necessidade de uma dissidência. Avança-se recursivamente sobre ditas características para (re)criar um futuro aberto, de consciência de risco e de convivência com a incerteza.”

¹⁶⁵ Trata-se de um método de conciliação de normas que permite a uma coerente aplicação do Direito pós-moderno (MARQUES, 2012, p. 22). “[...] Significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das

Direito Civil-Constitucional¹⁶⁶ e o modelo tópico sistemático de interpretação¹⁶⁷.

É muito clara a preocupação desses dois modelos no sentido de admitir essa nova realidade fragmentada e construir, a partir daí, uma base epistêmica, seja orientada pelo princípio *pro homine* – Diálogo das Fontes –, seja pela constituição como eixo hermenêutico – Direito Civil-Constitucional – a fim de aplicar o direito com integridade e coerência.

Sobre essa realidade é que em 2002 o antigo Código Beviláqua deu lugar ao Código Reale. O que se deve salientar é que sua aprovação aconteceu com certa apatia e desinteresse do Congresso Nacional e seu anteprojeto, encomendado por setores dos governos militares, sendo que aguardou quase trinta anos para entrar em votação. Muito por conta da pouca inovação trazida na sua Parte Especial, não provocou mais do que indiferença em relação aos institutos reguladores das relações sociais subjacentes, já que tudo continuaria como sempre até ali.

Por outro lado, um importante passo dado pelo Código Civil de 2002 em relação ao de 1916, encontra-se na sua Parte Geral, onde está positivada uma atualização científica do Direito Privado.

Quanto a manifestações críticas ou favoráveis ao Código, limitaram-se especialmente ao âmbito acadêmico jurídico.

Apenas para ilustrar a celeuma que se instalou diante do “novo” Código, refere-se que, na civilística, dizem seus críticos, o Código Civil de 2002 em nada inovou, ou, pelo menos, que muito além poderia ir, mas muito atrás ficou seguindo, de certa forma, sem identificação com o meio social privado.

Por outro lado, seus defensores admitem ser uma codificação inovadora¹⁶⁸,

plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais (MARQUES, 2012, p. 19 e 20)”.

¹⁶⁶ “O Direito Civil Constitucional é uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil. [...] É a forma como estabelecemos e compreendemos o Direito Civil, inspirado, iluminado, pela Constituição e pelas normas constitucionais (LÓBO, 2014, p. 19-30).

¹⁶⁷ Segundo Freitas (2010, p. 82), “[...] a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.”

¹⁶⁸ Refere o próprio autor do Código de 2002, Prof. Miguel Reale (2002) que tal diploma operou “[...] a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência. [...] Não se tratava, com efeito, de mera mudança de artigos, mas de tomada de posição perante o problema da codificação exigida pelo País, à luz

especialmente pela formação da sua estrutura, orientada pelas diretrizes da eticidade, sociabilidade e operabilidade, permitindo sua abertura cognitiva propiciada fundamentalmente pela referida nova Parte Geral, especificamente (REALE, 2002), por exemplo, com a recepção das cláusulas gerais.

Outro ponto que deve ser destacado sobre o Código Civil é a opção pela matriz filosófica culturalista que marca a sua identidade com o meio sócio-político em que está inserido¹⁶⁹.

E nesse ponto, percebe-se o abandono àquele projeto fechado e completo que orientava as codificações. A preocupação, na linha dos modelos pós-positivistas, foi a de reorientar o Direito Privado¹⁷⁰.

É esse aspecto favorável da codificação contemporânea que interessa à análise deste capítulo. Independente da posição que se assuma, crítica ou a favor do Código, deve-se perquirir como a sua intenção de transformação social através da alteração dos seus pressupostos científicos foi recepcionada pela sociedade, especificamente pelo seu destinatário imediato, o sistema jurídico; pergunta-se, que comunicação passou a ser emitida pelas instituições decisórias, especificamente no âmbito daquelas envolvendo Planos Privados de Assistência à Saúde?

5.3 Fragmentação: o reconhecimento de diferenciados significados

Como afirmado no capítulo anterior, dado a natureza da relação estabelecida entre o usuário do Plano Privado e a Operadora, tem-se como “natural” essa interação resolvida pelo direito dos contratos privados.

Sobre como o Direito vem-se comportando na efetivação das questões relativas ao objeto desta pesquisa, isso já foi constatado empiricamente a partir das inferências realizadas segundo análise dos acórdãos oriundos da Comarca de Pelotas, no Rio Grande

de outros paradigmas de ordem ética e política, uma vez que o Código em vigor fora elaborado para uma nação predominantemente agrícola, com reduzida população urbana, sem os imensos problemas sociais do Brasil contemporâneo.”

¹⁶⁹ Segundo Martins-Costa (2006), “Nenhum código provém do nada, nenhum código opera no vazio, pois seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo - isto é, uma filosofia.”

¹⁷⁰ Ainda que não constitua objeto de análise e tampouco faça parte dos referenciais que orientam a base do pensamento desta dissertação, deve-se referir a importância do pensamento sistemático para esses modelos nomeados pós-positivistas do Direito. Tal análise, de certa forma, supera métodos sistemáticos de interpretação que impõem fechamentos cognitivos – a propósito, Larenz (1997) – e passam a desenvolver métodos mais abertos, especialmente, a partir de Canaris (1989) com bases hermenêuticas desde Hegel à Gadamer.

do Sul; por isso faz-se remissão ao ponto 2.3 desta dissertação.

A questão que deve ser enfrentada é relativa às possíveis razões dessas inferências.

Considerando o que fora analisado neste capítulo, denota-se uma forte presença, no âmbito do Poder Judiciário, de uma racionalidade ainda ligada àquela que sustentava a codificação: como centro hermético e completo do Direito Privado.

Inferiu-se da análise empírica a utilização nos acórdãos de diversas fontes normativas, não apenas o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor. Além da utilização de regras e da principiologia desses dois diplomas, incluindo-se as cláusulas gerais como a boa-fé, denotou-se também a utilização do Estatuto do Idoso, de regulações infralegais e da própria Constituição Federal. Mais. Constatou-se também, que as soluções dos casos concretos se deram com muita frequência a partir de uma integração dessas fontes, realidade esta, a princípio, em alinhamento à ideia de sistema aberto proposta pela inovadora parte geral do Código Civil de 2002.

Além disso, deve-se considerar louvável o resultado final das decisões que eminentemente são em favor dos usuários e assim preservando suas vidas, seja diretamente – quando de uma negativa de cobertura de procedimento médico hospitalar – seja indiretamente – quando de um reajuste abusivo nas mensalidades do Plano Privado que leva a uma oneração excessiva da relação contratual.

Contudo, têm-se pelo menos dois problemas, ambos imbricados.

O primeiro é metodológico.

Denota-se que o método de produção da decisão reveste marcadamente uma posição positivista e autorreferente, em consequência implicando num fechamento cognitivo.

Verificaram-se nos julgados claramente apenas duas aberturas semânticas: uma horizontal e outra vertical.

Horizontal, porque considera sem maiores dificuldades a pluralidade das relações privadas, havendo para solução dos casos concretos a utilização das regras e da principiologia de outras fontes normativas que não apenas o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, principalmente.

Vertical, porque também considera, ainda que com certo déficit de fundamentação, direitos fundamentais preponderantemente individuais.

Faltam aberturas semânticas em direções transversais¹⁷¹, no sentido de considerar disciplinas completamente distintas do direito privado, como é o direito sanitário¹⁷².

O segundo está na base do Direito Privado.

Podem-se apontar, como uma das razões dessa insuficiente abertura do Direito Privado para a questão sanitária, os seus evidentes traços da natureza liberal, que, apesar dos esforços em sentido contrário pela vigência e a necessidade do Estado Social, aprofundam-se, dado a forte influência do sistema econômico, no caso, do mercado das Operadoras de Plano de Assistência à Saúde.

Fica evidente, assim, em que pese o esforço da civilística no sentido de humanizar o Direito Privado¹⁷³, o quão eivado do liberalismo ele é, não percebendo outras lógicas fundamentalmente público-sociais. Exemplo do que se afirma é o do já referido Código dos Direitos do Consumidor, o instrumento legal, mais frequentemente invocado nas decisões judiciais envolvendo questões de planos privados de assistência à saúde. Não obstante, seu caráter fundamental, e imprescindibilidade na orientação das relações de consumo – especialmente as massificadas –, é consectário da economia capitalista. Significa afirmar que, como desaguadouro da solução de conflitos envolvendo Planos de Assistência à Saúde, reafirma uma inaceitável ideia de saúde como produto, como mercadoria, como coisa.

Aquela incognoscibilidade do que viria a ser o novo Código Civil, agora, passados mais de dez anos da sua vigência, não mais existe. São evidentes suas contribuições a favor e contra a efetivação dos direitos. No caso da saúde, com maioria contra, na medida em que sua abertura é parcial e não permite perceber o sistema sanitário-constitucional. Talvez uma insuficiência insuperável do Direito Privado.

Deve-se, contudo, tentar ir além. Voltar-se a discutir os limites do público e do privado? Talvez, mas considerando os novos matizes do Estado contemporâneo.

Tal diferenciação sofre uma crescente perda de nitidez das suas fronteiras por inúmeras causas, entre elas: (a) a desatualização dos critérios de distinção; (b) o intercâmbio de institutos e preceitos entre ambas as disciplinas – por exemplo, a

¹⁷¹ Sobre a transversalidade do conhecimento, ver Morin (1992; 2003).

¹⁷² E nesse sentido mostram-se insuficientes àqueles referidos modelos científicos pós-positivistas, em voga na civilística contemporânea brasileira que acabam por fazer defesas em prol da constitucionalização sem realmente percebê-la.

¹⁷³ Nesse sentido, Lôbo (2014, p. 19) aponta o “humanismo” como a palavra que possa definir o objeto central do Direito Civil Constitucional, que tem a pessoa humana como foco central da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil.

colonização do direito privado por preceitos de ordem pública, a colonização do direito público pelos contratos e sua principiologia de direito privado, (c) a compreensão de todos os ramos do direito como partes que são necessárias de uma ordem jurídica informadora de sentidos, os quais reciprocamente se complementam, se apoiam e se condicionam, (d) própria de uma sociedade pluralista, a fragmentação do sistema jurídico com a proliferação de leis setoriais – por exemplo os estatutos do torcedor, do idoso e das cidades. (BARBOZA, 2012, p. 355).

Numa sociedade globalizada orientada pela racionalidade capitalista, em que cada vez mais se multiplicam as teias de relações, tudo se torna objeto de juridicização. Desde o Direito formalmente legislado, há toda uma produção normativa por fora dos poderes clássicos do Estado: contratos não só bilaterais, mas multilaterais, regulamentos de entidades privadas, regulamentos sobre a prestação de serviços de natureza público-social, normas de procedimentos de aprovação e concessão de crédito, mais uma expressiva gama de modalidades que não param de crescer. Nessa dinâmica, os comportamentos das pessoas individuais ou coletivas, agora agentes destinatários de toda essa teia de normas formalmente posta é cada vez mais numerosa.

Cumpra ao sistema jurídico; portanto, bem internalizar essas transformações a partir do sentido dado pelos seus *topos*, a Constituição, revestida de todo o sentido dado pelo conjunto de todo o sistema. Isso é primordial, especialmente quando se considera o caráter pouco democrático e nada científico – para não se falar das inconstitucionalidades – da produção legislativa brasileira que, além de marcada pelo patrimonialismo, opera numa racionalidade *top-down*,¹⁷⁴ buscando a estabilização de expectativas pelo hercúleo método da tentativa e erro enquanto poderia aplicar métodos de testagem prévia da legislação, a

¹⁷⁴ Trata-se da racionalidade autoritária de uma ordem jurídica imposta, de cima para baixo, que não resiste à superação do paradigma da modernidade e passa progressivamente a dar lugar a uma ordem participativa, negociada por meio de *governance* que nada mais é do que o conjunto de “processos de coordenação destinados a atingir objetivos próprios, discutidos e definidos coletivamente em espaços fragmentados e incertos” (ARNAUD, 2005, p. 11). Essa nova forma de operação é mais sensível nos subsistemas mais caros ao mercado, especialmente por conta da velocidade das suas relações. Trata-se da produção de regulação num formato *down-up*, em que o direito deixa de vir do alto e, como decisão complexa, que é, necessariamente, conforme Arnaud (2005, p. 15), resulta de três operações sistemáticas e recursivas: “a construção dos problemas; sua projeção sob a forma de planos; a seleção de ‘boa’ decisão, no sentido de solução ‘a mais satisfatória’”. Daí inferir-se o alto grau democrático desse modelo, em que, levando-se em conta o caráter complexo das decisões, diferentemente do modelo tradicional de regulação (*top-down*), os problemas carentes de solução não são dados a priori. Assim, permitem que a própria sociedade problematize os fatos ou relações que pretende regular, passando a elaboração dos planos de ação com o auxílio de tecnocratas, até a escolha das melhores alternativas e a tomada de decisão, sempre mediante uma junção recursiva entre esses três níveis. Nas palavras de Arnaud (2005, p. 18), “a recursividade não está limitada a uma operação, e pode ser renovada até que o enunciador do direito esteja em condições de qualificar como ‘satisfatório’ um dos planos de ação dos que lhe são apresentados”.

fim de estabilizar expectativas de forma muito mais eficaz e eficiente.

Deve-se ter em mente, portanto, que

esse direito, da sociedade contemporânea, é um direito de riscos e paradoxos. De riscos porque visa à antecipação do futuro, tentando, na esteira do raciocínio expendido por Luhmann “brincar de Deus”, pois impossível será a tudo prever antes do acontecimento do provável dano. Paradoxo porque é justamente essa aparente impossibilidade de solução que faz com que o mesmo, de forma autopoietica, encontre os caminhos a serem percorridos para o deslinde da (im)possibilidade. [...] entender que o direito é um seguro de risco para situações que se protejam no futuro é essencial para recuperar o direito em uma nova sociedade. (SCHWARTZ, 2004, p. 187-188).

Tomando-se como base uma visão sistêmica e necessariamente dinâmica, estaremos sob a égide um sistema jurídico axiológico, essencial à diferenciação como produto do desenvolvimento da sociedade e igualmente essencial à interdependência dessas especializações para que, mediante uma racionalidade intersubjetiva, imprima-se unidade ao sistema. Assim, antes de se falar de um Direito Privado coerente à Constituição, deve-se falar num direito Privado coerente ao sistema¹⁷⁵.

Portanto, ainda que a tradicional divisão do Direito em ramos simultaneamente dependentes e autônomos atenda não somente às diferenças entre as categorias das relações sociais, mas também e principalmente constituem expediente de valor prático¹⁷⁶, não pode o caso concreto ser submetido a essa divisão. A solução concreta deve ser construída de forma problemática e complexa.

O direito faz-se Direito: é processo e é dinâmico, assim como também é a saúde.

Por isso, pode-se afirmar que a característica dinâmica que marca esses “novos direitos”, como é a saúde e sua especialização como direito sanitário, impõe uma reprogramação do Direito que cada vez menos consegue operar no seu antigo paradigma, pois até as mais tradicionais disciplinas passam a operar interdisciplinarmente. Essa é a condição de possibilidade de que seja encarado (o Direito) pelo viés pragmático-sistêmico,

¹⁷⁵ Em relação ao sentido e coerência da estrutura do sistema jurídico, Abbagnano (1999, p. 905, grifo nosso): “[...] questão pertencente ao problema da estrutura de um sistema jurídico, questão aliás abundantemente discutida pelos teóricos, é a da existência de lacunas e de conflitos dentro de um sistema. A grande maioria dos autores sustenta a tese do caráter inevitável das lacunas e dos conflitos. Kelsen (1954, 1960) é um dos mais célebres defensores da tese contrária. No entanto, após 1960 ele mudou de opinião no que diz respeito aos conflitos, e acabou admitindo sua existência: Kelsen (1979). É preciso, no entanto, observar que, nos debates em torno da existência de conflitos dentro de um sistema jurídico, os autores desconsideraram geralmente a distinção entre um sistema jurídico e um sistema jurídico momentâneo. A tese da coerência interna de um sistema só pode ser verdadeira – se ela for de fato verdadeira – se se considera um sistema conjuntural, pois existem necessariamente contradições entre o direito francês atual e o de um século atrás, em consequência da adoção e da revogação de várias normas jurídicas: cf. Alchourrón&Bulygin (1971, pág. 89).”

¹⁷⁶ Nesse sentido, Barbosa, 2012, p. 355.

afastando-se a sua lógica dita “racional”.

Dado tais insuficiências ora apontadas e a partir da revisão histórica construída na presente dissertação, é improvável que o Direito Privado, na atual conjuntura da realidade dos Planos Privados de Assistência à Saúde, possa realizar o projeto sanitário-constitucional.

6. CONCLUSÃO

Dentro do limite das contingências da pesquisa e do pesquisador, empreendeu-se analisar criticamente a (não) conformação do sistema de saúde suplementar à ordem constitucional.

Para isso, foi fundamental uma instigante viagem que iniciou em direção à realidade. Nela, colheram-se dados – alguns estatísticos e outros extraídos de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, oriundos da Comarca de Pelotas – e daí realizadas inferências. De posse delas, a partir de uma análise jurídico-sociológica, buscou-se entender e definir – sempre provisoriamente – o que é saúde. Com esse conteúdo, tomou-se a direção da saúde suplementar, analisando a sua história e a sua atual regulação, bem como a forma do seu enfrentamento, para, ao final, aportar no Direito Privado e analisar o seu antigo *topos* hermenêutico: o Código.

No âmbito das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, constatou-se que a força do mercado que elas compõem é intrínseca às ações ou omissões do Estado, e essa relação, além de interdependente, em diversos momentos reveste-se de uma mutualidade. Constatou-se, ainda, que essa relação é tão forte que conseguiu consolidar-se na ordem constitucional atual de forma social e juridicamente legítima, com uma regulação que pouco lhe restringe e muito lhe reafirma, perfazendo-se como uma atividade essencial à sociedade – já o que o SUS não suportaria prestar saúde para mais de 50 milhões de pessoas. Tudo em atropelo ao projeto sanitário-constitucional brasileiro.

No Direito Privado, especialmente por conta da análise do seu antigo pilar, somado às constatações empíricas, notou-se uma marcante autorreferencialidade na produção do direito a partir das decisões judiciais. A sentença, o contrato, o Código de Defesa do Consumidor e o Direito Civil reafirmam a saúde como mercadoria.

Por tudo isso, pode-se fazer as seguintes conclusões, inexoravelmente de forma provisória.

Sobre o mercado:

1) O mercado explorado pelas Operadoras de Plano desenvolveu-se ao lado do Estado, havendo uma mútua dependência entre ambos na prestação de serviços ambulatoriais, médicos e hospitalares;

2) De um processo de mercantilização iniciado nos anos cinquenta, decorre um ainda atual, crescente e inaceitável processo de massificação das doenças, prestada

preponderantemente à classe economicamente mais sensível à conjuntura político-econômica do País, a classe-média assalariada;

3) O produto vendido pelas Operadoras de Planos não é suplementar: são serviços onerosos de caráter integral-curativo-individual e isso é prejudicial à realização da saúde;

4) Esse sistema pseudo suplementar é excludente. E isso não permite que a sociedade se reconheça entre iguais;

5) Ele, além de não contribuir, prejudica o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde. Ao mesmo tempo, ambos os sistemas, dadas as proporções que atingiram, são dependentes um do outro.

Sobre a regulação e o Direito:

1) Impõe-se urgentemente rever os marcos regulatórios desse mercado para, através de políticas públicas racionalmente construídas em coordenação com o Sistema Único de Saúde, impor que seja observada pelo mercado a racionalidade do sistema sanitário-constitucional para realização da sua função social e consequente progressiva realização do bem-estar físico e psíquico da sociedade;

2) Considerando o protagonismo do Poder Judiciário na sociedade brasileira como última instância de proteção e garantia da vida, impõe-se que siga ele realizando seu mister, porém, independentemente do método científico adotado, que seja a partir de uma base epistêmica, complexa e inclusiva.

No entanto, na atual conjuntura jurídico-política do País, o quadro não é promissor.

Há intensa interferência do mercado nas decisões de governo.

Ao Governo falta do compromisso político – historicamente comprovado – com a realização do projeto sanitário-constitucional.

Entretanto, a SAÚDE não é mercadoria.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Anuário: aspectos econômico-financeiros das operadoras de plano de saúde: ano base 2014. v. 10. Rio de Janeiro, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar: ano base 2014. v. 1 (jun. 2006). Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2015b.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Resolução Normativa nº 259 (2011). Brasília, 17 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/>>. Acesso em 03 mar. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Sistema de Informações de Beneficiários. Set. 2015a. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais#sthash.MeYyJq69.dpuf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e conflitos entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARNAUD, André. **Dicionário enciclopédico de sociologia e teoria do direito**. Trad. Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o Ministério Público: estudo de caso. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 532-563.

ASENSI, Felipe Dutra. Apresentação. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012a.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicações e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b, p. 2-26.

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL (ATLAS BRASIL). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br>>. Acesso em

30 abr. 2015.

BAHIA, Ligia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro: Abrasco, n. 6, v. 2, p. 329-339, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito x direito sanitário. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 351-363.

BARROS, José Augusto. Pensando o processo saúde doença: a que responde o modelo biomédico?. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, vol. 11, n. 1, p. 67-84. 2002.

BATICH, Mariana. Previdência do trabalhador: uma trajetória inesperada. **São Paulo em perspectiva**. Vol. 18(3). São Paulo: 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n3/24776.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós modernidade e intelectuais**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BELLOCH, A.; OLABARRIA, B. El modelo bio-psico-social: un marco de referencia necesario para el psicólogo clínico. **Revista Clínica e Salud**, v. 4, n. 2, p. 181-190, 1993.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Noberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos e teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resultado Fiscal de 2002. Brasília, DF, 25 fev. 2003. Disponível em: < <http://www4.bcb.gov.br/gci/focus/f20030225-resultado%20fiscal%20de%202002.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2015.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão parlamentar de inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde. Relatório Final. Brasília, DF, nov. 2003. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpisaude/relatoriofinal.pdf>>. Acesso em 22 set. 2015.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 176/2015. Autor da proposição: Zeca Cavalcanti – PTB/PE. Proposição de Ementa: Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que "dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde". Brasília, DF, 12 ago. 2015a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22 set. 2015.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2608/2015. Autor da

proposição: Luiz Carlos Ramos – PSDC/RJ. Ementa: Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para acrescentar novo dispositivo. Brasília, DF, 04 fev. 2015b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 22 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Decreto 22.872 (1933). Brasília, 29 de junho de 1933. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=22872&tipo_norma=D EC&data=19330629&link=s>. Acesso em: 04 ago. 2015.

BRASIL. Decreto 3.321 (1999). Brasília, 30 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 04 ago. 2015.

BRASIL. Decreto 4.682 (1923). Brasília, janeiro de 1923. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=22872&tipo_norma=D EC&data=19330629&link=s>. Acesso em: 04 ago. 2015.

BRASIL. Decreto nº 591 (1992). Brasília, 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.080 (1990). Brasília, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório Final. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O consórcio e a gestão municipal em saúde**. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_14.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 407, de 12 de setembro de 2008. Conselho Nacional de Saúde. Regimento Interno do Conselho nacional de Saúde. Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/regimento_alterado_14042011.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social – 1963-1965. Síntese. Brasília, DF, 1962. Disponível em: <<http://bibspi.planejamento.gov.br/handle/iditem/495>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Assuntos Estratégicos – Social e Renda – A classe média brasileira**. nº 1. (nov. 2014). Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.sae.gov.br/wp-content/uploads/ebook_ClasseMedia1.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-RS. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Brasília, DF, 12/09/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 16/03/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178-SE. Voto do Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 3/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444s>>. Acesso em: 17 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1. Tribunal Pleno. Relator Ministro. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03/12/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 set. 2015.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. 4.^a reimp. Coimbra: Edições Almedina.

CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías Jurídicas Post Positivistas**. 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.

CARLINI, Angélica. A saúde pública e as decisões dos tribunais – Apontamentos para um reflexão crítica. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 490-500.

CASTRO-SANTOS, Luiz Antonio de. Uma história brasileira das doenças. **Cad. Saúde Pública [online]**, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 6, p. 1350-1354. 2006.

CATALAN, Marcos Jorge. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: RT, 2013.

CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva; Letras & Lucros, 2008.

CHADE, Jamil. OMS alerta para disparidade de médicos no País. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 20, mai. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,oms-alerta-para-disparidade-de-medicos-no-pais,1033663>>. Acesso em: 19 set. 1998.

CÓDIGO. In: **DICIONÁRIO da língua portuguesa**. Lisboa: Priberam Informática, 2008-2013. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/sistema>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANO (CIDH). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá: OEA, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 08

set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **RIL**, a.35, nº 138, Brasília, p. 39-48.

CONSELHO ESTADUAL DE SAÚDE (CES). Resolução nº 05/2002 – Plano de Regionalização da Saúde. Porto Alegre, RS, 05 de set. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.rs.gov.br/conteudo/780/Resolucoes>>. Acesso em 14 out. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014. Brasília, [2014]. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011. Brasília, [2011a] Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 27 abr. 2015

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoepj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 02 set. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Recomendação nº 31. Brasília, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude>>. Acesso em: 27 abr. 2015

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Recomendação nº 36. Brasília, 12 jun. 2011b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude>>. Acesso em: 27 abr. 2015

CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CORDEIRO, Hésio. A medicina de grupo e o complexo médico industrial. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro: FGV, n. 17, v. 3, p. 22-37, jul.-set. 1983.

CORDEIRO, Hésio. Descentralização, universalidade e equidade nas reformas da saúde. **Ciênc. saúde coletiva [online]**, Rio de Janeiro, vol.6, n.2, p. 319-328. 2001.

CROCE, Benedetto. **Logica come scienza del concetto puro**. 4ª ed. Bari: Gius. Laterza & figli, 1920.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

DAHL, Robert A. **A moderna análise política**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lidador, 1970.

DAIN, Sulamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. vol.12, suppl., pp. 1851-1864. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito constitucional à saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 80-98.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: ARANHA, Marcio Iorio (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf>. Acesso em 17 set 2015.

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

DALLARI, Sueli Gandolfi. Prefácio. In: VENTURA, Deisy. **Direito e saúde global – O caso da pandemia de gripe A (H1N1)**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma nova disciplina: o direito sanitário**. Rev. Saúde Pública [online]. 1988, vol.22, n.4, pp. 327-334.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEAN, Warren. A industrialização durante a república velha. In: FAUSTO, Boris (Dir.). **História Geral da Civilização Brasileira**. O Brasil Republicano. Estrutura de poder e economia. Tomo III. 1º vol. 2ª ed. São Paulo: Difel, 1977.

Decreto 3.321/1999 (BRASIL, 1999)

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Helio Pereira. **Direito Sanitário**, 2003. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf>. Acesso em 17 set. 2015.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**. 3ª ed. rev. São Paulo: Globo, 2002.

FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil**. São Paulo: Zahar, 1981.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FREYRE, Gilberto. **Sociologia da Medicina**. 2º ed. Brasília: UNB, 2004.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Oswaldo Cruz – História**. Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/oswaldo-cruz>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Trad. Sandra Regina Netz. 6º ed.. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins fontes, 2003. p.11.

HARTNEY, Michael. “*sistema jurídico*”. In: **Dicionário enciclopédico de sociologia e teoria do direito**. Dir. André-Jean Arnaud, et al. Trad. Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 729-731.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HOBSBAWN. Eric J. **A Era das revoluções: Europa 1789-1848**. Trad. De Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **População - Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Ipeadata**. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 3. n. 10 São Paulo: 1979, p.15-33.

JAGUARIBE, Hélio. **Sociedade, mudança e política**. Coleção Estudos. São Paulo: Editoria Perspectiva, 1975.

JUNHO, Yago. **Saúde: o papel da sociologia em uma abordagem mais humanística e totalizante da sempre delicada questão da Saúde**. In **Sociologia**. Edição 60. São Paulo: Editora Escala, 2015.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. trad. Marco A. Zingano. São Paulo: L&PM Editores S/A, 1989

KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996.

LAMOUNIER, Bolivar. **Formação de um pensamento político autoritário na primeira república. Uma interpretação**. In: FAUSTO, Boris (Dir.). **História Geral da Civilização Brasileira**. O Brasil Republicano. Sociedade e Instituições. Tomo III. 2º vol. 2ª ed. São

Paulo: Difel, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nova Livraria, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; et. all. **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

LÓPEZ, Andrés; NIEMBRO, Andrés; RAMOS, Daniela. Exportaciones de servicios de salud: Los casos de Argentina, Brasil y México. Observatorio Económico de la red Mercosur. 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://oered.org/articulo/exportaciones-de-servicios-de-salud-los-casos-de-argentina-brasil-y-mexico>>. Acesso em 27 mar. 2015.

LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Editora Vega, 1993.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Trad. Eva Machado Samios. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

LUZ, Madel Therezinha. **As instituições médicas do Brasil**. 2ª ed. Porto Alegre: Rede Unida, 2014.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. Direito e saúde: contribuições para o estudo da judicialização. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 463-489.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional**. 2. tir. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região**. v. 18. n. 6 .Belém: 2006, p. 21-34.

MÉDICI, André Cezar. Incentivos Governamentais ao setor privado de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro: FGV, n. 26, v. 2, p. 79-115, abr.-jun. 1992.

MENDES JÚNIOR, Antônio; MARANHÃO, Ricardo. **Brasil história, texto e consulta: República Velha**. vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

MERLLIÉ, Dominique. Code et Codification. In: **Dictionnaire de sociologie**, Dir. André Akoun et Pierre Ansart.. Paris: Le Robert : Seuil, 1999.

MICHEL, Rodrigo Cavalcante; AVELLAR, Ana Paula. **A indústria cinematográfica brasileira: uma análise da dinâmica da produção e da concentração industrial**. Revista de Economia, v. 38, n. 1 (ano 36), p. 35-53. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Dos direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Trad. Eloá Jacobina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. 2. ed. Sintra: Publicações Europa-América 1992.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed., 5. tir. Paraná: Juruá, 2005.

NERI, Marcelo Cortês. **De volta ao país do futuro: crise européia, projeções e a nova classe média**. Rio de Janeiro: FGV/CPS, 2012. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/cps/ncm2014/>>. Acesso em: 21 set. 2015.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS: o dasafio de ser único**. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

OHLWEILER, Leonel Pires. A construção e Implementação de Políticas Públicas: desafios do direito administrativo moderno. **Verba Juris** (UFPB), v. 1, p. 269-300, 2007.

OLIVEIRA, Gesner; TUROLLA, Frederico. Política econômica do segundo governo FHC: mudança em condições adversas. **Tempo social** [online]. 2003, vol.15, n.2, pp. 195-217. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702003000200008&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral. 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br> acesso em 08/09/2015

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde. Nova Iorque: ONU, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 08 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Relatório Mundial da Saúde em 2010: financiamento dos sistemas de saúde. 2010. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>>. Acesso em: 08 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Sustainable health financing, universal coverage and social health insurance. 58th World Health Assembly, Resolution WHA 58.33. 2005. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/22683/1/A58_20-

sp.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2014.

OS VERDADEIROS DONOS DO MUNDO. Super Interessante, São Paulo, p. 32-41, dez. 2014.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PINHEIRO, Roseni. Saúde pelos sanitaristas: o Sistema Único de Saúde sob a ótica do princípio universal de integralidade das ações. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 70-78.

PIRES, W. Prefácio. In: CORDEIRO, Hésio. **Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Ayuri Editorial, 1991. p. 13-14.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Brasília, [2012]. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/SobrePNUD.aspx>>. Acesso em: 05 out. 2015.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código civil. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. **Série Cadernos do CEJ**. vol. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.

REALE, Miguel. O novo Código Civil e seus críticos. [2002]. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>> Acesso em 23 out. 2015.

REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÃO PARA A SAÚDE (RIPSA). Indicadores e dados básicos para a saúde no Brasil (IDB). Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <<http://www.ripsa.org.br/vhl/indicadores-e-dados-basicos-para-a-saude-no-brasil-idb/base-de-dados-idb/>>. Acesso em 20 de set. 2015.

REGIÃO E REDES. Caminho da universalização da saúde no Brasil. Pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Chamada MCTI/CNPq/CT-Saúde/MS/SCTIE/Decit nº 41/201. Disponível em: <<http://www.resbr.net.br>>. Acesso em: 02 out. 2015.

RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1970.

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

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p.

13-19.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A influência do bgb e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século. **Revista dos Tribunais**. v. 938. São Paulo: RT, 2013, p. 79-155.

RORTY, Richard. **El giro lingüístico: dificultades metafísicas de la filosofía lingüística**. Barcelona: Paidós, 1998.

ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 517-531.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Fagner dos. Política e Direito – Aspectos históricos da relação entre deputados e juristas nas discussões do Código Civil de 1916: estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (org.). **Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2013. p. 234-274.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 27-69.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: solidariedade ou subsidiariedade. A. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 117-129.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. Biblioteca do Direito do Consumidor; v. 27. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMITT, Cristiano Heineck. La protección Del consumidor hipervulnerable en el mercado. **Cuadernos de Derecho Del Consumidor**. nº01. Trujillo: Editorial Justa Causa, 2012.

SCHNERB, Robert. Século XIX. O apogeu da civilização europeia. In: CROUZET, Maurice (Dir.). **História Geral das Civilizações**. Trad. J. Guinsburg. Tomo VI. 2º ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1961.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. Dizer o direito, dizer à saúde. In: SCHWARTZ, Germano; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. (org.). **O Direito da Sociedade.** O direito da sociedade. Anuário. vol. 1. Canoas: Editora Unilasalle, 2014.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva.** vol. 17, nº 1. Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2007, p. 29-41.

SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. Saúde suplementar: regulação e jurisdição. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 224-252.

SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes da; SOUZA GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de. Saúde suplementar: regulação e jurisdição. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 224-252.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença Preexistente nos planos de saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SISTEMA. In: **DICIONÁRIO da língua portuguesa.** Lisboa: Priberam Informática, 2008-2013. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/sistema>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

SKIDMORE, Thomas E. **Uma história do Brasil.** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 1998.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A justiça em debate.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1709200708.htm>>. Acesso em: 27 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, José Antônio Giusti. **A estrutura do autoritarismo brasileiro.** Porto Alegre:

Mercado Aberto, 1982.

TAVARES, Paulino Varela; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Estamento Burocrático e Intencionalidade: Raymundo Faoro, Florestan Fernandes. In: **Revista de Economia Política e História Econômica**. n. 16. Porto Alegre: UFRGS, 2009, p. 56-74.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. **A constitucionalização do direito**. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontexturalidade**. São Paulo: Unimep, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 16 nov. 1992. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 20 mai. 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

VARELLA, Drauzio; CESCHIN. **A saúde dos planos de saúde: os desafios de assistência privada no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Paralela, 2014

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2ª ed. 1º reimp. São Paulo: Perspectiva, 2005

VENTURA, Deisy. **Direito e saúde global – O caso da pandemia de gripe A (H1N1)**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública [online]**. 2007, vol.41, n.2, p. 214-222.

WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador: contribuciones al constructivismo**. Barcelona: Gedisa, 1994.

WEBER, Max. **Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva**. Trad. José Medina Echavarría, et al. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara: 1981.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. Trad. Augustin Wernet. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; CARVALHO, Maria Alice

Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES [on-line]**, Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Disponível em: <<http://www.cedes.iuperj.br>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**. 2013, vol. 2, n. 31, p. 121-148.

ANEXO A – METODOLOGIA DE ANÁLISE DE JULGADOS

Na coleta dos dados foi utilizado o “Acompanhamento Processual”, ferramenta pública de busca de julgados oferecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷⁷, e ela se orientou pelos seguintes parâmetros.

(a) Para obtenção tanto de acórdãos em apelação quanto de recursos inominados, inseriu-se como parâmetro de pesquisa a expressão “plano de saúde” e as variações sem acento, no plural e sem a preposição (os resultados foram os mesmos), também escolheu-se a opção de pesquisa em “Ementa” e inseriu-se “pelotas” no filtro “Comarca de Origem”; em relação ao recorte temporal foi utilizado o filtro “Data de Julgamento”, inserindo-se o período compreendido entre 28 de janeiro de 2000 (data da publicação da Lei 9.961/2000, última grande alteração legislativa no âmbito dos planos de saúde) e 31 de dezembro de 2014 (definida por uma mera questão de anualidade);

(b) Especificamente para a obtenção dos recursos inominados, escolheu-se a opção “Turmas Recursais” do filtro “Tribunal”;

(c) Quanto às Apelações, foi realizada uma pesquisa para cada uma das Câmaras Cíveis competentes para o julgamento da matéria (5ª e 6ª Câmaras), selecionando-se a respectiva opção no filtro “Órgão Julgador”. Além dos parâmetros acima referidos – item “a” –, essas duas pesquisas tiveram as características comuns da opção “Tribunal de Justiça do RS” do filtro “Tribunal” e da opção “Apelação Cível” filtro “Tipo de Processo”.

O resultado desse método de pesquisa foi confrontado com a realização de uma outra pesquisa de caráter mais amplo em que se utilizaram apenas os seguintes filtros: parâmetro de pesquisa “plano de saúde” e suas variações; opção de pesquisa em “Ementas”; e a inserção de “pelotas” como “Comarca de Origem”. Não foram encontrados outros acórdãos atinentes à matéria de planos privados de assistência à saúde¹⁷⁸.

Cumprido esclarecer que se optou pela pesquisa da expressão “plano de saúde” e suas variações apenas nas ementas dos julgados, em vista de que na fase exploratória da investigação notou-se que os órgãos julgadores (5ª e 6ª Câmaras Cíveis e Turmas Recursais) possuíam uma mínima padronização na formulação das ementas, de modo que todos os casos que importavam à pesquisa continham a expressão devidamente ementada. Note-se que tal inferência decorreu de uma prévia pesquisa por amostragem no inteiro teor

¹⁷⁷ A ferramenta está disponível no *site* do TJRS, em: <www.tjrs.jus.br>.

¹⁷⁸ A relação completa dos acórdãos e recursos inominados estão no Anexo A dessa dissertação.

de julgados.

Outro ponto importante¹⁷⁹, refere-se ao fato dessa totalidade de dados obtida no sistema de pesquisa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode não corresponder ao efetivo universo de julgamentos em apelações e recursos inominados envolvendo planos de saúde na Comarca de Pelotas. Ainda que o resultado possa muito se aproximar do total real, basicamente dois fatos impedem a certeza: (a) a possibilidade do sistema do Tribunal ter deixado de indexar algum julgado¹⁸⁰; (b) haver julgados não inseridos nesse sistema, inclusive por conta de sigilo processual, e, especialmente, por conta de que a implementação do sistema informatizado do TJRS – denominado Sistema Themis –, ocorreu em parte desse período¹⁸¹, o que aumenta o risco de não disponibilização da totalidade dos julgados. Essa última constatação, decorre também de que o número de recursos obtidos nesse período inicial (2000-2008) é consideravelmente inferior ao dos anos subsequentes.

Com essa metodologia foram obtidos junto à ferramenta de busca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁸² 272 acórdãos de processos oriundos da Comarca de Pelotas.

A análise das ementas e o do inteiro teor dos julgados foi integral.

¹⁷⁹ Inicialmente, ainda na fase exploratória da pesquisa, a intenção seria realizar uma profunda análise quantitativa e qualitativa dos julgados de primeiro grau (sentenças) da comarca de Pelotas e dos julgados do Tribunal de Justiça e Turmas Recursais do Rio Grande do Sul. Contudo, diante dos possíveis vieses que análise poderia tomar – decorrentes da falta de métodos mais seguros de testagem dos resultados –, mas especialmente por conta da exploração bibliográfica, que afastou a dissertação de uma análise de cunho mais dogmático da contratualidade dos planos de saúde e direcionou-a para uma discussão da relação Mercado X Estado, definiu-se por fundamentalmente diagnosticar o padrão discurso tomado pelos julgadores (o que não exige a totalidade das decisões) para problematiza-lo perante esse novo direcionamento.

¹⁸⁰ Atualmente o método mais seguro de obtenção de julgados é pela busca nas edições do Diário Oficial da Justiça. Porém, para execução de tal pesquisa é necessária a utilização ou construção de aplicações informáticas que o autor dessa dissertação não dispunha por conta da onerosidade da ferramenta.

¹⁸¹ Na pesquisa exploratória não se obteve a informação oficial de quando efetivamente o Sistema Themis teve sua implementação concluída. Segundo a experiência do autor dessa dissertação, quando do exercício de funções junto ao Ministério Público, e segundo a Ordem dos Advogados do Brasil, tem-se a informação de que no início do primeiro semestre de 2005 o Sistema estava implementado e disponibilizando as ementas dos acórdãos julgados desde 1974 tanto Tribunal de Justiça quanto pelo antigo Tribunal de Alçada (ver: <http://www.oabrs.org.br/sistema-themis>).

¹⁸² A ferramenta está disponível no *site* do TJRS, em: <www.tjrs.jus.br>.

ANEXO B – ACÓRDÃOS OBTIDOS

Número	Câmara	Julgamento	Parte
70004265740	5ª Câmara Cível TJRS	03/04/03	Grupo Unimed
70004256574	5ª Camara Cível TJRS	10/04/03	Grupo Unimed
70006923924	5ª Camara Cível TJRS	25/09/03	Bradesco Saúde S/A
70004928719	5ª Camara Cível TJRS	18/12/03	Grupo Unimed
70008577553	5ª Camara Cível TJRS	06/05/04	Grupo Unimed
70005965553	5ª Camara Cível TJRS	25/06/04	Programa Integrado de Assistência a Saúde - PIAS
70015065782	5ª Camara Cível TJRS	24/05/06	Golden Gross
70018640417	5ª Camara Cível TJRS	18/04/07	Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil
70021435003	5ª Camara Cível TJRS	24/10/07	Grupo Unimed
70022379309	5ª Camara Cível TJRS	19/03/08	Congregue Associação Rep e Rec Fundação Gaúcha do Trabalho/ Santa Casa de Misericórdia de Pelotas
70024121899	5ª Camara Cível TJRS	18/06/08	Grupo Unimed
70023939044	5ª Camara Cível TJRS	25/06/08	Santa Casa de Misericórdia de Pelotas
70024022683	5ª Camara Cível TJRS	16/07/08	Grupo Unimed
70025153537	5ª Camara Cível TJRS	06/08/08	Grupo Unimed
70025600040	5ª Camara Cível TJRS	29/10/08	Grupo Unimed
70024100448	5ª Camara Cível TJRS	29/10/08	Grupo Unimed
70026149328	5ª Camara Cível TJRS	05/11/08	Santa Casa de Misericórdia de Pelotas/ Grupo Unimed
70027130475	5ª Camara Cível TJRS	17/12/08	Metlife Vida e Previdência S/A
70028143246	5ª Camara Cível TJRS	21/01/09	Grupo Unimed
70027586965	5ª Camara Cível TJRS	21/01/09	Grupo Unimed
70028833028	5ª Camara Cível TJRS	15/07/09	Cassi Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil
70028525616	5ª Camara Cível TJRS	29/07/09	Grupo Unimed
70026089292	5ª Camara Cível TJRS	16/12/09	Grupo Unimed
70034028878	5ª Camara Cível TJRS	27/01/10	Grupo Unimed
70028865780	5ª Camara Cível TJRS	31/03/10	Grupo Unimed
70031055437	5ª Camara Cível TJRS	31/03/10	Grupo Unimed
70030151450	5ª Camara Cível TJRS	31/03/10	Grupo Unimed
70031024243	5ª Camara Cível TJRS	31/03/10	Grupo Unimed
70031569957	5ª Camara Cível TJRS	14/04/10	Grupo Unimed
70034918250	5ª Camara Cível TJRS	12/05/10	Grupo Unimed
70034933770	5ª Camara Cível TJRS	30/06/10	Grupo Unimed
70035954122	5ª Camara Cível TJRS	30/06/10	Grupo Unimed
70035641950	5ª Camara Cível TJRS	30/06/10	Grupo Unimed
70035790328	5ª Camara Cível TJRS	30/06/10	Grupo Unimed

70035182997	5ª Camara Cível TJRS	18/08/10	Saúde Maior - Plano de Saúde Hospitalar da Sociedade Portuguesa Beneficente
70037073426	5ª Camara Cível TJRS	18/08/10	Grupo Unimed
70036488393	5ª Camara Cível TJRS	18/08/10	Sociedade Portuguesa de Beneficencia de Pelotas
70036957116	5ª Camara Cível TJRS	18/08/10	Grupo Unimed
70038140059	5ª Camara Cível TJRS	15/09/10	Grupo Unimed
70038420113	5ª Camara Cível TJRS	27/10/10	Grupo Unimed
70035916345	5ª Camara Cível TJRS	15/12/10	Grupo Unimed
70039029962	5ª Camara Cível TJRS	15/12/10	Grupo Unimed
70036125359	5ª Camara Cível TJRS	15/12/10	Grupo Unimed
70036320034	5ª Camara Cível TJRS	26/01/11	Grupo Unimed
70038456547	5ª Camara Cível TJRS	26/01/11	Sabemi Previdência Privada
70039269311	5ª Camara Cível TJRS	26/01/11	Bradesco Vida e Previdência
70040636441	5ª Camara Cível TJRS	23/02/11	Grupo Unimed
70038449898	5ª Camara Cível TJRS	23/03/11	Grupo Unimed
70041441528	5ª Camara Cível TJRS	27/04/11	Grupo Unimed
70040701443	5ª Camara Cível TJRS	27/04/11	Grupo Unimed
70041013566	5ª Camara Cível TJRS	27/04/11	Grupo Unimed
70038706933	5ª Camara Cível TJRS	18/05/11	Grupo Unimed
70041765546	5ª Camara Cível TJRS	25/05/11	Geap Fundação de Seguridade Social
70042624742	5ª Camara Cível TJRS	22/06/11	Grupo Unimed
70042702340	5ª Camara Cível TJRS	22/06/11	Saúde Maior Sociedade Portuguesa de Beneficencia de Pelotas
70041591660	5ª Camara Cível TJRS	29/06/11	Grupo Unimed
70040876153	5ª Camara Cível TJRS	24/08/11	Grupo Unimed
70043483684	5ª Camara Cível TJRS	31/08/11	Grupo Unimed
70043917426	5ª Camara Cível TJRS	31/08/11	Saúde Maior Sociedade Portuguesa de Beneficencia de Pelotas
70038990453	5ª Camara Cível TJRS	21/09/11	Geap Fundação de Seguridade Social
70044098879	5ª Camara Cível TJRS	23/11/11	Saúde Maior Sociedade Portuguesa de Beneficencia de Pelotas
70043237387	5ª Camara Cível TJRS	23/11/11	Sociedade Portuguesa de Beneficencia
70045808599	5ª Camara Cível TJRS	14/12/11	Grupo Unimed
70046567624	5ª Camara Cível TJRS	29/02/12	Grupo Unimed
70045461274	5ª Camara Cível TJRS	29/02/12	Grupo Unimed
70045687423	5ª Camara Cível TJRS	29/02/12	Grupo Unimed
70046804068	5ª Camara Cível TJRS	29/02/12	Fundação Sistel de Seguridade

			Social
70042347807	5ª Camara Cível TJRS	29/02/12	Delphos DEPEVAT
70046558003	5ª Camara Cível TJRS	21/03/12	Grupo Unimed
70047743471	5ª Camara Cível TJRS	21/03/12	Grupo Unimed
70046777231	5ª Camara Cível TJRS	28/03/12	Grupo Unimed
70047677893	5ª Camara Cível TJRS	11/04/12	Grupo Unimed
70047321633	5ª Camara Cível TJRS	25/04/12	Grupo Unimed/ Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos de Curitiba e Região
70046524492	5ª Camara Cível TJRS	30/05/12	Grupo Unimed
70047607619	5ª Camara Cível TJRS	27/06/12	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil
70048702716	5ª Camara Cível TJRS	25/07/12	Grupo Unimed
70049775877	5ª Camara Cível TJRS	25/07/12	Grupo Unimed
70050443712	5ª Camara Cível TJRS	29/08/12	Grupo Unimed
70049758295	5ª Camara Cível TJRS	31/10/12	Grupo Unimed
70049758188	5ª Camara Cível TJRS	31/10/12	Grupo Unimed
70050635192	5ª Camara Cível TJRS	31/10/12	Grupo Unimed
70050696210	5ª Camara Cível TJRS	31/10/12	Sociedade Portuguesa de Beneficencia Saúde Maior
70050249440	5ª Camara Cível TJRS	31/10/12	Marítima Seguros S/A
70051794204	5ª Camara Cível TJRS	19/12/12	Grupo Unimed
70051761419	5ª Camara Cível TJRS	19/12/12	Grupo Unimed
70052839891	5ª Camara Cível TJRS	27/03/13	Grupo Unimed
70054429139	5ª Camara Cível TJRS	29/05/13	Grupo Unimed
70054053459	5ª Camara Cível TJRS	29/05/13	Grupo Unimed
70054650320	5ª Camara Cível TJRS	26/06/13	Grupo Unimed
70055248934	5ª Camara Cível TJRS	31/07/13	Grupo Unimed
70055617591	5ª Camara Cível TJRS	31/07/13	Bradesco Saúde S/A
70054996079	5ª Camara Cível TJRS	31/07/13	Grupo Unimed
70054511415	5ª Camara Cível TJRS	11/09/13	Grupo Unimed
70054339734	5ª Camara Cível TJRS	11/09/13	Grupo Unimed
70054771241	5ª Camara Cível TJRS	11/09/13	Grupo Unimed
70054521752	5ª Camara Cível TJRS	11/09/13	Grupo Unimed
70055754295	5ª Camara Cível TJRS	30/10/13	Grupo Unimed
70056141609	5ª Camara Cível TJRS	30/10/13	Sindicato dos Municípios de Pelotas SIMP
70055678486	5ª Camara Cível TJRS	30/10/13	Grupo Unimed
70055867642	5ª Camara Cível TJRS	27/11/13	Grupo unimed
70056584535	5ª Camara Cível TJRS	27/11/13	Grupo Unimed
70056993835	5ª Camara Cível TJRS	27/11/13	Grupo Unimed
70056043268	5ª Camara Cível TJRS	27/11/13	Grupo Unimed
70057240640	5ª Camara Cível TJRS	18/12/13	Sociedade Portuguesa de Beneficencia

70058430968	5ª Camara Cível TJRS	30/04/14	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil
70056679418	5ª Camara Cível TJRS	28/05/14	Grupo Unimed
70059351536	5ª Camara Cível TJRS	26/06/14	Grupo Unimed
70059736884	5ª Camara Cível TJRS	26/06/14	Grupo Unimed
70059764860	5ª Camara Cível TJRS	26/06/14	Grupo Unimed
70056507965	5ª Camara Cível TJRS	06/08/14	Grupo Unimed
70060163961	5ª Camara Cível TJRS	06/08/14	Geap Fundação de Seguridade Social
70056777436	5ª Camara Cível TJRS	06/08/14	Grupo Unimed
70060384898	5ª Camara Cível TJRS	06/08/14	Grupo Unimed
70060369618	5ª Camara Cível TJRS	27/08/14	Grupo Unimed
70059571737	5ª Camara Cível TJRS	27/08/14	Grupo Unimed
70057865818	5ª Câmara Cível TJRS	24/09/14	Grupo Unimed
70061628772	5ª Câmara Cível TJRS	29/10/14	Grupo Unimed
70060618113	5ª Câmara Cível TJRS	29/10/14	Sociedade Portuguesa de Beneficência
70061641403	5ª Câmara Cível TJRS	29/10/14	Grupo Unimed
70061622346	5ª Câmara Cível TJRS	29/10/14	Grupo Unimed
70057074577	5ª Câmara Cível TJRS	10/12/14	Grupo Unimed
70062729371	5ª Câmara Cível TJRS	10/12/14	Grupo Unimed
70061211710	5ª Câmara Cível TJRS	10/12/14	Grupo Unimed
70000793406	6ª Câmara Cível TJRS	03/10/01	Caixa Geral S/A Seguradora
70001406511	6ª Câmara Cível TJRS	27/08/03	Grupo Unimed
70001974526	6ª Câmara Cível TJRS	01/10/03	Golden Cross Seguros S.A
70006155857	6ª Câmara Cível TJRS	22/10/03	Grupo Unimed
70004563912	6ª Câmara Cível TJRS	29/10/03	Grupo Unimed
70008530925	6ª Câmara Cível TJRS	30/03/05	Grupo Unimed
70012050597	6ª Câmara Cível TJRS	26/01/06	Grupo Unimed
70014882237	6ª Câmara Cível TJRS	25/05/06	Santa Casa de Misericórdia de Pelotas
70015461338	6ª Câmara Cível TJRS	28/09/06	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil CASSI
70018859868	6ª Câmara Cível TJRS	24/01/08	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde
70019517184	6ª Câmara Cível TJRS	25/09/08	Geap Fundação de Seguridade Social
70024913493	6ª Câmara Cível TJRS	18/12/08	Grupo Unimed
70020243176	6ª Câmara Cível TJRS	19/03/09	Grupo Unimed
70025722950	6ª Câmara Cível TJRS	19/03/09	Santa Casa de Misericórdia de Pelotas
70023893571	6ª Câmara Cível TJRS	09/04/09	Sociedade Portuguesa de Beneficência - Saúde Maior
70029388428	6ª Câmara Cível TJRS	28/05/09	Grupo Unimed

70026747774	6ª Câmara Cível TJRS	28/05/09	Senergisul Sener Saúde
70023961576	6ª Câmara Cível TJRS	02/07/09	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde
70031831969	6ª Câmara Cível TJRS	06/11/09	Grupo Unimed
70031198062	6ª Câmara Cível TJRS	06/11/09	Grupo Unimed
70032151698	6ª Câmara Cível TJRS	06/11/09	Golden Cross
70027785435	6ª Câmara Cível TJRS	11/03/10	Banco Citicard S/A
70027628601	6ª Câmara Cível TJRS	25/03/10	Uniodonto Porto Alegre
70024775637	6ª Câmara Cível TJRS	15/04/10	Grupo Unimed
70024775520	6ª Câmara Cível TJRS	15/04/10	Grupo Unimed
70035565829	6ª Câmara Cível TJRS	19/08/10	Grupo Unimed
70033345927	6ª Câmara Cível TJRS	30/09/10	Bradesco Saúde S/A
70036754331	6ª Câmara Cível TJRS	18/11/10	Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil
70027888726	6ª Câmara Cível TJRS	18/11/10	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA
70030595623	6ª Câmara Cível TJRS	25/11/10	Grupo Unimed
70027151695	6ª Câmara Cível TJRS	25/11/10	Grupo Unimed
70038417853	6ª Câmara Cível TJRS	27/01/11	Bradesco Saúde S/A
70033019597	6ª Câmara Cível TJRS	24/03/11	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA
70032320756	6ª Câmara Cível TJRS	24/03/11	Grupo Unimed
70029198835	6ª Câmara Cível TJRS	12/05/11	Grupo Unimed
70041058454	6ª Câmara Cível TJRS	26/05/11	Grupo Unimed
70020816971	6ª Câmara Cível TJRS	30/06/11	Santa Casa de Misericórdia de Pelotas/ PIAS Programa Integrado de Assistência a Saúde
70040676165	6ª Câmara Cível TJRS	28/07/11	Grupo Unimed
70040779399	6ª Câmara Cível TJRS	28/07/11	Grupo Unimed
70040626996	6ª Câmara Cível TJRS	08/09/11	Vonpar
70043448315	6ª Câmara Cível TJRS	20/10/11	Grupo Unimed
70032529885	6ª Câmara Cível TJRS	27/10/11	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA
70037220274	6ª Câmara Cível TJRS	24/11/11	Grupo Unimed
70036138501	6ª Câmara Cível TJRS	15/12/11	Grupo Unimed
70038014999	6ª Câmara Cível TJRS	15/12/11	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil
70033540188	6ª Câmara Cível TJRS	16/02/12	Sociedade Portuguesa de Beneficência de Pelotas
70040912081	6ª Câmara Cível TJRS	08/03/12	Grupo Unimed
70047835319	6ª Câmara Cível TJRS	12/04/12	Grupo Unimed
70048146328	6ª Câmara Cível TJRS	24/05/12	Grupo Unimed
70048848014	6ª Câmara Cível TJRS	14/06/12	Grupo Unimed
70049106065	6ª Câmara Cível TJRS	28/06/12	Grupo Unimed
70040672248	6ª Câmara Cível TJRS	28/06/12	Grupo Unimed

70039961735	6ª Câmara Cível TJRS	12/07/12	Grupo Unimed
70048914006	6ª Câmara Cível TJRS	16/08/12	Grupo Unimed
70045589504	6ª Câmara Cível TJRS	13/09/12	Grupo Unimed
70041066937	6ª Câmara Cível TJRS	13/09/12	Grupo Unimed
70041293374	6ª Câmara Cível TJRS	27/09/12	Grupo Unimed
70050688738	6ª Câmara Cível TJRS	18/10/12	Grupo Unimed
70039424189	6ª Câmara Cível TJRS	25/10/12	CASSI - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil
70040601015	6ª Câmara Cível TJRS	25/10/12	Grupo Unimed
70038289229	6ª Câmara Cível TJRS	25/10/12	Grupo Unimed
70040216921	6ª Câmara Cível TJRS	25/10/12	Grupo Unimed
70037837358	6ª Câmara Cível TJRS	08/11/12	Grupo Unimed
70051313922	6ª Câmara Cível TJRS	22/11/12	Grupo Unimed
70051639664	6ª Câmara Cível TJRS	22/11/12	Grupo Unimed
70052003217	6ª Câmara Cível TJRS	21/03/13	Grupo Unimed
70045051505	6ª Câmara Cível TJRS	21/03/13	Grupo Unimed
70041068032	6ª Câmara Cível TJRS	04/04/13	Grupo Unimed
70040697666	6ª Câmara Cível TJRS	04/04/13	Grupo Unimed
70051647121	6ª Câmara Cível TJRS	25/04/13	Grupo Unimed
70039937685	6ª Câmara Cível TJRS	13/06/13	Sul Americana Seguros de Vida e Previdência S/A
70040708018	6ª Câmara Cível TJRS	13/06/13	Grupo Unimed/ Santa Casa de Misericórdia de Pelotas
70039902838	6ª Câmara Cível TJRS	13/06/13	Companhia de Seguros Aliança do Brasil
70045040862	6ª Câmara Cível TJRS	20/06/13	Grupo Unimed
70045510146	6ª Câmara Cível TJRS	27/06/13	Brasil Saúde Companhia de Seguros
70045254398	6ª Câmara Cível TJRS	27/06/13	Grupo Unimed
70049958846	6ª Câmara Cível TJRS	27/06/13	Grupo Unimed
70052530326	6ª Câmara Cível TJRS	31/07/13	Grupo Unimed
70048914741	6ª Câmara Cível TJRS	31/07/13	Grupo Unimed
70047389242	6ª Câmara Cível TJRS	31/07/13	Grupo Unimed
70055247613	6ª Câmara Cível TJRS	29/08/13	Grupo Unimed
70046725206	6ª Câmara Cível TJRS	24/10/13	Bradesco Saúde S/A
70056347867	6ª Câmara Cível TJRS	28/11/13	Grupo Unimed
70050505767	6ª Câmara Cível TJRS	28/11/13	Grupo Unimed
70050620517	6ª Câmara Cível TJRS	28/11/13	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA
70056284409	6ª Câmara Cível TJRS	19/12/13	Grupo Unimed
70056752744	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Grupo Unimed
70053584231	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Grupo Unimed
70052122074	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Sociedade Portuguesa de Beneficência - Saúde Maior

70051172237	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Grupo Unimed
70051291599	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Grupo Unimed
70053321956	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Santander Seguros S/A
70052207230	6ª Câmara Cível TJRS	20/03/14	Grupo Unimed
70058585449	6ª Câmara Cível TJRS	03/04/14	Grupo Unimed
70058547563	6ª Câmara Cível TJRS	03/04/14	Grupo Unimed
70058411679	6ª Câmara Cível TJRS	03/04/14	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI
70058997685	6ª Câmara Cível TJRS	08/05/14	Sociedade Portuguesa de Beneficência
70057331712	6ª Câmara Cível TJRS	29/05/14	Grupo Unimed
70051658292	6ª Câmara Cível TJRS	26/06/14	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA
70058643107	6ª Câmara Cível TJRS	26/06/14	Grupo Unimed
70059763698	6ª Câmara Cível TJRS	26/06/14	Grupo Unimed
70050930700	6ª Câmara Cível TJRS	26/06/14	Grupo Unimed
70054145081	6ª Câmara Cível TJRS	28/08/14	Grupo Unimed
70059249821	6ª Câmara Cível TJRS	18/09/14	Grupo Unimed
70039943782	6ª Câmara Cível TJRS	25/09/14	Grupo Unimed
70059573113	6ª Câmara Cível TJRS	02/10/14	Grupo Unimed
70058949405	6ª Câmara Cível TJRS	02/10/14	Grupo Unimed
70050265131	6ª Câmara Cível TJRS	28/10/14	Grupo Unimed
70061953360	6ª Câmara Cível TJRS	20/11/14	Grupo Unimed
70059298612	6ª Câmara Cível TJRS	20/11/14	Grupo Unimed
70059850123	6ª Câmara Cível TJRS	20/11/14	Grupo Unimed
70061506614	6ª Câmara Cível TJRS	20/11/14	Grupo Unimed
71000729384	Turmas Recursais JEC	23/08/05	Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA
71000972737	Turmas Recursais JEC	31/08/06	Grupo Unimed
71001009950	Turmas Recursais JEC	30/11/06	Grupo Unimed
71001274034	Turmas Recursais JEC	18/04/07	Grupo Unimed
71001346774	Turmas Recursais JEC	18/07/07	Grupo Unimed
71001317189	Turmas Recursais JEC	28/08/07	Grupo Unimed
71001345784	Turmas Recursais JEC	06/09/07	Grupo Unimed
71001435775	Turmas Recursais JEC	18/12/07	Senergisul/ Sener Saúde
71001729649	Turmas Recursais JEC	09/10/08	Grupo Unimed
71001668755	Turmas Recursais JEC	28/10/08	Senersaude
71001848886	Turmas Recursais JEC	17/12/08	Bradesco Saúde S/A
71001977545	Turmas Recursais JEC	18/02/09	Bradesco Saúde S.A/ Fundação Sistel de Seguridade Social
71001957653	Turmas Recursais JEC	02/07/09	Grupo Unimed
71001992346	Turmas Recursais JEC	05/11/09	Grupo Unimed
71002590412	Turmas Recursais JEC	26/08/10	Caixa de Assistência dos

			Funcionários do Banco do Brasil - CASSI
<u>71002383909</u>	Turmas Recursais JEC	14/09/10	Grupo Unimed
<u>71002623049</u>	Turmas Recursais JEC	31/03/11	Grupo Unimed/ CEEE-D
<u>71003156791</u>	Turmas Recursais JEC	24/08/11	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI
<u>71003096757</u>	Turmas Recursais JEC	27/10/11	Senergisul - Senersaude
<u>71002881050</u>	Turmas Recursais JEC	09/11/11	Grupo Unimed
<u>71003826211</u>	Turmas Recursais JEC	26/07/12	Grupo Unimed
<u>71003862059</u>	Turmas Recursais JEC	30/08/12	Grupo Unimed
<u>71003974979</u>	Turmas Recursais JEC	28/05/13	Grupo Unimed
<u>71004300687</u>	Turmas Recursais JEC	24/09/13	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI
<u>71004160883</u>	Turmas Recursais JEC	15/10/13	Grupo Unimed
<u>71004306254</u>	Turmas Recursais JEC	15/10/13	Cabergs
<u>71004166740</u>	Turmas Recursais JEC	15/10/13	Grupo Unimed
<u>71004631917</u>	Turmas Recursais JEC	30/01/14	Saúde Maior Plano Médico Hospitalar da Beneficência Portuguesa
<u>71004700100</u>	Turmas Recursais JEC	08/04/14	Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI
<u>71004813598</u>	Turmas Recursais JEC	24/04/14	IPERGS
<u>71004854493</u>	Turmas Recursais JEC	30/05/14	Grupo Unimed
<u>71004836649</u>	Turmas Recursais JEC	30/05/14	Odontoprev S/A
<u>71004699757</u>	Turmas Recursais JEC	11/06/14	Grupo Unimed
<u>71004923694</u>	Turmas Recursais JEC	03/07/14	IPERGS
<u>71004836656</u>	Turmas Recursais JEC	11/07/14	Golden Cross
<u>71004581344</u>	Turmas Recursais JEC	14/10/14	Amil Assistência Médica Internacional Limitada
<u>71004605010</u>	Turmas Recursais JEC	27/11/14	Grupo Unimed
<u>71005100037</u>	Turmas Recursais JEC	16/12/14	Grupo Unimed