

Mestrado - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC

Artigo: “***Fragments de Hans Kelsen e Miguel Reale para a efetividade do direito à saúde***”

Teoria Geral do Direito – Professora livre docente: Maria Celeste
Cordeiro Leite Santos

Aluna: Juliana Labaki Pupo

1º semestre de 2010

“Fragmentos de Hans Kelsen e Miguel Reale para a efetividade do direito à saúde”

Juliana Labaki Pupo

Sumário: Introdução. 1. A Saúde e a Constituição Federal do Brasil. 1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana e a saúde como direito social do cidadão. 1.2. As formas de prestação de assistência a saúde de acordo com a Constituição Federal. 2. Positivismo de Hans Kelsen. 2.1. Contexto histórico e princípio fundamental. 2.2. Norma e valor, Validade e eficácia da norma e outros aspectos da teoria. 2.3. A teoria da norma fundamental. 3. Teoria Tridimensional do Direito: breves considerações sobre a concepção tridimensional de Miguel Reale. 4 Considerações Finais: o Direito Social à Saúde sob a ótica da Teoria Pura do Direito e da Teoria Tridimensional. Bibliografia

INTRODUÇÃO

A Saúde é considerada como um dos bens jurídicos mais essenciais do ser humano. Diante de sua importância, o direito à saúde merece destaque no campo jurídico, tendo sido elevado pelo constituinte como direito fundamental, amplamente protegido (arts. 6 e 196 da Constituição Federal de 1988).

O presente trabalho pretende analisar o direito constitucional à saúde, traçando paralelo com o positivismo de Hans Kelsen, e da peculiar visão da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.

De início, serão explanados os fundamentos constitucionais que garantem aos consumidores o direito pleno a saúde, com o objetivo de assegurar-lhes a dignidade. Em seguida, sucintamente será demonstrado como tal prestação se dá no Brasil (seja pelo poder público ou pelo setor privado) e a origem de sua regulamentação.

Em seguida são apresentadas as principais características do pensamento de Kelsen, especialmente a diferenciação essencial entre o ser e o dever-ser, a construção hierárquica do sistema normativo, a importância da norma fundamental.

Posteriormente, dar-se-á enfoque às idéias de Miguel Reale: a tridimensionalidade jurídica, em que é analisado equitativamente o fato, o valor e a norma.

Finalmente, será verificado se a Teoria Pura do Direito e a Teoria Tridimensional são ou não conflitantes no aspecto aqui tratado quando aplicadas com o objetivo de dar efetividade jurídica ao direito social à saúde do cidadão.

1. A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana e a saúde como direito social do cidadão

A proteção da saúde do consumidor foi elevada à condição de direito fundamental do homem pela Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF).¹ A Constituição Federal, com o objetivo de promover o bem de todos, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III.²

Dentre os direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana, têm-se o direito à saúde previsto no art. 6º da CF³.

O direito à saúde e o direito à vida (art. 5, caput, da CF)⁴ são considerados bens jurídicos essenciais. Nesse sentido discorre Geraldo de Farias Martins da Costa

¹ Geraldo de Faria Martins da Costa, A proteção da saúde do consumidor na ordem econômica: direito subjetivo público, Revista de Direito do Consumidor 21/38, jan-mar.1997, *passim*.

² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.”

³ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

(1997, p. 38) ao afirmar que “a vida e a saúde são os bens jurídicos mais essenciais da existência humana. O direito à integridade física e o direito à integridade psíquica são prolongamentos naturais e indissociáveis da pessoa”.⁵

Esta concepção já estava prevista na Declaração Universal das Nações Unidas, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, a qual considerou expressamente a saúde como uma das condições necessárias para a vida digna, conforme art. 25 da referida Declaração Universal⁶.

A Constituição Federal consagrou a saúde, portanto, como direito social do cidadão e passou a ser considerada direito de todos e dever do Estado, ou seja, ao lado do direito de todo o cidadão à saúde há o dever do Estado de prestar tais serviços, conforme previsto no art. 196 da CF⁷.

Na lição de Celso Ribeiro Bastos “a atividade de saúde é aberta a toda a coletividade. Esse é, sem dúvida, o propósito da Constituição, ao deixar certo que, se por um lado a saúde é direito de todos, para o Estado ela é um dever, sem transformá-la em monopólio estatal”.⁸ Em complemento ao art. 196, prevê a CF, no seu art. 197⁹, que as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública.

Veja-se, portanto, a importância das ações e políticas de saúde conferida pelo constituinte aos cidadãos brasileiros. Isto demonstra que a prestação de assistência à

⁴“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

⁵ in obra citada.

⁶ Art. 25. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si 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 fora de seu controle”.

⁷ 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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁸ Plano de Atendimento à saúde – PAS – Aspectos administrativos e constitucionais , Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas – vol. 15, p. 232-249.

⁹ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

saúde no Brasil deve respeitar os ditames constitucionais, independentemente da forma como esta assistência será prestada, pelo poder público ou pelo setor privado.

1.2. As formas de prestação de saúde de acordo com a CF de 1988

Conforme a Constituição Federal de 1988 (art. 198), a prestação de serviços de saúde dá-se das seguintes formas: (a) pelo Sistema Único de Saúde (SUS), como um serviço público, ou (b) pela iniciativa privada, de forma complementar. Não afastou o constituinte, no entanto, a possibilidade de tal prestação ser realizada por terceiros, sob seu controle ¹⁰, conforme se extrai do disposto no art. 197 da CF.

Ao regulamentar referido dispositivo legal, o legislador infraconstitucional o fez de forma a desenvolver ações por meio de órgão e entidades públicas, instituições públicas, privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme previsto expressamente na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos seus serviços correspondentes, e na Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS.

¹¹ As atribuições do sistema único de saúde estão claramente previstas no art. 200 da CF. ¹²

De outro lado, a CF de 1988 consagrou em seu art. 199, *caput*, que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, permitindo-se, assim, a exploração da prestação de assistência médica pela iniciativa privada como uma atividade econômica. Referida atividade é exercida, por conseguinte, pelas pessoas jurídicas de direito privado como prestadores de assistência à saúde, em conformidade com o permissivo constitucional.

¹⁰ Paulo César Melo da Cunha. Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil. p. 1.

¹¹ *ibidem*.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Saraiva, 2002. “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

Assim, obedecidos, também, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170, caput, e inciso IV, da CF), as operadoras de planos privados de assistência à saúde, pessoas jurídicas de direito privado, atuam como prestadores de serviços médicos-hospitalares, de forma complementar a saúde pública prestada pelo Estado ou pelo terceiro por ele autorizado.¹³

O histórico da prestação deste serviço pela iniciativa privada mostrou-se bastante problemático no Brasil, diante da carência de regulamentação do setor nas últimas décadas. Os obstáculos foram muitos, mas com o advento do Código de Defesa do Consumidor e, ainda, ao final da década de 90, com a regulamentação dos planos e seguros no Brasil (Lei nº 9.656/98) e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), os conflitos até então existentes no mercado passam a ser cada vez mais enfrentados e dirimidos.¹⁴

2. POSITIVISMO DE HANS KELSEN

2.1. Contexto histórico e princípio fundamental

Com objetivo de tratar o direito como ciência autônoma, Kelsen publica sua obra *Teoria Pura do Direito*; tinha o jurista a intenção de distinguir o direito da psicologia, da sociologia, da economia e da política.¹⁵ O objetivo de Kelsen foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Sua preocupação estava inserida no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do século XIX e repercutiam no começo do século XX. A presença do positivismo somado à reação dos teóricos *da livre interpretação do direito*, colocada em questão a autonomia da ciência jurídica.¹⁶ Kelsen propôs a discussão de tentar conferir à ciência jurídica método e objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e dar ao jurista autonomia científica.

¹³Ibidem (Paulo César Melo da Cunha, p. 3)

¹⁴ No Brasil, antes da Lei 9.656/98, o sistema privado de assistência à saúde estava regulamentado apenas pelo Decreto-Lei 73, de 21.11.1966, que instituiu o sistema nacional de seguros privados no Brasil e introduziu no ordenamento jurídico o sistema de seguro-saúde. Referido Decreto foi regulamentado pelo Decreto 60.459, de 13.03.1967. Mas apenas o seguro-saúde estava regulado. Os planos de saúde (cooperativas médicas, medicina de grupo, etc.), por sua vez, careciam de regulamentação. Com a Lei 9.656/98 todo o setor passou a ser regulamentado e fiscalizado pela ANS.

¹⁵ Eliane Cardoso de Matos Novais: *o Contrato em Kelsen e Luhmann*, p. 122.

¹⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr, no prólogo "Por que ler Kelsen hoje", *Para entender Kelsen*, Fábio Ulhoa Coelho, p. 13.

Assim, Kelsen propôs o “princípio da pureza”: o método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. O direito deveria ser encarado como norma e não como fato social ou como valor transcendente. Sobre esse aspecto, assim tratou Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito”¹⁷:

“Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”.

O entendimento de Kelsen, portanto, foi de extrema relevância por colocar o direito como ciência autônoma, procedendo sua análise de forma isolada, sem ligação com os fatores não jurídicos. Sua idéia era a de que ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de não atender ao rigor científico.

Kelsen parte da diferença fundamental entre o ser e o dever-ser, traçando distinção entre o mundo físico (das leis da causalidade) e o mundo social (das leis que se traduzem em normas)¹⁸. Enquanto o direito natural era o direito do ser, atrelado à imutabilidade ditada pelas leis divinas e naturais, o autor considerava o direito como categoria do dever-ser.

2.2. Norma e Valor e outros aspectos da teoria

A norma tem como pressuposto o ilícito. É o ilícito que ativa o direito, pois, se a norma não é descumprida, a sanção não poderá ser imputada. O ilícito permite a aplicação do ato de coerção que caracteriza a ordem normativa.

¹⁷ Ed. Martins Fontes, p. 1, tradução de João Baptista Machado.

¹⁸ Assim expôs em sua obra:

“O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, o significado que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma “ (obra citada, p. 05)

Segundo Kelsen, “*uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objetivamente válida funcionada como medida de valor relativamente à conduta real.*”¹⁹ (grifo nosso).

Acrescenta que: “*a conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia.*”²⁰ (grifo nosso).

Entende o ilustre jurista que, na medida em que as normas são estabelecidas por atos de vontade humana (e não de vontade supra-humana), os valores através delas constituídos são arbitrários. O que pode ser bom segundo uma norma, pode não ser por outra. Portanto, as normas legisladas pelos homens constituem valores apenas relativos.²¹

A norma corresponde a uma prescrição, permissão ao ato de conferir competência a alguém e por isso o direito caracteriza-se por ser uma ordem normativa coercitiva, fundada na relação de imputabilidade.

A relação da imputabilidade é determinada por uma relação de pressupostos e consequência, pois, quando verificado determinado ato descritivo da norma, deverá incidir a consequência que lhe é imputada pela proposição normativa (se “A” roubar, “A” deve ser preso). Logo, além de qualificada como dever-ser, a norma, para que se possa dizer que é jurídica, deve sempre conter uma sanção (consequência), reconhecendo a desaprovação da conduta contrária àquela prevista na norma (pressuposto).²²

¹⁹ in obra citada, p. 19.

²⁰ in obra citada, p. 19.

²¹ in obra citada, p. 19.

²² Há ordens jurídicas, segundo Kelsen, que não estatuem qualquer ato de coação; normas que obrigam a uma conduta, sem que liguem a conduta oposto a um ato de coação; normas que estatuem atos de coação, sem que funcionem como sanção. São as normas da Constituição que não estatuem quaisquer sanções, caso não sejam observadas. São as normas que conferem competência. Normas não-autônomas: (i) são as chamadas normas não-autônomas, ou seja, elas estão ligadas essencialmente a outras normas de atos de coerção; (ii) Normas não-autônomas são também aquelas que permitem positivamente uma determinada conduta, pois elas apenas limitam o domínio de validade de uma norma jurídica que proíbe essa conduta na medida em que liga uma

Kelsen distinguiu, ainda, a validade e eficácia de uma norma. Para ele, *“a norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia é a condição da sua vigência.”*²³

Norma vale quando é existente. Já a eficácia situa-se no plano dos fatos reais, referindo-se à efetiva observação da norma pelos indivíduos. E, como segundo requisito da validade, Kelsen aponta um “mínimo de eficácia”, que deve ser compreendido com o mínimo de aplicabilidade pelo Estado e por seus súditos.²⁴

2.3. A teoria da norma Fundamental

No topo da pirâmide normativa kelseniana encontra-se a Constituição como documento posto e positivado. Todavia, para que se possam admitir como válidas as normas constitucionais, que são fundamento de validade a outras normas de hierarquia inferior, o Poder Constituinte precisa pressupor norma que lhe atribua tal competência.

A norma fundamental autoriza a atividade do Poder Constituinte, dando fechamento ao sistema. É norma desprovida de conteúdo, impondo a todos o dever de obedecê-la. Assim, Kelsen concluiu que o direito é criado pelo próprio direito na medida em que o pressuposto de validade de uma norma é a validade de outra norma que lhe é superior. Norberto Bobbio, um dos seguidores de Hans Kelsen, ensina que:

“ (...) tendo-se o Poder Constituinte como poder derradeiro – aquele que fez a Constituição – deve se pressupor uma norma que atribua a esse Poder Constituinte a faculdade e a prerrogativa de produzir a última norma positiva; essa norma que autoriza a existência do Poder Constituinte, a chama norma fundamental, atribui aos órgãos constitucionais o poder de fixar normas válidas dentro de uma hierarquia normativa, impondo a todos o dever de obedecê-las, explicando o preclaro italiano, que tal a norma fundamental

sanção; (iii) normas que conferem competência para realizar determinada conduta; conferem a um indivíduo o poder jurídico de conferir o poder de produzir normas jurídicas; (iv) normas que determinam com maior exatidão o sentido de outras normas.

²³ in obra citada, p. 14 e seguintes.

²⁴ in obra citada, p. 12.

*poderia ter uma redação autorizando o Poder Constituinte a estabelecer normas obrigatórias para a inteira coletividade.*²⁵

Para Kelsen não importa saber se a ordem jurídica é justa ou injusta, se garante relativa paz dentro da sociedade. Para o jurista, “*na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito Positivo.*”²⁶ Conclui-se, portanto, que a norma fundamental pressuposta pela ciência do direito é condição de validade de todas as normas componentes da ordem jurídica, mas não de seus conteúdos.

3. Teoria Tridimensional do Direito: breves considerações sobre a concepção tridimensional de Miguel Reale

Diferentemente de Hans Kelsen, Miguel Reale entende que não se pode conceber o Direito sem que as normas se congreguem com os fatos e os valores. Para Reale “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, enquanto que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial ao direito).”²⁷

Para o jurista, “*a norma jurídica não deve ser analisada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere*”, o que, em sua visão, torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito.²⁸

Miguel Reale coloca valoração histórico-cultural para que seja aplicada à compreensão do direito e sua norma jurídica. Entende que não há como separar o contexto fático e axiológico para se compreender com mais complexidade a essência do ato normativo.

²⁵ Alexandre Coutinho Pagliarini, em obra já citada.

²⁶ in “Teoria Pura do Direito”, p. 225.

²⁷ in, “Teoria Tridimensional do Direito”, pág. 57, Editora Saraiva, 3ª edição, 1980.

²⁸ José Renato Gaziero Cella, in Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, Editora Jurá, pág. 84.

José Renato Gaziero Cella, ao tratar dos ensinamentos de Miguel Reale, explana que o *“tridimensionalismo específico (e dinâmico) foi definido pelo jurista como aquele resultante de uma apreciação inicial da correção existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito’, sendo que cada um desses três elementos referem-se aos problemas básicos dos fatos do Direitos, dos modelos jurídicos e da hermenêutica jurídica, respectivamente. Assim, coloca que “para Reale, ‘o valor constitui a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História’ são como ‘cristalizações de valor’ ou ‘consubstanciações de interesses’. Assim sendo, toda a atividade humana se destina ‘a satisfazer um valor ou a impedir que um desvalor sobrevenha.’ Assim, as valorações, para Reale, são ingrediente do processo cultural inseparáveis da vida cotidiana”*.²⁹

O direito deve ser analisado no contexto histórico-cultural e a norma é resultado da tensão entre fato e valor. O direito será tridimensional, pois os elementos que o compõem se relacionam entre si através da dialética de complementaridade. Nesse sentido, ensina o jurista que: *“...o termo tridimensional só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas.”*³⁰

Como se observou, considera o jurista que não há como entender o direito sem considerar fato, valor e norma conjugados. Nessa linha, trata da jurisprudência como *“ciência normativa”*; para ele, norma jurídica, por sua vez, deve ser entendida como realidade cultural e não mero instrumento técnico, pois é através dela que se compõem conflitos e se estabelecem tensões fático-axiológicas.³¹

Não obstante diferenças apenas de perspectivas, o Direito é sempre tridimensional, quer o estudo seja sociológico, filosófico ou científico político. Assim, exemplificativamente, cabe ao sociólogo estudar o fato social, não podendo, no entanto,

²⁹ in obra citada, p. 60.

³⁰ in obra citada, p. 77.

³¹ in obra citada, p. 61.

subtrair da análise o valor a ser realizado e a regulamentação normativa respectiva. Portanto, pode-se concluir que o direito é factual, axiológico e normativo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: o direito social à luz da teoria pura do direito e da teoria tridimensional

Nas décadas de 80 e 90 houve um enorme crescimento na busca pelos serviços de assistência médica privada, acarretando o surgimento de inúmeros seguros e planos de saúde no mercado.³² Esses planos e seguro saúde, no entanto, passaram a ter ampla liberdade, atuando sem controle, com regras próprias, e, não raras vezes, de forma prejudicial ao consumidor.

Os contratos de adesão continham cláusulas abusivas, genéricas e que colocavam o consumidor em desvantagem exagerada, tais como cláusulas limitativas de prazos de internação ou cláusulas de aumento de preços sem critérios claros.

O setor como um todo, portanto, carecia de regulamentação eficiente, que pudesse abranger todas as operadoras de saúde e que protegesse o consumidor vulnerável. Surge, assim, a necessidade de nova regulamentação para fiscalizar e, ao mesmo tempo, viabilizar a atividade econômica dos prestadores de serviços de assistência à saúde. O processo legislativo para a aprovação da referida legislação ocorreu em meio a discussões e controvérsias. Muitos foram os projetos de Lei que resultaram no substitutivo da Câmara Federal ao Projeto de Lei 4.425-D/94, do Senado, o qual, por fim, foi convertido na Lei 9.656/98.

Dos estudos das teorias aqui tratadas – trazidas aqui de forma singela -, podemos verificar, ao menos no que diz respeito ao direito à saúde do cidadão, que é possível a aplicação tanto da teoria normativa kelseniana como da teoria tridimensional de Miguel Reale. Verifica-se que, aplicando uma ou outra, ter-se-á a busca pela efetividade do direito à saúde do consumidor. Por caminhos diferentes, o objetivo pode ser alcançado; ambas as teorias, nesse aspecto, são complementares e fundamentam a busca pelo direito

³² Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado na obra *Lei dos Planos e Seguros de Saúde comentada artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição, assim comentam sobre este ponto: “Entre 1985 e 1995 houve uma explosão no mercado de planos de saúde e de seguros-saúde, havendo informações na publicação da CIEFAS, do ano de 2000, que havia mais de 1.000 empresas nestas atividades, envolvendo recursos de aproximadamente US\$ 15 bilhões.” p. 46.

pleno à saúde dos consumidores, não obstante as diversas falhas que o sistema Brasileiro de saúde enfrenta.

Vejam os. Com relação à teoria kelseniana, foi verificado que a Constituição encontra-se como documento posto e positivado. Para Kelsen uma norma jurídica sempre encontra fundamento em outra norma e assim sucessivamente. A norma fundamental, que é norma pressuposta e não expressa, fundamenta e autoriza a atividade do Poder Constituinte, dando fechamento ao sistema.

A regulamentação da saúde no Brasil, como se observou, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988. Desde 1988, os planos e seguros privados de assistência à saúde integram as “ações e serviços de saúde”. A Constituição Federal consagrou a saúde como direito social do cidadão e passou a ser considerada direito de todos e dever do Estado (art. 196). O Estado transferiu à iniciativa privada a prestação de serviços de saúde de forma complementar, cabendo-lhe regulamentar, controlar e fiscalizar respectivos serviços (art. 197).³³

Referida regulamentação, ainda que tardiamente, ocorreu após, aproximadamente, 10 anos da Constituição Federal, com a edição da Lei 9.656/98, 04.06.1998, que trata dos planos privados de assistência à saúde. Em seguida, a Lei 9961/00 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, (originada da MP n. 2.012-2, de dezembro de 1999) – autarquia vinculada ao Ministério da Saúde. Referida legislação atribuiu à ANS funções de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

As operadoras de saúde passaram, portanto, a ser subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), conforme redação dada pela MP 1.908-18/99 ao parágrafo 1º do art. 1º da Lei 9.656/98 e, posteriormente, à ANS, conforme redação dada pela MP 1.908-20, 25.11.1999, ao parágrafo 1º da Lei 9.656/98. Além da referida lei especial, é indiscutível a aplicação da legislação consumerista (Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90) às relações traçadas entre operadoras de saúde e seus usuários, bem como a aplicação do Código Civil Brasileiro, dentre outras normas específicas (Estatuto do Idoso).

³³ Manteve o Estado, evidentemente, a prestação de serviços públicos (atendimento pelo SUS), mas delegou ao particular parte dessa prestação, regulando e fiscalizando as atividades da iniciativa privada.

Verifica-se, em suma, que a Agência reguladora de Saúde Suplementar tem papel absolutamente importante no sentido de compatibilizar sua atividade com políticas que assegurem o equilíbrio do mercado de planos e seguro saúde. Temos, nos dias atuais, o dirigismo contratual, assim entendido aquele que tem a intervenção do Estado nas atividades privadas.³⁴

A Agência Nacional de Saúde Suplementar deve atuar em harmonia com os princípios constitucionais já mencionados, assim como com os princípios consumeristas, buscando o equilíbrio das relações entre consumidor e fornecedor, nos termos do art. 4º, III, do CDC.

Veja-se que são normas que encontram fundamento em outras normas e assim sucessivamente, fechando o sistema de assistência à saúde no Brasil, na linha do positivismo traçado por Hans Kelsen.

Seria possível trazer aqui outros inúmeros exemplos da aplicabilidade da teoria kelseniana para fundamentar o direito à saúde e a sua busca pela efetividade. Como colocado anteriormente, para Kelsen o direito caracteriza-se por ser uma ordem normativa coercitiva, fundada na relação de imputabilidade. Segundo o doutrinador, essa relação de imputabilidade é determinada por uma relação de pressupostos e consequência, e para que se possa dizer que é jurídica, deve sempre conter uma sanção (consequência).

Nesse sentido, é a regulamentação da matéria, que impõe à operadora de saúde forte regramento, com sérias consequências pelo seu não cumprimento.³⁵ Na mesma

³⁴ A esse respeito, ensina Adalberto Pasqualatto, Regulamentação dos Planos e Seguros, p. 39: *“A intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas justifica-se historicamente pela necessidade de garantir o equilíbrio das relações contratuais de massa, afetadas pela desigualdade imperante entre as empresas e os consumidores. Enquanto aquelas se fortaleciam pela concentração do poder econômico, que lhes possibilitavam impor unilateralmente as condições de fornecimento de bens e serviços, os segundos, os consumidores, viam-se reféns da opção take it or leave it, submetidos a resignarem-se com a subordinação ou amargarem necessidades insatisfeitas. O dirigismo contratual propôs-se a romper esse dilema. Através de regras legais incidentes sobre práticas negociais essenciais, o Estado passou a tutelar os interesses dos que não tinham meios próprios para fazê-lo. Em tempos de neoliberalismo, contudo, a presença do Estado tornou-se indesejável. O dirigismo contratual está demodée. Na contramão da onda desregulamentadora, ao longo da década que finda, a grande imprensa passou a apontar as gritantes falhas do sistema. Limitações de cobertura, carências, exclusões por idade, aumentos, abusivo, etc. (...) O clamor pela regulamentação sensibilizou os poderes constituídos e o país voltou a trilhar, nesse setor, os caminhos do dirigismo, apesar do persistente discurso neoliberal.”*

³⁵ Nesse sentido, veja-se o disposto no art. 24 da Lei 9.656/98: *“Art. 25. As infrações dos dispositivos desta lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o parágrafo 1º do art. 1º desta Lei, seus*

linha, a título meramente exemplificativo, dispõe o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) que é vedado discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso ao direito de contratar, sob pena de caracterização de crime, com pena de reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa (art. 96 do Estatuto).

Dentro do positivismo de Kelsen, portanto, não é preciso trazer juízo de valor ou análise factual para se ter a efetividade de tal direito.

De outro lado, sob a ótica da Teoria Tridimensional de Miguel Reale, não resta dúvida de que a aplicabilidade do direito à saúde integra quadro fático e axiológico, além do normativo. O fato é a necessidade básica de prestação de assistência à saúde (seja pelo setor público ou privado) a todos os cidadãos; observado o valor a ele inerente, qual seja: ao garantir a prestação de assistência à saúde, tem-se a busca pela garantia da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, bens essenciais do ser humano.

Assim, as normas que regulam o setor, conjugadas com a previsão constitucional da garantia à saúde de todos, integrado com os elementos normativos e valorativos acabam formando a unicidade; tal unicidade busca efetivar o direito à saúde e trazer soluções mais adequadas à problemática ora tratada.

Da mesma forma, não faltam aqui exemplos para demonstrar a análise valorativa e factual para que se possam compreender as normas de regulam tal setor. Como exemplo, vale trazer a explicação acerca de determinadas cirurgias. A legislação de planos e seguro saúde garante aos consumidores a cobertura de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer (art. 10-A da Lei 9.656/98, introduzido pela Lei 10.223, 15.05.2001).

Certamente o legislador constatou com propriedade que a cirurgia reconstrutiva de mama não é apenas estética, por si só, mas essencial para recompor os

administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I – advertência;

II – multa pecuniária;

III – suspensão do exercício do cargo;

IV – inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde;

V – inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras;

VI – cancelamento de autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora.”

danos físicos e psíquicos que esta cirurgia causa à consumidora. Assim, um avanço se verificou ao estabelecer o legislador a cobertura obrigatória de tais procedimentos cirúrgicos nos planos e seguro saúde. A respeito do tema são os ensinamentos de Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado³⁶:

“A inclusão desta cobertura compulsória confirma aquilo que se disse a respeito de qualquer cirurgia plástica, que nem sempre tem finalidade exclusivamente estética e que deve ser de obrigatória cobertura pelos planos e seguros privados de assistência à saúde, desde que vinculada a tratamento anterior, coberto por eles. (...) O efeito psicológico causado em qualquer mulher vítima de câncer, que venham a perder uma ou ambas as mamas, ou mesmo parte de um desses órgãos, é de óbvia compreensão a quem quer que medite a respeito do fato. Além do aspecto estético propriamente dito, as mamas são parte da própria identidade feminina, na anima da mulher. A mutilação, que na maioria dos casos é necessária ao tratamento, é um dos efeitos colaterais mais graves dentre aqueles enfrentados por essas vítimas da doença.”

Nessa linha, os juízes têm papel fundamental e, para Miguel Reale, as decisões também devem ser compreendidas como experiência axiológica. Vale destacar, ademais, que os tribunais, ao decidirem sobre os direitos relacionados à saúde, aplicam a teoria de Reale. Nesse sentido, de forma ilustrativa, veja-se trecho de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“Seguro-saúde – Reembolso de despesas médicas – Contrato não adaptado nos termos da Lei nº 9.656/98 – Natureza contratual típica dos contratos de adesão (...) Ora, diferentemente do que aduz, a sentença, ao prover a pretensão inicial, não ignorou o alardeado princípio “pacta sunt servanda”, **mas o aplicou de forma mitigada, considerando o ordenamento jurídico como um todo, visando à prestação jurisdicional eficaz; em casos desse jaez, não pode nem deve ser examinado à luz de fontes jurídicas isoladas e desconectadas do contexto social e do Direito aplicado segundo a difundida teoria tridimensional de Miguel Reale.** A propósito, justamente por ter o foco lucrativo em direitos fundamentais, deveria agir a seguradora com cautela e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.”* (grifos nossos). Apelação Cível nº 611.292.4/6-00, de 10.02.2009, TJSP.

Por tudo o que se expôs acima, ao tratarmos do direito à saúde, é notória a dificuldade em separar o contexto fático e axiológico para se compreender com mais complexidade a essência do ato normativo. Portanto, a Teoria Tridimensional de Miguel Reale muito se aplica na busca efetiva do direito à saúde, sem, no entanto, haver conflito

³⁶ Ibidem. P. 102-103.

com a teoria Kelseniana. No aspecto aqui tratado, ambas as teorias se complementam na busca pela aplicação do direito fundamental à saúde.

BIBLIOGRAFIA

Bastos, Celso Ribeiro. *Plano de Atendimento à saúde – PAS – Aspectos administrativos e constitucionais*. Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas – vol. 15, p. 232-249.

Bottesini, Maury Ângelo e Mauro Conti Machado. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde comentada artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição.

Cella, José Renato. *Teoria Tridimensional de Miguel Reale*, Editora Juruá, 2001.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*, prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr., 2ª edição, Max Limonad, 1996.

Costa, Geraldo de Faria. *A proteção da saúde do consumidor na ordem econômica: direito subjetivo público*. Revista do Direito do Consumidor, vol. nº 21, jan-mar, 1997.

Cunha, Paulo César Melo. *As Agências Reguladoras como Instrumento do Aparelhamento Estatal - A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS*. Revista de Direito Empresarial Público, 2002, Editora Lumem Juris.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Novais, Elaine Cardoso de Matos. *O Contrato em Kelsen e Luhmann*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11, p. 121/137, jul/set, 2002.

Pagliarini, Alexandre Coutinho. *O Positivismo de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e a Constituição como instrumento normativo superior positivado*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, p. 203/215, abr/jun. 2000.

Pasqualatto, Adalberto. *Regulamentação dos Planos e Seguros*, p. 39.

Reale, Miguel. *“Teoria Tridimensional do Direito”*, Editora Saraiva, 3ª edição, 1980.