

Seminário

“Ética no Setor de Saúde”

Rodrigo José Meano Brito¹

A Constituição da República de 1988 prevê a saúde como direito fundamental dos indivíduos (art. 196), cabendo a todas as entidades federadas o desenvolvimento de ações nesse sentido (art.23, inciso II), sob forma de um conjunto encadeado de órgãos e atividades, denominado Sistema Único de Saúde (art.200).

Destarte, um mínimo existencial de serviço universal, garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser oferecido pelo Poder Público; no mais, foi a própria Constituição de 1988 – e não os programas de Reforma implementados a partir de 1995 – que reconheceu a superação do Estado Bem-Estar. Ali já se falava na saúde pública e na necessidade da saúde privada; o mesmo ocorreu com a educação e com a previdência, reconhecendo-se o papel suplementar (de algo que era suficiente), atribuído a iniciativa privada. Também já se falava na função reguladora do Estado.

Dada a realidade existente, de insuficiência de quantidade e qualidade do sistema público, ao lado da responsabilidade estatal pela prestação de serviço universal, é reconhecida a possibilidade de o setor privado atuar em caráter suplementar (CR, art. 199). Tendo em vista o interesse geral sobre essa atividade econômica, o Estado, além de executor dos serviços públicos (universais) de saúde, atua, também, como regulador dos serviços econômicos (privados) de saúde.

O legislador constituinte preocupou-se em disciplinar que “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

¹ Juiz de Direito da 31ª Vara Criminal - Capital.

e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, nos moldes do que prescrevem os arts. 6º e 196 da Constituição da República, sendo as ações e serviços públicos desenvolvidos em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único (art. 198, CR).

Tal cometimento estatal não afasta o exercício dessa atividade por terceiros, sob seu controle direto, enquanto responsável, como se observa dos comandos do próprio art. 197 do mesmo diploma constitucional.

Acompanhando esse raciocínio, o legislador infraconstitucional cuidou de desenvolver ações por meio de órgãos e entidades públicas, bem como instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS (Lei nº 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), com a participação da comunidade na sua gestão e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

Porém, o marco regulatório da saúde privada parte de outro fundamento constitucional, consagrado no art. 199 da Constituição, que dispõe que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, o que remete à matéria do art. 174 da Constituição da República, que trata da regulação das atividades econômicas.

Nesse contexto, aliado aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência gravados no art. 170, *caput*, e inciso IV da Constituição, é que as operadoras de plano privados de assistência à saúde, pessoas jurídicas de direito privado, ingressaram nesse segmento.

Partindo-se da premissa de que existem pessoas jurídicas de direito privado convivendo de modo suplementar com a saúde pública prestada pelo Estado ou por quem dele receber tal incumbência, cumpre igualmente distinguir os sujeitos vinculados a cada modelo de prestação de saúde.

Daí porque a própria Constituição cuidou de caracterizar distintamente as figuras do usuário e do consumidor, estando o primeiro vinculado à execução pública da saúde, sujeito, pois, ao art. 196 da Constituição,

ao passo que o consumidor relaciona-se à execução privada, porém adstrito a uma regulação pública, conformando-se ao art. 199.

Tais indicações encontram, igualmente, base constitucional, desta vez prevista no art. 5º, inciso XXXII, no qual se verá que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, advindo daí a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para a qual “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis seja, que hajam a intervindo nas relações de consumo (art. 2º e parágrafo único).

De outra parte, a imagem do usuário é alicerçada no art. 37, § 3º, da Constituição, que prevê que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta...”.

Com o tratamento de determinadas matérias sob a ótica da economia globalizada, surgiu a necessidade de se repensar, à luz do princípio da subsidiariedade, a distinção entre papéis do Estado e da sociedade, fazendo com que determinados temas antes tratados como serviços públicos fossem revistos à luz de uma nova maneira de julgar e de um novo enfoque de prestação dessa atividade.

Isto porque a cada nova definição de serviço público dada pelo Estado excluía-se uma liberdade de iniciativa, haja vista que tal serviço público só seria desenvolvido pelo Estado ou por quem dele recebesse uma delegação para tanto. A Constituição, aliás, apresenta essa distinção entre serviço público e atividade econômica no seu art. 175. Portanto, ao se definir um serviço como público integrante de um ordenamento jurídico, urge se dimensionar, igualmente, até onde o conceito de serviço público pode restringir a liberdade de iniciativa.

A ideia que se traz de serviço público é a daquele prestado de forma universal, a preços módicos, atendendo a toda uma camada geográfica. Isso, contudo, não pode excluir que outros serviços mais aprimorados ou mais céleres, considerando outra faixa econômica, sejam desenvolvidos em regime de liberdade, sem afastar a atividade fiscalizadora do Estado: a liberdade econômica não afasta a regulação estatal, supondo-se que seja

relevante aquela atividade para o desenvolvimento da sociedade.

Daí surgir, na União Europeia, o conceito de Serviço de Interesse Geral, como gênero do qual são espécies o serviço público (geral) e o serviço de interesse econômico geral, este último também objeto da regulação estatal, dada a sua relevância. É onde se situam os serviços de saúde privada.

O marco delimitador do estudo regulatório da atividade de gestão de planos de saúde privada foi a edição da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre planos privados de assistência à saúde, estabelecendo em seu art. 1º que se submetem aos seus comandos: “as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência á saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade...”.

Como forma de aplicar os comandos ali emoldurados, em 28 de janeiro de 2000 foi editada a Lei nº 9.961, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia de regime especial vinculada estruturalmente ao Ministério da Saúde, com atuação em todo o território nacional, como entidade de normatização e controle das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar atua, desta forma, criando mecanismos e implementando as técnicas que melhor se ajustam aos comandos políticos do segmento de saúde privada. Frise-se que, nesse contexto, o papel da entidade reguladora é manter-se equidistante dos polos em tensão, promovendo tanto a defesa do mercado como a defesa do consumidor, com o máximo de aproveitamento dos interesses envolvidos.

No tocante à defesa do mercado, a garantia que se deve dar é a de criação de mecanismos que importem na defesa do livre ingresso, permanência e saída num mercado livre de quaisquer dominações e submetido à competição.

Já no que diz respeito à defesa do consumidor, o que se preza é a defesa do destinatário final da cadeia de consumo, por ser intelectualmente mais frágil (não se desconhece que, na maioria dos casos, a assimetria também é econômica; porém, a razão fundamental que autoriza o dirigismo contratual é a assistência intelectual).

Para tanto, como as demais Agências, a ANS é dotada de carac-

terísticas como a independência técnica e autonomia orçamentária e financeira, garantida pela administração de sua receita própria, oriunda da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar – TSS.

Considerando que as taxas podem ser cobradas em razão do exercício regular da polícia administrativa, em conformidade com o art. 77 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional), a ANS se vale de tal tributo face à função fiscalizatória exercida sobre o mercado privado de assistência à saúde, limitando e disciplinando os interesses daqueles que desejam ingressar e permanecer nesse segmento.

Com fundamento no art. 18 da Lei nº 9.961, de 2000, a TSS tem como fato gerador a polícia administrativa, sendo devida (1) por plano de assistência à saúde e (2) por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referentes ao produto, alteração de dados referentes a operadora, e pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme valores predefinidos pela ANS (art. 20, inciso I e II da Lei nº 9.961, de 2000).

A ANS se vale, ainda, de um contrato de gestão, que serve como instrumento de disciplina de sua autonomia, seja gerencial, seja orçamentária e financeira, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 8º, da Constituição da República, celebrado com o Ministério da Saúde com vistas a fixar as metas de desempenho para posterior controle sobre a entidade.

Na prática, resgata-se com esse instrumento o modelar controle finalístico dos atos da Administração reguladora, eis que por ele são estabelecidos os standards para a gestão da ANS, assim como os indicadores que permitam avaliar, de forma objetiva, a sua atuação administrativa e o seu desempenho em face de seus propósitos institucionais. ◆