

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
MESTRADO EM DIREITO**

RAFAEL BAGGIO BERBICZ

**FRAUDES EM PLANOS DE SAÚDE E SEUS REFLEXOS NA MANUTENÇÃO DO
SISTEMA E BENEFICIÁRIOS**

**CURITIBA
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RAFAEL BAGGIO BERBICZ

**FRAUDES EM PLANOS DE SAÚDE E SEUS REFLEXOS NA MANUTENÇÃO DO
SISTEMA E BENEFICIÁRIOS**

**Dissertação do Programa de Pós-
Graduação *Stricto Sensu*, Curso de
Mestrado em Direito Econômico e
Social da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná.**

**Professor Orientador: Rodrigo Sanchez
Rios**

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

FRAUDE EM PLANOS DE SAÚDE E SEUS REFLEXOS NA MANUTENÇÃO DO SISTEMA E BENEFICIÁRIOS

Por

RAFAEL BAGGIO BERBICZ

MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO, CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ, PELA COMISSÃO FORMADA PELOS PROFESSORES:

ORIENTADOR:

Prof. Rodrigo Sanches Rios

Prof.

Prof.

CURITIBA, _____ de _____ de _____.

Dedico à minha noiva Ana Carla Werneck, pela compreensão e apoio incondicional nos momentos de dificuldade.

Dedico, também, aos amigos e colegas de trabalho, Eduardo Batistel Ramos e Lizete Rodrigues Feitosa, pelo incentivo pessoal e apoio profissional imprescindíveis à realização do presente ensaio.

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor Rodrigo Sanchez Rios, pelo incentivo, dedicação, carinho e orientação que tornaram possível a realização deste trabalho.

A meu irmão Rogério Baggio Berbicz, pelo apoio e compartilhamento de seus conhecimentos jurídicos.

A todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para que esse sonho se tornasse realidade.

Cada ser humano nasce com algo novo, algo que nunca existiu antes. Cada um tem seus potenciais únicos e pessoais. Cada um é capaz de pensamentos significativos e produtivos, para tornar-se, por si só, um vencedor.

John Powel

SUMÁRIO

ABREVIATURAS E SIGLAS	vii
RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	11
1 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL	14
1.1 Delimitação Conceitual.....	14
1.2 Os Direitos Fundamentais e a Saúde.....	21
1.3 A Saúde como Direito Fundamental.....	24
2 DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO	29
2.1 Da opção por uma abordagem jurídico-penal do direito do consumo envolvendo as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e seus beneficiários.....	29
3 DA NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL	40
3.1 Razões para uma abordagem sob a ótica das Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde.....	40
3.2 Análise da questão à luz do direito penal econômico de <i>per si</i>	44
3.3 Enquadramento do tema no direito penal administrativo.....	47
4. A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS ENVOLVENDO AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	53
4.1 A atuação do Ministério Público na fiscalização e repressão das práticas ilícitas envolvendo a prestação de serviços privados de saúde.....	53
4.2 As funções do Ministério Público e a legitimação para a tutela penal das relações de consumo envolvendo as operadoras de planos privados de saúde.....	57
5. OS CRIMES CONTRA O CONSUMO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL E EXTRAVAGANTE	68
5.1 Aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor.....	68
5.2 As Infrações praticadas perante as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde – Aspectos gerais das fraudes cometidas nessa modalidade de serviço.....	73
5.3. Das fraudes mais comuns praticadas no sistema privado.....	77
6. Conclusão.....	85
7. Referências Bibliográficas.....	91

ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
MP	Ministério Público
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RN	Resolução Normativa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

RESUMO

Um estudo acerca das fraudes praticadas por alguns médicos e beneficiários das operadoras de planos privados de assistência à saúde, tem por finalidade analisar os impactos e conseqüências que tais atos podem gerar à coletividade de beneficiários e profissionais que compõem o sistema, assim como a sua própria viabilidade, uma vez que as operadoras exercem importante papel na supressão da incapacidade do Estado em prover sozinho os serviços dessa natureza. Nesse sentido, tenta-se buscar uma solução prática que atente as determinações legais vigentes e permita evitar o cometimento das fraudes mais comuns praticadas por beneficiários e médicos prestadores de serviço aos planos de saúde, bem como atente a questão social econômica que circunda o sistema. O caráter social desenvolvido pelas operadoras de planos de saúde requer esta tutela por parte do Estado, para que esta forma de prestação de serviço também não venha a tornar-se igualmente ineficaz. Frente aos interesses jurídicos a serem tutelados e a coletividade de beneficiários alcançados, é evidente a necessidade de se avaliar a intervenção do Ministério Público para, quando devidamente instado a pronunciar-se a respeito dessas fraudes, tomar as medidas legais cabíveis, primando pelo cumprimento das determinações legais elencadas pelo Código de Defesa do Consumidor e funcionando como inibidor de tais práticas. A tutela penal dessas relações de consumo apresenta-se assim, como medida de eficácia na inibição dos ilícitos praticados e na preservação da ordem econômica na qual estão inseridas as operadoras de planos privados.

(Palavras-chave: Plano de Saúde, médicos, fraudes, beneficiários, Código de Defesa do Consumidor, tutela penal)

Abstract

A study concerning the frauds practised for some doctors and beneficiaries of the operators of private plans of assistance to the health, it has for purpose to analyze the impacts and consequences that such acts can generate to the collective of beneficiaries and professionals who compose the system, as well as its proper viability, a time that the operators exert important paper in the suppression of the incapacity of the State in providing alone the services with this nature. In this direction, it is tried to search a practical solution that it attempts against the effective legal determination and it allows to prevent the frauds most common practised by beneficiaries and rendering doctors of service to the health plans, as well as attempts against the economic social matter that surrounds the system. The social character developed by the operators of health plans requires this guardianship on the part of the State, so that this form of rendering of services also does not come to become equally inefficacious. Front to the legal interests to be tutored people and the collective of reached beneficiaries, is evident the necessity of if evaluating the intervention of the Public prosecution service for, when duly urged to pronounce it respect of these frauds, to take legal the measures permissible, privileging for the fulfilment of the legal determination enunciated by the Code of Defense of the Consumer and functioning as inhibiting of such practical. The criminal guardianship of these relations of consumption is presented thus, as measured of effectiveness in the inhibition of the illicit ones practised and in the preservation of the economic order in which the operators of private plans are inserted.

(Word-key: Plan of Health, doctors, frauds, beneficiaries, Code of Defense of the Consumer, criminal guardianship)

INTRODUÇÃO

A questão da saúde no Brasil certamente é uma das mais complexas num país já tão marcado por todo o tipo de demandas social, política e econômica. Nossa Constituição define que *a saúde é direito de todos e dever do Estado*, mas essa, também, como tantas outras obrigações do Estado brasileiro diante dos seus cidadãos, tem sido historicamente difícil de ser atendida. No caso da saúde, há um grande caminho a percorrer, seja sob o aspecto do equacionamento da capacidade do Estado de financiar sua obrigação constitucional, seja pela busca de soluções alternativas mediante aquilo que se convencionou chamar de saúde suplementar¹.

Desde a década de 1980, a maioria dos países da América Latina vem experimentando mudanças políticas, sociais e econômicas, que favoreceram transformações no campo de serviços de saúde, em particular o aumento da participação do setor privado².

A partir do final dessa década e início dos anos 90 do séc. XX, a dificuldade de acesso e a baixa qualidade atribuída ao sistema público de saúde vêm sendo consideradas fatores importantes na determinação do crescimento dessa modalidade de prestação de serviço de saúde³.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), universal, integral e gratuito, e se definiram os princípios da atuação privada no setor de saúde, nos termos do art. 199.

Contudo, após o estabelecimento das bases do SUS e sua efetiva implementação social, começaram a se revelar as dificuldades cotidianas de acesso aos serviços de saúde, consubstanciadas na precariedade das condições de atendimento; decadência das instalações físicas – mormente dos hospitais de grande porte da rede pública; dificuldade de contratação de recursos humanos; falta

¹ FILHO, Luiz Tavares Pereira. **Iniciativa privada e saúde**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000100011&script=sci_arttext > Acesso em: 19 dez. 2006.

² PINTO, Luiz Felipe; SORANZ, Daniel Ricardo. **Planos privados de assistência á saúde: cobertura populacional no Brasil**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100009 > Acesso em 19 dez. 2006.

³ Idem.

de materiais e medicamentos para um completo atendimento clínico, entre outros inúmeros fatores⁴.

Em função dos baixos investimentos em saúde e conseqüente queda da qualidade dos serviços, ocorreu uma progressiva migração dos setores médios para os planos e seguros privados⁵.

Com o surgimento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, imaginou-se que seria possível desafogar o sistema público, melhorando a qualidade de atendimento ofertada àquela parcela economicamente desprivilegiada da população, já que as classes financeiramente privilegiadas teriam condições de arcar sozinhas com os encargos exigidos pela contratação dessa modalidade de serviço. Assim, ter-se-ia um serviço de interesse público com qualidade, mediante a contraprestação pecuniária proporcional aos encargos e responsabilidades outorgadas aos profissionais médicos no seu desiderato.

Porém, com o passar do tempo, o aumento dos custos assistenciais de saúde; o surgimento de novas e caras tecnologias; a regulamentação do setor através da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde; a promulgação da Lei nº 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; a baixa remuneração dos profissionais médicos, entre outros fatores, criaram dificuldades operacionais que findaram com o aparecimento de fraudes dentro do sistema, praticadas tanto por médicos como beneficiários dos planos privados de assistência à saúde.

As justificativas para tal nos remetem aos problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde, pois de um lado há os médicos clamando por melhores remunerações, e de outro, os beneficiários exigindo diminuição dos custos (mensalidades) e melhora na qualidade do atendimento.

A regulamentação, que tinha como finalidades primordiais: garantir a cobertura assistencial integral da população abarcada pelos planos, regular as

⁴ MACERA, Andréa Pereira; SAINTIVE, Marcelo Barbosa. **O Mercado de Saúde Suplementar no Brasil.** Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2004-1/doctrab31.pdf> Acesso em: 28 dez. 2006.

⁵ MALTA, Deborah Carvalho; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MERHY, Túlio Batista Franco; JORGE, Alzira de Oliveira; COSTA, Mônica Aparecida. **Perspectiva da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8123200400020019> Acesso em: 02 jan. 2007.

condições de acesso a estes, definir e controlar as condições de ingresso e saída pelas empresas privadas nesse mercado, definir e implantar mecanismos de garantias assistenciais e financeiras para a continuidade da prestação de serviços contratados pelos consumidores, estabelecer mecanismos de controle de preços das mensalidades e garantir a integração do setor de saúde suplementar ao SUS e o ressarcimento dos gastos de usuários de planos privados de assistência à saúde no sistema privado, não tem se mostrado como um instrumento eficaz na solução desses problemas, e a continuidade dessas práticas delitivas podem gerar um desequilíbrio financeiro às empresas de tal monta, que tornarão inviável a sua sobrevivência no mercado de saúde suplementar.

Como a lei veda expressamente a participação direta nesse segmento de empresas ou de capitais estrangeiros⁶, torna-se imperioso reconhecer a necessidade de intervenção do Ministério Público nos pactos dessa natureza, protegendo a ordem econômica no qual estão inseridas as operadoras e o mercado em si.

Assim, esta pesquisa científica, enfatizando um estudo acerca das fraudes praticadas por médicos e beneficiários das operadoras de planos privados de assistência à saúde, em especial as cooperativas de trabalho médico que atuam de maneira destacada e predominante no cenário nacional, tem por finalidade analisar os impactos e conseqüências que tais atos podem gerar à coletividade de beneficiários dessa modalidade de prestação de serviço de saúde, bem como aos demais médicos que compõem o sistema, e a viabilidade deste propriamente dito.

⁶ Dispõe o art. 199, § 3º da CF/88 que: "É vedada a participação direta ou indireta de empresa ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei." No mesmo sentido, dispõe o art. 23, *caput*, da Lei nº 8.080/90: "É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos."

1. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

1.1 Delimitação conceitual

A atual Constituição Federal do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988, e tem como característica marcante o fato de ser o primeiro texto constitucional que se seguiu ao regime militar que durou mais de duas décadas e que, como é característico de tais intervenções ditatoriais, notabilizou-se por promover a ruptura da ordem constitucional que até então, de forma democrática, encontrava-se estabelecida⁷. Não é difícil compreender, portanto, o destaque que esta Carta oferece a tópicos como os direitos humanos fundamentais, a pluralidade e a preservação dos princípios democráticos⁸.

Com a promulgação da Constituição Federal em vigor, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de garantir, para o cidadão, todo um conjunto de prestações sociais, para viabilizar uma vida em sociedade em consonância com a idéia de dignidade da pessoa humana⁹.

Esse conjunto de prestações sociais nada mais é do que direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da

⁷ Sobre o processo de democratização no Brasil e a Constituição brasileira de 1988, observa Flávia Piovesan: “Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo se tenha iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos - , as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988. A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22-24).

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. **A Proteção Jurídica das Minorias no Sistema Constitucional Brasileiro: Uma Visão Panorâmica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 129-142, 2002.

⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 238, p. 345-362, 2004.

igualdade social e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal¹⁰.

Por dignidade da pessoa humana, Alexandre de Moraes leciona que¹¹,

É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF, art. 226, § 7º).

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido);

Analisando esse conjunto de prestações sociais imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, verifica-se a expressa previsão da saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196)¹², devendo ser disponibilizada aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país indistintamente, em respeito ao princípio constitucional da igualdade entabulado no artigo 5º, *caput*¹³, quando tratou o legislador constituinte dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 177.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997, p. 60-61.

¹² 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.

¹³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes; (...)

Ocorre que, nada obstante a clareza dos preceitos legais elencados na Carta Política de 1988, assegurando a saúde como dever do Estado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, o texto constitucional não especificou os exatos termos em que se deve entendê-la para fins de definição do papel do Estado na promoção da qualidade de vida dos cidadãos.

Julio Cesar de Sá da Rocha ensina que¹⁴,

A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal. Quando se menciona desde o preâmbulo que a Assembléia Nacional Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, efetivamente a determinação do conteúdo do direito à saúde tem de levar em conta a responsabilidade do Estado em assegurar o “bem-estar”.

E acrescenta que:

Nos princípios norteadores do sistema, observamos que a Carta Constitucional enfatiza o ser humano em sua tutela: o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), bem como, constituem objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização (...), promover o bem de todos (...) (art. 3º, I, III e IV).

A determinação do conteúdo do direito à saúde deve levar em conta, portanto, os dispositivos asseguradores dos direitos sociais constitucionais, tendo como corolário o “bem-estar” dos cidadãos, individualmente ou coletivamente considerados.

Nesse sentido, observa-se a existência de outros dispositivos constitucionais que guardam relação íntima com a qualidade de vida e o bem-estar do indivíduo, e certamente são imprescindíveis para se alcançar a conceituação de saúde mais adequada possível, a exemplo da previsão constitucional da inviolabilidade do direito à vida preconizada pelo art. 5º, *caput*; o expreso reconhecimento da saúde como direito social (art. 6º); a saúde como direito de todos (art. 196); a existência digna determinada pela ordem econômica, através da observância da função social da

¹⁴ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: Direito Sanitário da Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: LTr, 1999, p. 43-44.

propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego (art. 170, incisos III, V, VI, VII e VIII); a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198, *caput*); a proteção do meio ambiente (art. 225); a proteção da saúde da criança e do adolescente (art. 227, *caput*)¹⁵, entre outros.

Observa-se, da leitura dos referidos dispositivos constitucionais, que a noção jurídica de saúde prescinde da análise de outros direitos encartados no texto político, sem os quais não há como se ter o alcance necessário do que venha a ser a saúde para fins legais, e que, juntos, dão conta de um conceito muito mais amplo do que a simples definição da saúde como mera ausência de doenças.

A esse respeito, inclusive, é forçoso reconhecer que inicialmente a idéia de saúde sempre se associa à ausência de enfermidades, podendo ser entendida como a cura de patologias ou a tomada de medidas preventivas de doenças.

É o que se verifica, por exemplo, da leitura das disposições legais do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), cuja parte dispositiva se inicia tratando da saúde e da segurança dos consumidores nas relações jurídicas de natureza consumerista, denotando-se aí a preocupação do legislador em estabelecer critérios para tutelar o bem mais valioso a ser preservado em quaisquer relações de consumo – a vida¹⁶.

Analisando o disposto no sobredito diploma consumerista, verifica-se a preocupação com a saúde no exato sentido da “ausência” de doenças, através da proibição da comercialização de produtos nocivos ao consumidor – a exemplo dos alimentos e medicamentos; ou fornecimento de serviços capazes de gerar riscos à integridade física dos mesmos – como as construções e edificações em geral.

Portanto, tal conceito de saúde deve ser levado em conta quando da análise da questão sob o prisma constitucional, admitindo-se a idéia de saúde à falta de enfermidade tanto sob o ponto de vista da “cura” quanto da “prevenção”, sendo certo que a sua não observância igualmente implicará no não cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais.

¹⁵ Idem.

¹⁶ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 143.

Contudo, e a despeito da afirmação de que o direito à saúde se relaciona com a tomada de medidas preventivas e curativas de doenças, evidencia-se que a questão atinente à saúde sob o enfoque constitucional guarda relação direta com os demais direitos sociais, donde se observa a preocupação do legislador em vincular o tema à qualidade de vida do cidadão como um todo, considerando desde o meio ambiente em que vive até o seu efetivo bem-estar pessoal, pressupondo assim uma noção muito mais abrangente do que a simples erradicação de doenças.

Não se trata, pois, de um estado físico ou mental do cidadão individualmente considerado, mas sim, de uma perspectiva social que pressupõe um bem-estar do indivíduo com ele mesmo e com o meio em que vive, através da disponibilização pelo Estado de serviços básicos de atividade sanitária, evitando-se a ocorrência de enfermidades por intermédio do asseguramento da salubridade pública.

E foi com a promulgação da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁷, órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), que surge o conceito referencial de direito à saúde, entendida como o “completo bem-estar físico, mental e social”, e não apenas na ausência de doença ou de enfermidade¹⁸.

Do ponto de vista dogmático, o conceito de saúde encartado na Constituição da Organização Mundial da Saúde é um avanço a ser considerado.

¹⁷ A Organização Mundial da Saúde (World Health Organization) é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. Sua sede é em Genebra, na Suíça. A Organização Mundial da Saúde coordena o trabalho internacional de saúde, com o objetivo de promovê-la no mais alto grau para todos os povos. No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) se estabelece os princípios basilares no sentido para a felicidade dos povos, para suas relações harmoniosas e para a sua segurança, dispondo que: a) A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade; b) Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social; c) 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; d) Os resultados conseguidos por cada 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; e) O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento; f) A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde; g) Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos e; h) Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. BARROS, Gisele Nori. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>> Acesso em: 14 nov. 2006.

¹⁸ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 35.

Porém, sob a perspectiva prática, é possível verificar alguns problemas que podem interferir diretamente na sua realização, a exemplo da vontade política, uma vez considerada a possibilidade das verbas destinadas a sua consecução não serem suficientes, já que a falta de recursos financeiros é um dos principais problemas enfrentados pelo Estado para garantir o direito à saúde¹⁹.

Com efeito, a concretização dos preceitos constitucionais relativos à saúde depende da criação e execução dos programas necessários para a realização dos imperativos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e para a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, ou no mau gerenciamento destes, ou, o que é pior, na inexecução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais²⁰.

Os recursos financeiros, entretanto, não podem ser considerados o fator preponderante em todas as situações.

Daniela Milanez vai mais longe nesse ponto, e afirma que²¹,

Há as situações em que o dinheiro não é o problema principal. E mesmo nas situações onde a questão da disponibilidade de recursos se apresenta, deve-se estar ciente de que essa problemática pode também aparecer nos casos que envolvem direitos civis e políticos. Neste momento, oportuno analisar mais a fundo a abrangência do direito à saúde e até que ponto vai a dependência de recursos públicos. (...) Há as obrigações de respeitar e proteger, obrigações que contribuem para a melhoria do direito à saúde e, ao mesmo tempo, não dependem de quantidades significativas de recursos públicos. Por exemplo, o Estado pode ser requisitado simplesmente a regular um setor econômico, medida esta que não é extremamente cara. (...) Investido com um poder discricionário e considerando que quase nunca se espera que o Estado implemente imediatamente os direitos fundamentais, mas sim de maneira progressiva, o mesmo deve ser capaz de encontrar outras soluções antes de optar pela medida que traga gastos públicos elevados. (...) Mesmo considerando que a implementação do direito à saúde requer medidas dispendiosas, deve-se recordar que a necessidade de recursos públicos não existe somente para os direitos sócio-econômicos. Os direitos civis e políticos de alguma forma também dependem desses recursos, e tal fato nunca foi considerado um obstáculo a sua garantia.

Nesse sentido, e corroborando o posicionamento sustentado, Alexandre Gonçalves Lippel conclui afirmando que²²:

¹⁹ MILANEZ, Daniela. O Direito à Saúde: Uma Análise Comparativa da Intervenção Judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 199-201, 2004.

²⁰ LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: Caracterização e Efetividade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 1 ed. 2004.

²¹ MILANEZ, Daniela. Op. cit., p. 199-201.

Ademais, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelos outros Poderes pode e deve ser controlada pelo Judiciário. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, ou onde direitos sociais são negligenciados por incompetência administrativa, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos. O que não se pode admitir é que o direito à saúde, direito fundamental social, torne-se, pela inércia do legislador, pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, ou pela incompetência gerencial dos agentes públicos, pretensão perenemente irrealizada no tocante à efetividade almejada pela Carta Magna.

Outra questão ainda não mencionada, mas que merece igual atenção, é a da difícil conceituação do que venha a ser considerado “bem-estar” para fins de entendimento do alcance da expressão “direito à saúde”. A subjetividade da expressão é suficiente para permitir afirmar que o bem-estar perfeito para um indivíduo pode não ser para outro.

Veja-se que a expressão “bem-estar” envolve um componente subjetivo dificilmente quantificável. O conceito visa a uma perfeição inatingível, de vez que quantificar a perfeição é algo impossível. Uma utopia. E, ainda, “pode-se caracterizar e conceituar o que é bem-estar?” É um conceito irreal, que não se adapta à realidade fática, afinal o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado, que se alarga ou diminui de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia²³.

Se a sociedade evolui com o passar do tempo, por certo a saúde com ela evoluirá, de modo que não se pode traçar uma definição estática e imutável para esse fenômeno que se altera na medida em que os demais sistemas com que se relaciona - como a educação, o meio ambiente, o saneamento básico - também se modificam.

Nesse sentido, deve-se pensar o conceito de saúde como o direito do indivíduo a uma vida saudável, levando à construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-

²² LIPPEL, Alexandre Gonçalves. Op. cit., p. 47.

²³ SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 36-37.

lhe benefícios²⁴. Essa, aliás, é a idéia defendida pela Organização Mundial da Saúde através da sua Constituição.

Não há dúvidas de que o conceito de saúde deve ser construído à luz de todos os direitos que com ele se relacionam, no ímpeto de integrar a qualidade de vida em sua perspectiva maior, ou seja, garantia de moradias adequadas, saneamento básico, alimentação, educação, trabalho, tudo voltado ao bem-estar do indivíduo.

Deve-se, portanto, transcender a idéia de que o direito à saúde se relaciona com a disponibilização de cuidados médicos tão somente, devendo-se ter em mente um conceito de saúde que abarque todos os direitos sociais indispensáveis à completa qualidade de vida do cidadão²⁵.

1.2 Os Direitos Fundamentais e a Saúde

Os direitos humanos fundamentais²⁶, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram da necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do

²⁴ Ibidem, p. 40.

²⁵ Tomando por base a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, verifica-se que a saúde sofre a influência de fatores determinantes e condicionantes, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (art. 3º). Dessa forma, inexistem dúvidas acerca da influência desses direitos sociais fundamentais no conceito do que realmente deve ser entendido como direito à saúde.

²⁶ Embora Alexandre de Moraes entenda por "Direitos Humanos Fundamentais" aqueles direitos mencionados pelo legislador constituinte na epígrafe do Título II da Carta Política, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados "Direitos Humanos", que, por sua vez, constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico positiva interna. Neste sentido, afirma que ainda que se possa e deva reconhecer uma crescente interpenetração, caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu art. 5º, § 2º), inexistem dúvidas quanto a seu distinto tratamento, de modo especial, quanto o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização. Ao final, menciona que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão "Direitos Humanos Fundamentais", terminologia que abrange as esferas nacional e internacional de posituação. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 de nov de 2006.)

próprio Estado e de suas autoridades constituídas, e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo²⁷.

Assim, o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*²⁸.

Para José Joaquim Gomes Canotilho²⁹,

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Neste sentido, Canotilho leciona que os direitos fundamentais são considerados a “raiz antropológica essencial da legitimidade da Constituição e do poder político, tendo como objetivo os direitos do homem”³⁰.

E completa: “perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”³¹.

Mas é de Antonio Enrique Pérez Luño a definição que, a nosso ver, melhor retrata os direitos fundamentais como forma de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana - assim entendido como o valor maior e essencial da pessoa, quando os retratou como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos...**, p. 19.

²⁸ *Ibidem*, p. 39.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 541.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 217.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 221.

igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional³².”

Conforme inicialmente se comentou, a Constituição Federal de 1988 notabilizou-se por ser o primeiro texto que expressamente tratou dos direitos fundamentais como princípios basilares à construção do Estado Democrático de Direito.

Como Lei Maior que é a Constituição Federal, e por servir de fundamentação institucional e política à legislação ordinária, seus textos encontram-se com inúmeros dispositivos relativos aos direitos fundamentais. O direito é influenciado direta, forte e constantemente por esses preceitos constitucionais, uma vez que a dignidade da pessoa humana corresponde à aspiração maior da sua existência.

É desde o seu preâmbulo que se percebe a preocupação do legislador constituinte com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente em seus primeiros artigos, que consagram a obrigatoriedade do Estado em assegurar a todos o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça³³.

Mas de todos os fundamentos necessários à construção do Estado Democrático de Direito, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana como aqueles direitos indispensáveis à consecução dos seus fins, e o que se dará através da observância do conjunto de prestações sociais (art. 1º, IV da CF/88), no qual há que se inserir o direito à saúde.

Percebe-se assim que os direitos fundamentais podem ser considerados os pressupostos indispensáveis ao princípio democrático, sendo a Constituição o instrumento de positivação desses direitos com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana como fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

³² MORAES, apud CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. Op. cit., p. 40.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988³⁴.

Através da observação desses dispositivos constitucionais é que se verifica a dignidade da pessoa humana como valor social máximo orientador do ordenamento jurídico, com vista à formação e atuação do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana é, assim, o valor supremo da democracia governamental, sendo o princípio orientador de toda norma jurídica e que, juntamente com os demais direitos e garantias fundamentais, servirá de critério orientador de justiça e valor ético do sistema jurídico brasileiro.

1.3 A Saúde como Direito Fundamental

Conforme se observou dos apontamentos até aqui apresentados, o art. 1º da Carta Política de 1988 determina que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, regido pelos princípios do constitucionalismo, pela organização democrática da sociedade, pelo sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes ou de funções, legalidade e segurança e certezas jurídicas³⁵.

Percebe-se, assim, que o Estado Democrático de Direito consiste num ideal democrático que tenta conjugar garantias jurídicas e preocupação social, tendo como dever fundamental superar as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CF/88), e instaurar o regime democrático que assegure a justiça social (art. 3º, IV da CF/88).

O direito à saúde se insere no contexto do Estado Democrático de Direito, na medida em que, para a sua realização, faz-se necessário que sejam observados todos os demais direitos e garantias fundamentais encartados no texto Político, e que juntos, conforme já se mencionou, dão uma real percepção daquilo que deve ser entendido como saúde para fins de aplicação das disposições constitucionais.

³⁴ Ibidem, p. 27.

³⁵ SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 49.

Em outras palavras, para que o direito à saúde seja efetivamente respeitado e aplicado, é imprescindível que todos os demais direitos fundamentais que o compõem sejam observados.

Assim, o direito à saúde se apresenta imprescindível à realização de uma vida em consonância com o objetivo máximo colimado pelo legislador constituinte, que é a dignidade da pessoa humana, o que justifica a sua inserção no Estado Democrático de Direito como um direito fundamental.

Corroborando essa máxima, vale mencionar que o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁶ condiciona a saúde como essencial à construção de uma vida digna, o que por sua vez torna expresso o seu reconhecimento como direito fundamental.

Outro modo de analisar a questão atinente à saúde no ordenamento jurídico pátrio, é tomar como referencial a teoria da geração de direitos criada por Norberto Bobbio³⁷, que propõe a existência de fases históricas para o surgimento de determinados direitos, permitindo-se falar em direitos de 1ª a 4ª geração.

Primeiramente, cumpre alertar que a classificação dos direitos fundamentais na constituição de 1988 encontra divergências na doutrina, não só no tocante ao número de gerações que a compõem, como nos direitos que as integram.

É o que se verifica, por exemplo, do magistério de Alexandre de Moraes, que, ao tratar do tema, reconhece a existência de somente três gerações, das quais argumenta que³⁸:

³⁶ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris em 10 de dezembro de 1948, constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional. (...) Elaborada a partir da previsão da Carta da ONU de 1944, que em seu artigo 55 estabeleceu a necessidade dos Estados-partes promoverem a proteção dos direitos humanos, e da composição, por parte da Organização das Nações Unidas, de uma Comissão de Direitos Humanos, presidida por Eleonora Roosevelt, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirmou que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, bem como que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade da palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade tem sido a mais alta aspiração do homem comum. A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, reafirmou a crença dos povos das Nações Unidas nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, visando à promoção do progresso social e à melhoria das condições de vida em uma ampla liberdade. (MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos...**, p. 36.)

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 217.

³⁸ MORAES, Op. cit., p. 44-45.

os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta; (...) os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século; (...) os direitos de terceira geração são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

Em contrapartida, Júlio Cesar de Sá da Rocha reconhece a existência de quatro gerações, em que³⁹

os de primeira geração são os direitos individuais, como os direitos políticos, direitos de liberdade, que refletem uma atuação negativa do Estado, direitos típicos que surgem após a Revolução Francesa (séc. XVIII); (...) os de segunda geração, os direitos sociais ou coletivos, v.g., direito à saúde, direito ao trabalho, resultado das mudanças estruturais na sociedade e do Estado pós-Revolução Industrial (séc. XIX); (...) na segunda metade do século XX, surgem os direitos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente ou o direito de proteção ao consumidor, resultado do reconhecimento dos direitos difusos; (...) por fim, surgem os direitos de quarta geração, decorrentes dos progressos da genética, biotecnologia e dos profundos estudos do genoma humano.

Contudo, independente da divergência doutrinária, a supressão ou acréscimo de uma geração na classificação dos direitos fundamentais não prejudica os apontamentos que se pretende fazer no tocante ao direito à saúde sob tal perspectiva, conforme se verá a seguir.

A saúde pode ser considerada um direito de primeira geração uma vez que, por se tratar de um direito individual essencial à existência da vida e/ou à sua qualidade, é oponível ao Estado, caracterizando-se assim como a liberdade individual que cada pessoa tem de procurar os serviços médicos que entender necessários à preservação da sua integridade física e mental.

Tal se percebe do disposto no art. 199 da CF/88⁴⁰, através do qual se permitiu à iniciativa privada prestar assistência à saúde juntamente e

³⁹ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Op. cit., p. 45-46.

⁴⁰ 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.

complementarmente ao Estado. Sob essa ótica, pode-se asseverar que o direito à saúde é um direito absoluto, irrenunciável, indisponível e intransmissível, pois se liga diretamente à vida.

O direito à saúde pode igualmente ser considerado um direito de segunda geração, ao qual se ligam os direitos sociais, já que por força do art. 6 da Carta Política, o direito à saúde é assim reconhecido⁴¹. Nesse sentido, deve-se exigir do Estado que implemente prestações positivas visando garantir aos indivíduos o seu acesso, independente da liberdade individual de cada um em buscar o melhor meio de preservá-la ou recuperá-la.

É o que Germano Schwartz chama de saúde “preventiva”, e que tem no artigo 196 da Constituição Federal sua previsão constitucional, pois ali se reconhece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas⁴².

Sob a máxima de que o surgimento de uma geração posterior ou subsequente não elimina direito de geração antecedente⁴³, permite-se dizer que o direito à saúde pode ser entendido também como um direito de terceira geração que, para efeitos da presente classificação, são os chamados direitos coletivos e difusos.

Em razão da sua indivisibilidade e por se referir a um número indeterminado de indivíduos, a saúde é um direito difuso, assim entendidos os interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, inciso I do CDC). Porém, também pode ser considerada um direito coletivo – o que se comenta para efeitos dos apontamentos que se lançará adiante, assim entendidos os interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art.81, inciso II do CDC), a exemplo dos beneficiários dos planos privados de assistência à saúde.

⁴¹ Art. 6 . 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.

⁴² SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 53.

⁴³ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Op. cit., p. 45.

Ainda, podemos pensá-la como direito de solidariedade, no que restaria ligada ao trabalho e à alimentação adequada. Um direito ligado ao aspecto comunitário, ou seja, a um Estado que busca a construção de uma ordem social e jurídica com fundamento na solidariedade, um Estado de ação positiva, “promocional de cunho transformador”. Um direito na busca da melhor “qualidade de vida” possível, em conformidade com o preconizado no art. 225 da CF/88⁴⁴.

Finalmente, e considerando que os direitos de quarta geração relacionam-se aos progressos da genética, é forçoso convir a sua vinculação com a saúde, que guardam estrita relação com as evoluções das pesquisas genéticas no tratamento de diversas patologias, a exemplo dos recentes estudos envolvendo as chamadas células tronco.

Importa que após a edição e publicação da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, a saúde passou à condição de direito do consumidor, assegurada mediante a adoção de medidas políticas e sociais que visem preservá-la, conforme se verifica do disposto no art. 6º, inciso I do referido diploma legal.

Sob esse contexto, a saúde deve ser considerada um direito público subjetivo e, por essa razão, oponível contra o Estado, inclusive através da adoção de medidas judiciais ou administrativas que a assegurem sempre que se verificar que o bem da vida esteja em risco no caso concreto.

⁴⁴ SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 54.

2. DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO

2.1 Da opção por uma abordagem jurídico-penal do direito do consumo envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários

Atualmente, verifica-se, no contexto social no qual se encontra inserida a classe médica contemporânea, o constante processo de deteriorização da qualidade da assistência à saúde no Brasil, tanto sob a ótica do serviço público como do privado.

Independentemente da previsão expressa na Constituição Federal, elevando à categoria de direito fundamental do indivíduo a assistência à saúde, conforme se verifica do exposto nos arts. 196 a 200 da Magna Carta⁴⁵, a realidade na qual

⁴⁵ 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.

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

Art. 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.

§ 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.

§ 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:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

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;

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.

§3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada 5 (cinco) anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

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;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

vivemos demonstra a completa incapacidade do Estado para atender aos anseios e necessidades da população nesse sentido, razão pela qual inúmeros indivíduos, inseguros pela ineficácia do sistema público de atendimento à saúde, procuram os planos privados como forma de garantir um atendimento condigno e condizente com as suas reais necessidades.

Nesse contexto, é evidente que aqueles que possuem algum tipo de cobertura de assistência privada à saúde, não dependendo dos precários serviços ofertados pela rede pública, são tidos como privilegiados em uma sociedade desigual como a nossa.

São os que consomem⁴⁶ por deter poder aquisitivo para tal, devendo ser assim entendidos como aqueles que têm emprego, escolaridade e capacidade de

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às epidemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º - Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

§ 6º - Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e nos § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

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 preferências 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 empresa 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 ou 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.

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;

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

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

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

⁴⁶ Vale aqui colacionar o entendimento de Mario Ferreira Monte, que ao discorrer sobre o assunto, leciona que: “a noção de consumo, aqui, deve ser entendida não só no sentido da (mera) aquisição, mas no da aquisição e efectiva consumação de um processo econômico em que o consumidor se situa no último elo desse processo. Tal é a idéia defendida, entre outros, por Calvão Silva, *A Responsabilidade Civil do Produtor*; Coimbra: Almedina, 1990, p. 58, n. 6, ao dizer: O Consumo é a

reclamar seus direitos, sendo o público alvo das operadoras privadas de planos de assistência à saúde.

O descontentamento com a situação, contudo, não é unilateral. Tanto a classe médica – detentora dos serviços necessários à manutenção da saúde da população, como os indivíduos que compõem a sociedade encontram-se completamente insatisfeitos com a situação em que se encontra a saúde pública brasileira, bastando a utilização de poucos e conhecidos argumentos para justificar tal situação, como a "baixa remuneração dos profissionais, locais impróprios para se realizar um atendimento adequado, falta de materiais, remédios, etc."

E não poderia ser diferente, pois como exigir um serviço de qualidade se a contraprestação do mesmo não corresponde à responsabilidade outorgada ao profissional médico no exercício da sua profissão?

É neste cenário, portanto, que surgiram os planos privados de assistência à saúde, como a alternativa viável a suprir a deficiência do Estado para com a população⁴⁷, fruto do descaso das políticas governamentais praticadas pelos governantes na tutela dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

última fase do processo econômico, em que os bens servem para satisfazer necessidades, pondo termo ao mesmo processo." E acrescenta: "Se assim não o fosse, isto é, se admitíssemos como consumo a simples aquisição de bens e serviços estaríamos a considerar, também, no consumo, os *actos de comércio* no sentido proposto por Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, , Coimbra, 1973, p. 60, como sendo os que devem a sua comercialidade ao facto de se ajustarem em concreto a um dos tipos de actividade descritos na lei mercantil (actos objectivamente comerciais) ou aqueles que devem a sua comercialidade, essencialmente, à qualidade de comerciante do sujeito que os pratica (actos subjectivamente comerciais) e previstos no art. 2º do Código Comercial Português, ou os actos que, não sendo de comércio, se distinguem, todavia, dos actos de consumo, na medida em que não se destinam a satisfazer necessidades últimas do adquirente – que põe termo ao processo econômico – mas, antes e eventualmente, a consistir na revenda e que, portanto, serão meramente civis." Tal distinção é importante, porque o facto de se tratar de um acto de comércio poderá importar numa regulamentação própria que é a conferida pelo direito mercantil e quanto aos actos de compra e venda que não se enquadram nos actos de comércio poderão ter como disciplina a do direito civil, mais propriamente o Código Civil, no Livro do direito das obrigações, diferente, portanto, do direito do consumo. (MONTE, Op. cit., p. 13.)

⁴⁷ Segundo Fernanda Schaefer, os planos de saúde começaram a se desenvolver no Brasil, na década de 60, no ABC Paulista, visando garantir a saúde dos trabalhadores por meio de convênio-empresa financiado pelos empregadores, cujo objetivo era tão-somente o de garantir a produtividade de suas indústrias.

Costumam organizar-se em formas de convênios ou cooperativas que custeiam o atendimento médico-hospitalar (obrigação de fazer), mediante contraprestações pecuniárias. São geralmente integrantes da denominada medicina de grupo e administram planos de saúde sob a forma de pré-pagamento ou co-participação nas despesas médicas. Na definição de Ghersi (1993, p. 125): "[...] na medicina pré-paga, o usuário paga em dinheiro uma prestação periódica para receber o serviço diretamente da empresa, conforme definido em contrato, podendo a empresa terceirizar seus serviços. Nessa espécie de modalidade também se encaixam as cooperativas." Os contratos oferecidos pelos planos de assistência privada à saúde são atípicos, mistos, de prestação de serviços, de adesão e caráter aleatório, sinalagmáticos, onerosos, formais e de execução diferida por

A finalidade de sua criação, dessa forma, atenderia às necessidades reclamadas por ambas as partes, ou seja, uma prestação de serviço médico com qualidade, mediante contraprestação compensatória pelo esforço sobrepesado dos profissionais da área médica para lidar com um aspecto tão delicado da pessoa humana – a saúde.

Porém, o encarecimento dos custos assistenciais da saúde, o surgimento de novas técnicas consubstanciadas nos chamados "procedimentos de alta complexidade", a burocracia da qual se revestiu o funcionamento do sistema, a intervenção do Estado na gestão dos planos privados de assistência à saúde - através de uma legislação inadequada⁴⁸, a baixa remuneração dos profissionais pelas operadoras, entre tantos outros fatores que serão abordados oportunamente, contribuíram para o surgimento de "fraudes" dentro do sistema, praticadas tanto por beneficiários como pelos médicos que o integram.

Para exemplificar sucintamente o ora alegado, pode-se citar a falsificação da assinatura de beneficiários em planilhas de consulta médica sem a prestação do serviço correspondente, ou a cobrança de ato médico diverso do realizado, e ainda cobrança de ato médico não efetivamente realizado, situações estas que, somadas a tantas outras ocorridas na realidade das operadoras de planos privados, contribuem para o seu desequilíbrio econômico financeiro e, conseqüentemente, inviabilização dessa modalidade de prestação de serviço.

Há que se lembrar também dos atos praticados pelos próprios beneficiários dos planos contra as operadoras privadas, a exemplo da utilização do plano contratado para favorecer terceiro estranho à relação jurídica instituída com esta, o

prazo indeterminado. (SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 40-41.)

⁴⁸ Quando se fala em legislação inadequada, importante ressaltar que não se faz referência à Lei como um todo, pois a despeito da intenção do legislador em promover o equilíbrio nas relações entre beneficiários e operadoras de planos privados de assistência à saúde, deixou de analisar, por exemplo, questões importantes acerca dos cálculos atuariais utilizados pelas operadoras para a fixação dos índices de reajustes anuais que seriam praticados nos contratos; ou ainda, a relação custo-benefício que envolvem tais pactos negociais, impondo às operadoras além do índice de reajuste que pode ser praticado nos contratos, o rol de procedimentos a que obrigatoriamente estão vinculadas (e para os quais devem garantir cobertura), não se observando previamente, porém, se os mesmos estavam previstos nos cálculos atuariais, o que por sua vez, gerou um desequilíbrio econômico enorme para as operadoras assim que a Lei entrou em vigor, e cujos reflexos verificam-se até os dias atuais. Assim, além de controlar o preço, o legislador quis determinar o rol de procedimentos que devem ser assegurados pelas empresas, o que, *data vênia*, é feito sem levar em conta os custos assistenciais da saúde, como o preço dos medicamentos, diárias hospitalares, valor

que acaba gerando despesas para as quais não haverá a devida contraprestação pecuniária, criando-se assim um desequilíbrio contratual de tal monta que igualmente pode inviabilizar a prestação do serviço à coletividade de beneficiários.

Dessa forma, considerando os interesses jurídicos a serem tutelados e a coletividade de beneficiários alcançados, sem olvidar tratarem-se de questões erigidas à categoria de direitos fundamentais do ser humano pela Carta Política, imprescindível avaliar a possibilidade de haver a intervenção do Ministério Público para, quando devidamente instado a pronunciar-se a respeito desses ilícitos penais e tantos outros cometidos nessa modalidade de prestação de serviço colocada à disposição dos consumidores, tomar as medidas legais cabíveis, protegendo de forma direta as prestadoras de serviços dessa natureza, e de forma indireta, mas igualmente importante, a parte mais frágil da relação consumerista ora relatada – os beneficiários dos planos de saúde.

Sobrelevando tais apontamentos, vale noticiar que, nos moldes em que se apresenta, a relação jurídica instituída entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os beneficiários desses serviços é uma relação estritamente de consumo, aplicando-se à sua regulamentação as disposições legais erigidas pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme definições previstas nos arts. 2º e 3º⁴⁹.

Ainda que pareça redundante tal assertiva ante a clareza dos dispositivos legais mencionados, faz-se relevante, pois, na medida em que se pretende fazer uma abordagem sobre as fraudes praticadas nos planos de saúde em detrimento da coletividade de beneficiários e do sistema de assistência privada de saúde propriamente dito, estar-se-á tratando diretamente da tutela do sistema econômico

dos procedimentos de alta tecnologia, as novas tecnologias propriamente ditas, entre outros, e que justificam a posição ora sustentada.

⁴⁹ Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

no qual se encontram inseridas as operadoras de planos privados no cenário nacional, e da tutela dos consumidores dessa espécie de serviço.

A tutela referida, conforme esboçado em linhas anteriores e, diferentemente daquilo que se pensa quando se está diante de um conflito de interesses envolvendo uma relação consumerista com fornecedores de serviços, não tem por escopo analisar a questão da reparação civil dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ao contrário, trata-se da tutela "penal" do consumidor, assim entendida como a proteção do ato de consumo como fator econômico primordial da atual sociedade consumerista na qual vivemos.

Nesse sentido, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin leciona que a Sociedade de consumo é, antes de tudo, um movimento coletivo, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa e consumo em massa. E são inseridas nesse novo modelo econômico social que as práticas comerciais – como fenômeno igualmente de massa – ganham enorme relevo⁵⁰.

Veja-se que, diferentemente do que ocorre na esfera civil, onde os lesados normalmente buscam a via jurisdicional visando obter tão somente a reparação dos danos sofridos com as práticas ilícitas dos fornecedores de bens e serviços, e que lhes afetam patrimonialmente, a tutela penal do consumidor se apresenta como um remédio que visa assegurar a organização econômica do Estado, uma vez que a violação de tais preceitos normativos pode afetar a credibilidade do sistema político-econômico, e por sua vez, todo o mercado, na medida em que desequilibra as relações entre fornecedores e consumidores.

Assim, o direito penal do consumidor é um ramo do direito penal econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores⁵¹.

⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** Comentado pelos autores do anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 214.

⁵¹ BENJAMIN, Op. cit., p. 110.

Pode-se dizer que o direito penal do consumidor tem por escopo estudar toda forma de proteção penal da relação de consumo propriamente dita, entendida como um bem jurídico imaterial, supra-individual e difuso, evitando a ocorrência de todas as formas possíveis de abusos de poder econômico que atentem contra a ordem econômica geral, e que possam, por esta razão, inviabilizar determinada atividade econômica imprescindível para o mercado.

Em se tratando de fraude em planos de saúde, cuja importância se manifesta no objeto a ser tutelado pelo ordenamento jurídico vigente, que é justamente a saúde do indivíduo, mais evidente se apresenta a necessidade de haver uma intervenção Estatal, outorgando aos beneficiários dessa modalidade de serviço a segurança jurídica necessária a garantir a idoneidade dos pactos negociais celebrados em larga escala, em substituição ao Estado. Somando-se a essa proteção mediata do consumidor⁵², há que se ressaltar a proteção imediata a essa atividade econômica, que atinge uma coletividade gigantesca de consumidores (usualmente chamados de beneficiários e/ou usuários), sem a qual, tornar-se-ia praticamente inviável ao Estado, através do Sistema Único de Saúde - SUS, prestá-lo com a mesma eficácia.

O que se verifica, portanto, a despeito do interesse individual do beneficiário diretamente lesado pela conduta por vezes praticada por médico vinculado à operadora de plano de saúde (a exemplo da cobrança em caráter particular de procedimento cirúrgico coberto pelo plano contratado), assim como os interesses das operadoras (tomando por exemplo o beneficiário que autoriza terceiro realizar caros exames diagnósticos em seu nome); é principalmente a necessidade de se proteger o sistema econômico que rege as relações de consumo havidas nesta seara e o mercado, evitando que o seu desequilíbrio seja de tal monta que gere a sua eventual inviabilidade, trazendo enormes prejuízos não só para a coletividade de beneficiários que deles dependem, mas para a economia do mercado como um

⁵² Ainda que a proteção penal das relações de consumo tenha como corolário assegurar o equilíbrio econômico das relações havidas entre consumidores e fornecedores de serviço, assegurando o desenvolvimento de políticas econômicas imprescindíveis para o mercado, forçoso convir que o consumidor certamente será diretamente beneficiado com uma eventual intervenção do Ministério Público em determinadas relações consumeristas. Assim, ainda que se afirme que o consumidor está sendo mediatizado em prol do consumo como fator econômico estrutural da sociedade pós-industrial, é certo que não ficará em segundo plano, na medida em que a proteção do sistema econômico terá por fim beneficiar a parte mais frágil da relação, ou seja, ele mesmo.

todo, o que se afirma ressaltando a incontroversa incapacidade do Estado em prover sozinho tais serviços⁵³.

Para Sérgio Chastinet Duarte Guimarães, essa situação importa que o consumidor na verdade está sendo mediatizado, e a tutela penal que se lhe estende visa primordialmente proteger um determinado sistema econômico. Nesse sentido, em vez de falarmos em um *direito penal do consumidor*, é mais realista mencionarmos um *direito penal do consumo*, o qual podemos conceituar como o conjunto de normas que regulamentam a tutela penal da funcionalidade do sistema econômico na sociedade pós-industrial, no particular aspecto do consumo de bens e serviços, assegurando a integridade das relações jurídicas que impliquem em tal fato através da proteção dos interesses e direitos da parte considerada, por presunção absoluta, como debilitada nestas relações (consumidor)⁵⁴.

A tutela penal do consumidor visa, portanto, resguardar as relações de consumo, assim entendidas como os vínculos econômicos e jurídicos que se estabelecem entre fornecedores e adquirentes de serviços.

A rigor, a penalização da violação dos deveres que os fornecedores têm para com os consumidores, e destes para com aqueles, assegura a intangibilidade / credibilidade da ordem econômica voltada para a regulação do consumo. Nesse sentido, o autor do crime contra o consumo "lesa o mínimo da relação de confiança exigida pelo legislador nas relações entre produtor e consumidor". Mas as relações de consumo constituem simples bem jurídico mediato, pois o que se está assegurando através da credibilidade da regulação jurídica do tráfico de bens e serviços é o próprio consumo enquanto fato econômico estrutural na sociedade pós-industrial; este é o interesse macroeconômico para o qual se volta a potencialização dos vínculos entre fornecedores e consumidores. Os interesses individuais dos

⁵³ Acerca dos interesses transindividuais (difusos ou coletivos) e ainda dos interesses individuais homogêneos se discorrerá adiante, quando se falar especificamente do grupo de pessoas que certamente será afetado pela intervenção do Ministério Público nas relações de consumo envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde. Por ora, basta afirmar que os interesses difusos indivisíveis pressupõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os interesses coletivos, embora igualmente indivisíveis, se referem a determinado grupo de indivíduos, ligados pela mesma relação jurídica. Já os interesses individuais homogêneos são aqueles que compreendem uma categoria determinável de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, que tenham como origem a mesma circunstância de fato.

⁵⁴ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela Penal do Consumo**: Abordagem dos Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor e do Artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27. dez. 1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 43.

consumidores, como a vida, a incolumidade física e o patrimônio não se incluem nesta específica tutela penal em questão, e tampouco constituem *uma objetividade jurídica secundária*. Os mesmos são diretamente contemplados nas normas dos capítulos do Código Penal referentes aos crimes contra a pessoa (parte especial, título I) e não se confundem com os bens jurídicos coletivos, que se movem no âmbito macrossocial, isto é, do funcionamento do sistema⁵⁵.

Em tese, pode-se afirmar que os crimes contra o consumo são delitos próprios de fornecedores de bens ou de serviços, que só se configuram diante de uma categoria específica de sujeito passivo, que são os consumidores, determinados ou não.

Porém, não há como se ignorar a existência de delitos praticados pelos próprios consumidores que igualmente contribuem para colocar em risco determinada relação jurídica instituída com certos tipos de fornecedores, o que merecerá a respectiva repressão por parte do Ministério Público, atuando, assim, em prol da coletividade e do sistema econômico.

É sob essa ótica que se pretende abordar a questão da proteção jurídico-penal nas relações de consumo, e que independentemente de tentar buscar uma resposta definitiva para os problemas ora suscitados, tem principalmente o interesse de demonstrar que, nada obstante às dificuldades que vêm enfrentando a classe médica como um todo, a prática de fraudes contra planos de saúde não pode ser justificada como forma de superação da baixa remuneração dos honorários médicos, situação esta verificada na grande maioria dos casos.

Ainda, há que se reconhecer que uma intervenção Estatal por intermédio do Ministério Público em tais hipóteses, penalizando os autores dessas espécies de delitos, certamente ensejará maior segurança jurídica às relações estabelecidas entre fornecedores de serviços de saúde e consumidores, eis que funcionará como fator inibidor de tais práticas, assegurando a intangibilidade e credibilidade da ordem econômica voltada para a regulação do consumo.

Parece evidente perceber, não só pela espécie de serviço a qual se está vinculando à proteção penal do consumidor, mas igualmente pela sua fragilidade frente aos agentes do comércio, que o mesmo carece de uma proteção diferenciada,

⁵⁵ GUIMARÃES, Op. cit., p. 44-45.

que, sancionando as condutas praticadas contra a política-econômica, forneça a segurança jurídica necessária à estabilidade do mercado e, conseqüentemente, dos seus interesses.

Um fato que precisa ser levado em consideração quando da opção da análise da questão jurídico penal da proteção dos consumidores qualificados como “beneficiários dos planos privados de assistência à saúde”, refere-se à utilidade dessa modalidade de serviço colocada à disposição da sociedade no mercado.

Se tomarmos por certo que existem determinados bens e serviços que oferecem maior utilidade do que outros, ou pela sua natureza ou até mesmo necessidade, não teremos dificuldade em aceitar que um plano de saúde, frente à incapacidade do Estado em fornecer tal serviço, é certamente um tipo de serviço necessário para que o cidadão sinta-se protegido em sua integridade física e psíquica, vivendo com tranqüilidade e, na certeza de que, fazendo-se necessário socorrer-se de ajuda profissional médica para restabelecer a sua saúde, não ficará a mercê de toda sorte e descasos que circundam os serviços públicos de saúde, tampouco precisará despender vultuosas quantias em caráter particular para custear as despesas médico-hospitalares, cujos custos assistenciais, dependendo do tipo de atendimento e procedimentos que se fizerem necessários, são exorbitantes.

Não se trata aqui de uma necessidade inventada pela mente humana para satisfazer o simples desejo de consumir, mas sim, de uma necessidade vital inerente à própria condição humana, e, assim, imprescindível para a sua existência condigna⁵⁶.

Ainda que se queira argumentar sobre ser ou não o serviço prestado na área da saúde privada de caráter essencial, parece fácil perceber que a falibilidade do Estado em atender tal demanda acabou por si só tornando-o indispensável aos interesses da coletividade, e, dessa forma, as fraudes praticadas dentro do sistema que coloquem em risco essa modalidade de prestação de serviço merecem ser coibidas com o devido rigor⁵⁷, aplicando-se assim as sanções correspondentes.

⁵⁶ Tal circunstância nos parece, por si só, suficiente para justificar a necessidade da intervenção do Ministério Público nessas relações de consumo, assegurando o equilíbrio econômico do sistema, e conseqüentemente, dos consumidores.

⁵⁷ Acerca da criminalização de determinadas condutas praticadas nas relações consumeristas, vale colacionar o dos dizeres de Mário Ferreira Monte, que citando Figueiredo Dias e Costa Andrade, menciona que “a criminalização ou, *rectius*, neocriminalização ocorre quando se criam novos tipos de crimes ou quando se passam a qualificar como crimes condutas que, até aí, eram qualificadas como

O que se quer, portanto, é demonstrar a aplicação do direito penal na proteção das relações havidas entre fornecedores e consumidores de serviços, através daquele serviço que, por sua natureza, bem demonstre essa necessidade, uma vez que os interesses envolvidos e o bem jurídico a ser tutelado reclamam essa providência por parte do Estado, e o que por certo outorgará a outras normas do Código de Defesa do Consumidor a respectiva efetividade.

outros ilícitos. São, no fundo, função de exigências impostas pelo progresso técnico, econômico – social, político e cultural que impõem ao direito penal a tarefa de proteger determinados bens jurídicos tidos como fundamentais. Exemplo do movimento de neocriminalização ocorreu em Portugal, com a aprovação do Decreto-Lei 28/84, de 20 de Janeiro, denominado Infracções anti-económicas, que, situando-se no domínio do direito penal econômico, trouxe à luz algumas infracções (como crimes ou como contra-ordenações), das quais um certo número se situam no âmbito dos processos de incitamento ao consumo (p. Exemplo, o art. 40º - publicidade fraudulenta -, o art. 62º - envio de bens não encomendados – e o art. 72º - violação da confiança em matéria de saldos e práticas semelhantes).” MONTE, Op. cit., p. 22-23.

3. DA NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL

3.1 Razões para uma abordagem sob a ótica das operadoras de planos privados de assistência à saúde

A delimitação da questão da proteção penal do consumo envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde tem por escopo abordar a aplicação dessa modalidade de tutela tendo por base a proteção de um serviço cujo objeto a ser tutelado, por si só, justifica a necessidade de uma intervenção penal, com todas as suas peculiaridades.

Acredita-se, desta forma, que a restrição da questão, considerando as especificidades dessa modalidade de serviço, permitirá melhor analisá-la e explicitá-la, possibilitando, àqueles que assim o desejarem, que se faça um estudo análogo da aplicação da tutela penal cabível a essa modalidade de serviço para outros tantos colocados à disposição dos consumidores no mercado, apontando suas características, peculiaridades e vicissitudes que porventura possam reclamar essa tutela por parte do Estado.

A opção pela modalidade de serviço ofertado pelas operadoras advém principalmente dos problemas atualmente verificados, envolvendo os pactos negociais celebrados nesse âmbito de atuação, e que se referem a ambas as partes da relação jurídica, ou seja, fornecedores e consumidores, pois dependendo do tipo de infração praticada e sua extensão, podem facilmente colocar em risco a sustentabilidade de todo o sistema, inviabilizando a alternativa que restou tanto aos profissionais médicos como aos próprios pacientes de trabalharem e serem atendidos dignamente.

Assim, impõe-se outorgar uma proteção penal às relações jurídicas de consumo havidas entre operadoras e beneficiários, já que o simples tratamento da questão sob o ponto de vista civil (através da reparação patrimonial dos prejuízos causados e suportados) e administrativo (mediante a aplicação de sanções internas aos infratores – médicos e beneficiários) não têm se mostrado eficaz para minimizar ou inibir completamente as práticas fraudulentas normalmente utilizadas para a angariação de alguma vantagem econômica.

Muito pelo contrário, é justamente a certeza da impunidade que incentiva os infratores a praticar todos os tipos imagináveis de fraudes, que vão desde a conduta do médico de cobrar procedimentos para os quais os beneficiários não foram submetidos, até o empréstimo – pelo beneficiário - da carteira do plano a terceiro estranho à relação jurídica instituída com a operadora, fazendo com que esta suporte um ônus para o qual se desobrigou contratualmente⁵⁸, e, portanto, gastando mais do que arrecada da massa de beneficiários.

Considerando as questões ora suscitadas, é necessário reconhecer que frente à falibilidade do Estado em garantir a prestação de serviços dessa natureza, aqueles prestados pelas operadoras são essenciais para uma parcela significativa da população que pode arcar com tais custos⁵⁹, e seus contratos são instrumentos que geram relações jurídicas de natureza consumerista que, por sua vez, produzem efeitos jurídicos que reclamam tal estudo, e porque já não dizer, essa proteção penal por parte do Estado, ciente da sua incapacidade material em atender sozinho tal demanda.

O que se deve ter em mente, contudo, é a delimitação do tema de modo a apontar, senão todas, pelo menos a maior parte das fraudes mais comuns

⁵⁸ É interessante ressaltar que, exatamente como se afirma, as operadoras fazem constar nos instrumentos contratuais que celebram com os beneficiários, cláusulas que as desobrigam de garantir a cobertura de procedimentos médico-cirúrgicos a terceiros estranhos à relação jurídica instituída com o beneficiário e seus dependentes. Mais, há expressa previsão de que tal prática, uma vez constatada e comprovada, autorizará a operadora a cancelar o plano de saúde contratado, sem prejuízo das medidas legais cabíveis à hipótese, o que, ainda assim, não é suficiente para desmotivar a prática da conduta infracional. Nesse sentido, há registros de beneficiários que, mesmo não sendo portadores de patologias graves ou terem se submetido a tratamento cirúrgico, conseguem sozinhos gerar despesas mensais na ordem de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) às operadoras, tão somente em consultas e exames clínicos, o que somente corrobora com o afirmado, especialmente se considerarmos que alguns desses beneficiários são dependentes de planos empresariais, e não se ausentaram do trabalho um dia sequer para se submeterem a tais procedimentos.

⁵⁹ Fernanda Schaefer aponta em recente estudo acerca dos planos privados de assistência à saúde, que uma pesquisa encomendada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstra a demanda pelos serviços de saúde no país, a vulnerabilidade do sistema e a carência no atendimento dessa procura.

O Estudo efetuado em 1998 estimou em 158,2 milhões o número de pessoas residentes no Brasil. Concluiu que as necessidades em saúde têm um padrão de distribuição segundo a idade em J, ou seja, as pessoas apresentam mais problemas de saúde no início e no fim de suas vidas, informação que tem grandes reflexos no sistema privado, pois, com base nela, as operadoras justificam o reajuste de mensalidades por mudança de faixa etária. Observou, também que as queixas referentes a problemas de saúde diminuem à medida que a renda familiar aumenta.

Estimou-se que 24,5% (39 milhões de pessoas) da população brasileira possui plano de saúde ou está coberta por instituto patronal de assistência ao serviço público civil ou militar, ou seja, aproximadamente 75,5% da população ainda se socorre do Sistema Único de Saúde. Dessa população, apenas 112,6 milhões (71,2%) têm acesso a um serviço de uso regular (Posto ou Centro de Saúde, Ambulatórios, etc.). SCHAEFER, Op. cit., p. 28-29.

praticadas perante as operadoras de planos privados de assistência à saúde⁶⁰, e que afetam não só o sistema econômico no qual estão inseridas tais empresas, como também aqueles que são diretamente prejudicados por quaisquer variações de preço e qualidade do serviço, ou seja, os médicos que dependem das operadoras para atuarem no mercado de trabalho em melhores condições do que aquelas ofertadas pelo SUS, e os beneficiários que não almejam enfrentar situações de periclituação da vida, igualmente reféns do famigerado órgão público.

Mas não é só isso, pois se assim o fosse, certamente se poderia contrargumentar dizendo que um estudo genérico acerca da tutela penal do consumo em relações que envolvam um prestador de serviço qualquer atenderia às necessidades do estudo proposto e igualmente forneceria subsídios para uma eventual aplicação prática nos mais diversos serviços colocados à disposição dos consumidores no mercado.

Contudo, sobrelevando a natureza jurídica dos pactos dessa natureza, fica fácil perceber a importância de abordar a questão tomando por base um serviço cuja indisponibilização no mercado seria capaz de gerar um colapso em todo o sistema

⁶⁰ Com base nas informações recolhidas no setor, a ANS definiu 8 modalidades de operadoras, assim classificadas: administradoras, cooperativas médicas, cooperativas odontológicas, instituições filantrópicas, autogestões (patrocinadas e não patrocinadas), seguradoras especializadas em saúde, medicina de grupo e odontologia de grupo. Divididas em três grandes grupos, interessam ao presente estudo o seguro-saúde, o plano de saúde e os autogestões. O seguro-saúde é a modalidade mais antiga de assistência privada à saúde praticada no Brasil, caracterizando-se pela cobertura de riscos mediante o pagamento pelo segurado de prestações mensais (prêmios), e possibilitando a livre escolha do profissional e prestador de serviço, sendo-lhe assegurado o reembolso pela seguradora dos valores despendidos com o atendimento. Atualmente, considerando o aumento excessivo dos custos assistenciais de saúde, a maioria das seguradoras está vinculando o atendimento a uma rede pré-determinada de médicos e hospitais, a qual se encontram vinculados os pactos negociais celebrados com os segurados. Os planos de saúde por sua vez, são organizados em convênios de saúde ou cooperativas médicas, sendo esta última a de maior relevância no cenário nacional, tanto pelo porte das operadoras como pela forma, extensão, e qualidade dos atendimentos despendidos aos beneficiários. Caracterizam-se pela captação de recursos financeiros dos beneficiários para custeio das despesas médico-hospitalares da coletividade de consumidores que fazem parte do grupo de beneficiários, sendo os serviços prestados por rede própria ou contratada. São comercializados sob a forma de pré-pagamento, através do qual o beneficiário paga mensalmente uma prestação para ter direito a utilização dos serviços colocados a sua disposição, ou sob a forma de co-participação nas despesas médicas, ou seja, além do beneficiário pagar mensalmente pelo serviço (porém em montante muito aquém do valor pago a título de pré-pagamento), ainda contribui financeiramente com um percentual definido em contrato nas despesas médico-hospitalares que gerar para a operadora. E finalmente e não menos importante, as empresas de autogestão, que nada mais são do que aqueles planos criados por uma ou mais empresas privadas, para prestar auxílio saúde aos seus funcionários e afins (dependentes, aposentados, ex-empregados, etc.). Sua principal característica é que a sua personalidade jurídica não difere da empresa que a constituiu, competindo a estas a sua administração. Os serviços são prestados por hospitais próprios, sendo-lhes vedada a prestação dos serviços por hospitais terceirizados. Disponível em: <www.ans.gov.br> Acesso em: 15 nov. 2006.

econômico no qual se encontra inserido, trazendo prejuízos de proporções avassaladoras aos cidadãos de um modo geral - tanto beneficiários como aqueles que não o são, na medida em que geraria um aumento da demanda para o Estado com a qual não poderia suportar; sem olvidar a classe médica como um todo, que sem as condições mínimas para atender e sem a contraprestação adequada, não conseguiria sobreviver com os valores angariados do SUS e de poucos atendimentos realizados em caráter particular, que estão cada vez mais escassos em razão dos custos assistenciais da saúde.

Assim, o que se tem em mente quando se fala de uma proteção penal do consumidor, em especial dos beneficiários dos planos privados de assistência à saúde, é a necessidade de outorgar a estes e respectivos fornecedores, uma proteção diferenciada, levando-se em conta os problemas gerados pelas infrações praticadas, a natureza jurídica dessas e o bem jurídico a ser tutelado, como inicialmente mencionado.

Outro aspecto que denota a importância de um estudo dirigido a esta categoria de consumidores e fornecedores de serviços, refere-se aos interesses envolvidos, que evidentemente não são individuais, uma vez que não interessam apenas a determinados fornecedores e consumidores individualmente considerados, mas sim, supra-individuais ou meta-individuais, já que por vezes apresentam-se como difusos e outras vezes como coletivos⁶¹.

⁶¹ O parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor trata não mais daquele determinado e individualmente considerado consumidor, mas sim de uma *coletividade de consumidores*, sobretudo quando *indeterminados* e que tenham intervindo em dada relação de consumo. Assim, segundo o Professor Waldírio Bulgareli, o consumidor pode ser considerado como “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos”, conceituação tal que, como se observa, não se ocupa apenas da aquisição efetiva de produtos e serviços, mas também com a potencial aquisição dos mesmos. Dessa forma, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a *universalidade, conjunto* de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo *grupo, classe ou categoria deles*, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se *previna*, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis.

As circunstâncias de tutela coletiva do consumidor ficam ainda mais evidentes quando se levam em consideração, por exemplo, os danos causados por um produto alimentício ou medicinal nocivo à saúde, ou então por um automóvel com graves defeitos de fabricação no sistema de freios, ficando as vítimas em situação de total impotência e desamparo, não somente em face de sua condição de

No caso em tela, por se tratar de relação de consumo estabelecida através de contrato, mais facilmente se apresenta a identificação dos infratores, do dano específico e das vítimas, o que igualmente corrobora que haja uma intervenção penal nas relações dessa natureza, e para a qual as normas de proteção dos interesses dos beneficiários e fornecedores serão no sentido de evitar que tais danos sejam efetivamente produzidos, ou seja, dar-se-ão, principalmente, em caráter preventivo.

3.2 Análise da questão à luz do direito penal econômico de *per si*

Sabe-se que o direito do consumo refere-se tanto ao conjunto de normas jurídicas com vistas à proteção dos consumidores propriamente ditos, como destinadas à regulamentação jurídica das relações estabelecidas entre estes e os fornecedores de bens e serviços.

Se levar em conta tão somente o caráter protetivo de tais mandamentos, se verificará a existência de normas jurídicas com caráter eminentemente sancionatório, podendo algumas vezes ser penais, para-penais ou extrapenais.

No tocante às normas de caráter penal, para que seja possível enquadrá-las às hipóteses apresentadas, faz-se necessário verificar se está diante de atos

inferioridade ante o fornecedor, como igualmente pelos frágeis instrumentos de defesa de que dispõem, fragilidade essa demonstrada pela exigência até hoje de demonstração do dano sofrido, e do nexo causal entre o dano e o produto ou serviço e, o que é ainda mais angustiante, a culpa residente em negligência, imprudência ou imperícia do mesmo fornecedor.

Essa idéia fica ainda mais clara se se tiver em conta à classe dos chamados *interesses difusos*, expressamente tratados no inc. I do art. 81 do Código do Consumidor, e “assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Para o prof. José Carlos Barbosa Moreira, tais interesses caracterizam-se, em primeiro lugar, por uma pluralidade de titulares, em número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável; em segundo lugar, pela indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto, e cuja postergação todos em conjunto prejudica.

Não se pode olvidar, porém, de que a acepção *coletiva* dos interesses ou direitos do consumidor comporta duas categorias, quais sejam, a dos chamados “*interesses ou direitos coletivos propriamente ditos*” e “*interesses individuais homogêneos de origem comum*”. Enquanto os sobreditos “interesses ou direitos difusos” são aqueles que pertencem a um número indeterminado de titulares, sendo ainda indivisíveis na medida em que, se algo for feito para protegê-los, todos aqueles titulares se aproveitarão, mas sairão prejudicados em caso contrário, os “*interesses coletivos*” são, é certo, *indivisíveis* assim como os primeiros, mas pertencem desta feita a um *número determinado de titulares* (grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou à parte contrária por uma relação jurídica base). No que diz respeito aos “interesses individuais homogêneos de origem comum”, vale dizer que não passam, na verdade, de *interesses ou direitos individuais*, mas tratados de forma coletiva. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 34-38.

econômicos e se os interesses e bens jurídicos a serem tutelados são essencialmente supra-individuais.

Nesse sentido, vale considerar que os atos de consumo⁶² nada mais são do que atos econômicos, pois se por um lado se estabelecem no desempenho de atividades profissionais ou econômicas, por outro implicam prestações e contraprestações patrimoniais no âmbito da vida econômica da sociedade, ou seja, prestações econômicas⁶³.

Portanto, os atos de consumo dizem respeito à ordem sócio-econômica, fazendo parte da vida econômica (uma vez que são realizados por agentes econômicos), e prescindem de normas que os regulamentem, o que nos permite afirmar que são parte integrante daquilo que conhecemos por direito econômico.

Nesse sentido, Klaus Tiedemann ensina que "el Derecho económico está formado por el conjunto de aquellas normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos. Para distinguir estos delitos de los que corresponde al Derecho penal patrimonial se halla la exigencia del bien jurídico colectivo o supraindividual (social), aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del particular, consumidor o competidor".⁶⁴

Assim, existem normas sancionatórias que, atentando ao direito penal e visando proteger a ordem econômica, formam o chamado *direito penal econômico*, que diante da natureza da infração e do objeto jurídico a ser tutelado, ora visará proteger a ordem econômica em seu sentido estrito, ora terá condão de proteger as relações de produção, distribuição e consumo de bens e serviços – sentido *latu*.

Como as relações de consumo são obrigatoriamente relações econômicas, as infrações praticadas no âmbito das relações consumeristas fatalmente afetarão a ordem econômica na qual estão inseridas, o que, conseqüentemente, permite concluir que as infrações desenvolvidas na esfera consumerista integrarão o direito penal econômico em seu sentido amplo⁶⁵.

⁶² Por ato de consumo deve-se entender o ato jurídico ou material que, alcançando o destino final do bem de que é objeto, esgota total ou parcialmente o valor econômico e promove geralmente a sua retirada definitiva ou temporal do mercado. MONTE, apud BOURGOIGNIE, Thierry. Op. cit., p. 35.

⁶³ Ibid., p. 36.

⁶⁴ TIEDEMANN, KLAUS. El Concepto de Derecho Economico, De Derecho Penal Economico y de Delito Economico. **Cuadernos de Política Criminal**, Caracas, n. 28, p. 73-74, 1986.

⁶⁵ Na verdade impõe reconhecer, para efeito de proteção penal, a noção de ordem econômica *latu sensu*, apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na

Vale ressaltar que o direito penal econômico está vocacionado a tutelar os interesses supra-individuais, ainda que, eventualmente, tal tutela venha referendar a proteção jurídico-penal dos cidadãos individualmente considerados.

O que se quer dizer é que, embora o direito penal econômico tutele os interesses dos particulares de *per si*, é na esfera da coletividade (supra-individualidade) que ganhará notoriedade, mesmo que neste caso concorra o interesse do particular.

Tal se verifica especialmente nas infrações cometidas nas relações de consumo, onde melhor se percebe a característica da supra-individualidade da proteção penal-econômica a que se está referindo.

É nesse sentido que as infrações praticadas por fornecedores e beneficiários das operadoras de planos privados de assistência à saúde se integram ao direito penal econômico, ou seja, em sentido amplo, justamente por dizer respeito às relações econômicas estabelecidas na produção, distribuição e consumo de bens e serviços, conforme anteriormente mencionado.

Dessa forma, o direito penal econômico será formado pelo conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção e da fabricação e distribuição de bens econômicos. E, para distinguir estes delitos dos que correspondem ao direito penal patrimonial, faz-se prevalecer o bem jurídico coletivo ou supra-individual (social), ainda quando se alude, concretamente, à proteção do indivíduo, consumidor ou concorrente⁶⁶.

economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo.

Assim, a tutela penal se endereça às atividades realizadas no âmbito econômico, e, de certo modo, no empresarial. Isso porque a atividade econômica e a atividade empresarial se imbricam mutuamente, sendo certo que o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos – v.g., a livre concorrência -, e meio-ambientais, mas também sobre outros de diferente natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de atividade econômico-empresarial.

Esse conceito de ordem econômica acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supra-individual, genericamente considerado (*bem jurídico categorial*), o que por si só não exclui a proteção de interesses individuais. Além disso, em cada tipo legal de injusto há um determinado bem jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supra-individual), *diretamente* protegido em cada figura delitiva. Tal concepção fundamenta em sede penal um conceito *amplo* de delito econômico, mas não totalizador ou amplíssimo. PRADO, Op. cit., p. 28.

3.3 Enquadramento do tema no direito penal administrativo

Antes de se analisar as infrações (fraudes) praticadas nos planos privados de assistência à saúde propriamente ditas, faz-se necessário verificar os seus impactos para além da abordagem meramente econômica, pois como se pôde perceber até o presente momento, os interesses envolvidos nas relações instituídas entre os beneficiários e as operadoras de planos privados de assistência à saúde envolvem também outros aspectos, e que dizem respeito principalmente aos fatores psico-fisiológicos dos beneficiários, como a saúde, a integridade física e moral, e também outros de diversa natureza, como a informação, sanidade, segurança, etc.

Tomando-se a questão sob este ponto de vista, já se percebe que as fraudes praticadas no âmbito das relações jurídicas de natureza consumerista, envolvendo beneficiários e operadoras de planos de saúde, não serão tratadas exclusivamente pelo direito penal econômico de *per si*, mas prescindirão, todavia e considerando tais aspectos, de um conjunto normativo ligado à ordem pública capaz de tutelar tais direitos.

Está se referindo aqui ao “direito penal administrativo”, que visa tutelar todas as infrações de interesses das mais variadas espécies, que por dizerem respeito a interesses e direitos que se distinguem dos direitos subjetivos propriamente ditos, e por se ligarem à atividade administrativa, implicam sanções criminais administrativas.

Hely Lopes Meirelles, parafraseando Renato Alessi⁶⁷, leciona que:

Subjetivamente, a Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e objetivamente é a expressão do Estado agindo *in concreto* para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social. Na amplitude desse conceito entram não só os órgãos pertencentes ao Poder Público como, também, as instituições e empresas particulares que colaboram com o Estado no desempenho de serviços de utilidade pública ou de interesse coletivo, ou seja, a Administração centralizada (entidades estatais) e a descentralizada (entidades autárquicas, fundacionais e empresariais) e os entes de cooperação (entidades paraestatais).

Desse conceito, fica fácil perceber que a atividade da administração se desenvolve em vários ramos da vida do cidadão, como a cultura, a educação, a

⁶⁶ MONTE, Op. cit., p. 43.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. 30 ed. p. 84.

economia, a saúde; sendo parte integrante do mesmo as empresas particulares que desenvolvem atividades de utilidade pública em conluio com o Estado, colaborando na realização da sua função social.

Verifica-se, assim, que as atividades desenvolvidas pelas empresas privadas subsidiariamente ao Estado constituem-se em verdadeiras relações consumeristas que, por vezes, apresentam aspectos intrínsecos de tal importância, que acabam por deixar de lado as peculiaridades econômicas da qual se revestem – a exemplo daquelas que prestam serviços na área da saúde – e cuja preservação se apresenta mais relevante que os interesses econômicos que derivam das relações de consumo havidas em sua decorrência.

É neste sentido que se percebe a necessidade de intervenção das normas administrativas com vistas a regular esses interesses, transparecendo aí o caráter sancionatório a que se referiu anteriormente, na medida em que, além de regular tais relações, as normas administrativas de cunho penal irão reprimir as infrações cometidas em relação a esses ramos, utilizando para isso as penas referendadas pelo direito penal administrativo⁶⁸.

Contudo, há que se ter em mente a impossibilidade de se diferenciar o âmbito de atuação do direito penal econômico (tomado como repressor de violações à ordem econômica), do direito penal administrativo (repressor às violações à ordem social), porquanto coexistem e relacionam-se entre si, fazendo parte da mesma ordem pública.

⁶⁸ No Código de Defesa do Consumidor, o capítulo relativo às sanções administrativas, em sua integralidade, é constituído por normas gerais de consumo, cujo destinatário é o legislador, e não o consumidor ou o fornecedor de serviços. O Estatuto do Consumidor se propôs, nesta sede, estabelecer um mínimo de disciplina e de critérios, de observância obrigatória para o Poder Público, em qualquer nível de governo.

Ninguém ignora que, tanto na esfera federal como na estadual e municipal, inúmeros textos normativos – em grande parte expressivos do poder de polícia – regulam toda sorte de atividade do Poder Público, concernentes à saúde, à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à tranqüilidade pública, ao urbanismo, à edificação e parcelamento do solo urbano, à fiscalização de gêneros alimentícios, inclusive à disciplina da produção e do mercado de consumo. Esse microsistema é que introduz no ordenamento jurídico pátrio os “deveres administrativos”, vale dizer, os deveres dos administrados para com as entidades públicas federais, estaduais e municipais, os quais, violados, ensejam a aplicação das correspondentes sanções administrativas. (...)

O ordenamento jurídico – segundo Bobbio – além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo de produção das normas. Equivale a dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa. Assim sendo, ao lado das normas de conduta, dirigidas aos súditos da nação, podemos surpreender as normas procedimentais de elaboração normativa, destinadas aos próprios legisladores. DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 571-577.

Na verdade, ambos coexistem para o fim de atender a "ordem sócio-econômica", razão pela qual se admite falar em um *direito penal administrativo econômico*, ou seja, que regule as atividades desenvolvidas no âmbito da administração, e que ao mesmo tempo reprima e penalize as infrações praticadas no tocante a essas atividades administrativas⁶⁹.

Dessa forma, não há como afastar a idéia de aplicação de um direito penal administrativo econômico às infrações praticadas nas relações de consumo envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde, pois além de se referirem a um bem jurídico de natureza supra-individual e econômica, inserem-se nos valores sócio-econômicos que competem ao direito penal administrativo econômico resguardar.

Como o serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde se enquadra no conceito de ato de consumo⁷⁰, este entendido como um ato econômico que se estabelece no desempenho de atividades profissionais ou econômicas e implicam em prestações econômicas; e sendo esse o ato final de consumação de um processo econômico, que se inicia com a "venda do plano de saúde pelas operadoras que atuam no mercado, e terminam com a contratação desse serviço pelos consumidores"; presentes estão todos os aspectos referentes à relação de consumo, tutelados pelo direito penal administrativo, que sempre se relacionará com o direito penal econômico, simplesmente por dizer respeito à ordem econômica.

Há que se ter em mente, porém, que as infrações a que aludimos anteriormente não serão praticadas em decorrência da relação de consumo havida entre as operadoras privadas de saúde e os consumidores dessa modalidade de serviço, e para as quais aplicar-se-iam simplesmente as disposições legais

⁶⁹ De acordo com os ensinamentos de Figueiredo Dias, o interesse em "pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social" levou ao "aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal *extravagante acessório ou secundário*", cabendo a prossecução de tais fins à *administração*, o que nos leva a poder inteligir, de acordo com o seu pensamento, que, punindo-se com penas a violação às ordenações da administração, daí advém o direito penal administrativo.

Tais intervenções estendem-se por vários domínios, entre os quais o da *economia* aparece como objecto de maior intervenção, suscitando o aparecimento do direito penal econômico, precisamente em razão da matéria regulamentada, mas, também, do direito penal administrativo, já que são ordenações da administração, com vista à prossecução de fins sociais (ainda que de cariz econômico), que estão em causa. O que significa, em rigor, tal como conclui Figueiredo Dias, que estamos em presença do direito penal administrativo econômico ou, *rectius*, do direito penal secundário. MONTE, Op. cit., p. 46-47.

⁷⁰ Vide pág. 27.

elencadas pelo próprio Código de Defesa do Consumidor em seu Capítulo VII, como até agora se sustentou.

Isso porque, para as fraudes inicialmente mencionadas, as operadoras de planos privados são - a despeito da coletividade de beneficiários que desse serviço se utilizam, as principais vítimas dos delitos praticados por alguns profissionais médicos e alguns beneficiários, sofrendo diretamente as conseqüências dos atos ilícitos praticados pelos mesmos.

Considerando que na tutela penal do consumo o consumidor foi mediatizado em prol da preservação da ordem sócio-econômica, e considerando que os ilícitos praticados afetam diretamente as operadoras de planos privados de assistência à saúde, as normas penais administrativas referendadas no Código de Defesa do Consumidor não serão aplicadas às infrações praticadas pelos médicos conveniados e pelos beneficiários dos planos, pois ainda que se refiram a fatos envolvendo fornecedores e consumidores de uma espécie bem definida de serviço, não decorrem diretamente da relação de consumo havida entre a operadora e o beneficiário, e sim, de circunstâncias adjacentes a essa relação, mas que nela diretamente influenciam.

Em outras palavras, não se tratam de infrações praticadas pelo fornecedor no desenvolvimento da sua atividade econômica em prejuízo da coletividade de consumidores que dele se utilizam, mas sim, de delitos cometidos por pessoas que fazem parte dessa relação, e que prejudicam não apenas uma das partes, mas ambas, decorrendo daí o caráter penal-econômico dessas infrações.

Veja-se que para a maciça doutrina consumerista, os crimes cometidos dentro das relações de consumo têm como sujeito ativo sempre o fornecedor de produtos ou serviços, sendo o consumidor, como parte hipossuficiente da relação, sempre o sujeito passivo de tais delitos.

É o que nos demonstra Sérgio Chastinet Duarte Guimarães, quando afirma que “os crimes contra o consumo são delitos próprios de fornecedores de bens ou de serviços, que só se configuram diante de uma categoria específica de sujeito passivo, que é a dos consumidores, determinados ou não. Por isso a qualidade dos respectivos sujeitos constitui circunstância elementar implícita de todos os tipos de

injusto contra o consumo, devendo, como tal, estar compreendida pelo dolo, sendo sempre essencial o erro a seu respeito⁷¹.”

Ocorre que, em relação às fraudes praticadas por alguns médicos conveniados às operadoras de planos de saúde e alguns beneficiários, não há que se falar em responsabilização das operadoras de planos privados de saúde pelos delitos praticados⁷², uma vez que, nada obstante, tais fraudes repercutam na esfera jurídica dos beneficiários que fazem parte dos planos de determinada operadora, essas são as que suportam diretamente os prejuízos financeiros decorrentes dos ilícitos cometidos, ou seja, são as potenciais vítimas de tais delitos praticados tanto pelos médicos que as compõem, como pelos beneficiários que dela se utilizam.

As infrações, nesse sentido, afetam a relação jurídica de consumo existente entre operadoras e beneficiários como um todo (unitariamente), e não apenas uma parte em detrimento da outra.

Assim, a tutela penal almejada visará resguardar a ordem sócio-econômica da qual fazem parte as operadoras de planos privados de assistência à saúde, e não os interesses de apenas uma das partes dessa relação jurídica, a exemplo dos consumidores, como comumente se verifica.

Ademais, considerando a natureza jurídica das fraudes cometidas e a sua tipificação no ordenamento jurídico pátrio, sem olvidar que os delitos tipificados no art. 61 e ss. do Código de Defesa do Consumidor não excluem outros crimes contra as relações de consumo, aplicar-se-ão às espécies de fraudes praticadas pelos médicos e beneficiários em detrimento das operadoras os dispositivos elencados no Código Penal e legislação especial ou extravagante, que bem se prestam a tutelar a violação dos direitos e interesses derivados das relações de consumo dessa

⁷¹ GUIMARÃES, Op. cit., p. 48.

⁷² As leis penais de proteção ao consumo vigentes no Brasil não prevêm a responsabilização da pessoa jurídica, o que encerra a controvertida questão mediante simples aplicação do princípio da reserva legal. Dessa forma somente a pessoa natural pode ser autora de crime contra o consumo. Nos casos em que o delito for cometido por intermédio da pessoa jurídica, a autoria recairá sobre quem dominar a realização da conduta típica, seja exercendo a administração da empresa ou executando as tarefas comunitárias. Para essa definição serão de especial importância os princípios que regem a possibilidade de imputação objetiva e, evidentemente, o dolo, pois a responsabilidade penal é sempre subjetiva em nosso ordenamento. A autoria mediata é possível, sempre que o executor do crime contra o consumo agir como mero instrumento para a realização da conduta do fornecedor. A regra geral é que todas as pessoas físicas que contribuem para a colocação de determinado produto ou serviço no mercado, desde o produtor ao comerciante, são consideradas fornecedoras e portanto poderão figurar como autoras de crimes contra o consumo. *Ibid.*, p. 50.

natureza, e que afetam toda a ordem sócio-econômica na qual estão inseridas as operadoras de planos privados de assistência à saúde.

4. A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS ENVOLVENDO AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

4.1 A atuação do Ministério Público na fiscalização e repressão de práticas ilícitas envolvendo a prestação de serviços privados de saúde

Mencionou-se anteriormente que, em razão da espécie de serviço a que estão vinculadas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como o objeto jurídico a ser tutelado e a natureza jurídica das relações instituídas em sua decorrência, as mesmas reclamam uma proteção diferenciada por parte do Estado (tutela penal), através da qual se irá proteger a ordem sócio-econômica e os interesses econômicos dela decorrentes, sancionando as condutas atentatórias à política econômica e fornecendo segurança jurídica aos pactos negociais dessa natureza.

Ressaltou-se, ainda, que a tutela penal reclamada pelas operadoras e beneficiários encontra fundamento também na utilidade desse serviço colocado à disposição dos cidadãos, já que frente à incapacidade do Estado, as operadoras acabaram se sub-rogando na obrigação de prestar tais serviços à significativa parcela da população, especialmente àqueles que detêm poder econômico para tanto, e não precisam ficar à mercê do afamado e ineficiente Sistema Único de Saúde - SUS.

Ainda, ponderou-se sobre os riscos que as fraudes cometidas perante as operadoras de planos de saúde - tanto pelos médicos que a compõem, como pelos beneficiários que delas se utilizam - podem causar a toda a coletividade de beneficiários que a integram, bem como àqueles que delas não fazem parte, mas que certamente sofrerão de forma indireta as conseqüências decorrentes da falência do sistema, uma vez que as dificuldades já enfrentadas pelo SUS para prestar os serviços de sua competência seriam majoradas com um eventual aumento da demanda.

Tais considerações parecem por si só suficientes para se fazer acreditar que as fraudes praticadas nas relações de consumo envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde, e que afetam o seu equilíbrio financeiro e

funcional, merecem ser coibidas com rigor e severidade, visando proteger não só a ordem econômica na qual estão inseridas tais operadoras, mas aqueles que se beneficiam diretamente dessa modalidade de serviço subsidiariamente prestado em relação ao Estado.

Resta evidente, portanto, que os interesses envolvidos e o bem jurídico a ser tutelado reclamam essa proteção por parte do Estado, que não pode ficar inerte frente às circunstâncias econômicas e aos interesses jurídicos envolvidos, e o que se dará através da intervenção do Ministério Público sempre que se verificar a ocorrência de qualquer ilícito envolvendo tais pactos negociais.

Nesse sentido, não há como se negar que é justamente a falta de medidas repressoras em relação aos ilícitos penais praticados nas relações de consumo, envolvendo os médicos e beneficiários dos planos de saúde, que funciona como fator estimulador de tais práticas, sendo a certeza da impunidade o principal incentivador da repetição desses ilícitos tanto por médicos como por beneficiários, que, quando são descobertos, não repercutem mais que na esfera administrativa interna das operadoras e, ainda assim, com pouco resultado prático.

Um exemplo clássico dessa inobservância dos preceitos legais vigentes, e que se enquadra perfeitamente à hipótese mencionada, é a falsificação da assinatura de beneficiários em planilhas de consulta médica sem a contraprestação do serviço médico correspondente, impondo às operadoras o dever de custear um procedimento para qual o beneficiário não foi submetido, o que, além de contribuir para o significativo aumento das despesas dos planos de saúde, produzirá reflexos negativos quando do cálculo do percentual de reajuste a ser aplicado aos contratos, que dentre outros fatores, leva em conta o índice de utilização do plano pela massa de beneficiários que dele fazem parte.

Nos moldes acima mencionados, caracterizada está a tipicidade da conduta praticada pelo profissional médico no exercício da sua função, prevalecendo-se da sua condição de superioridade em relação ao paciente para a angariação de vantagem econômica às custas desse e da operadora à qual está vinculado, e que

se encontra capitulada no art. 171 do Código Penal, combinado com a súmula n.º 17 do STJ⁷³.

Ainda que tal iniciativa pareça repercutir pouco no patrimônio das empresas de planos privados de assistência à saúde, a verdade é que vem contribuindo seriamente para o seu desequilíbrio econômico, podendo, em conjunto com outros ilícitos e fatores que envolvem o sistema, colocar em colapso essa prestação de serviço disponibilizada à população.

Para se ter uma idéia do potencial ofensivo de tal conduta e de seus reflexos no equilíbrio financeiro das operadoras de planos privados de assistência à saúde, basta imaginar a sua reiterada prática num universo de aproximadamente 380.000 beneficiários, e envolvendo aproximadamente 4.000 médicos conveniados que, teoricamente, realizam uma média mensal de 235.000 consultas (ou 7.833 consultas por dia)⁷⁴.

Se levar em conta que pelo menos 1/3 dessas consultas não foi efetivamente realizada, ter-se-á condições de vislumbrar o impacto econômico que gerarão aos cofres das operadoras, o que, somado a outros fatores que interferem diretamente no seu equilíbrio financeiro, certamente contribuirão para a inviabilização do sistema.

Outro exemplo de fraude praticada por médicos em prejuízo das operadoras de planos privados, e que bem retrata o leque de artifícios utilizados para a angariação de vantagem econômica às custas das operadoras, é a alteração da prescrição de prontuário médico cirúrgico para o recebimento de honorários médicos diferenciados, a exemplo da cobrança de procedimento cirúrgico oftalmológico binocular (em ambos os olhos do paciente) em beneficiário enucleado (ou seja, sem um olho).

⁷³ Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.
Súmula nº 17 do STJ – Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

⁷⁴ Os números referendados são baseados no volume de atendimentos prestados por uma das operadoras de planos privados de Curitiba, e que atualmente é a maior operadora de planos privados de assistência à saúde do Estado do Paraná. Não somente pelo porte da operadora, mas pela sua liderança no mercado de planos privados de assistência à saúde é que se preferiu exemplificar a questão referendando os números praticados pela mesma.

São situações que somente puderam ser conhecidas pelas operadoras graças à criação dos planos chamados “co-participação”, assim entendidos como aqueles em que além da contraprestação mensal devida pela contratação do serviço, o beneficiário participa com determinado percentual nos custos suportados em razão dos procedimentos realizados.

Na verdade, diante da inexistência de repressão a tais ilícitos, as carteiras dos planos privados viraram moeda de troca de grande aceitação no mercado, utilizada para custear todo o tipo de serviço ou produto encontrado no mercado, a exemplo da oferta de tratamento de beleza (corte de cabelo, depilação e afins) em troca do faturamento de uma consulta em nome de determinado profissional médico, entre outras fraudes do gênero.

Essa questão serve para ilustrar o cenário delicado no qual se encontram inseridas as operadoras e seguradoras privadas de assistência à saúde, pois, além da questão das fraudes praticadas pelos médicos, há aquelas que são praticadas por beneficiários e, ainda, outros fatores que sobrepesam diretamente no balanço financeiro das empresas, como o aumento dos custos de materiais médico-cirúrgicos praticados pelos fornecedores de produtos dessa natureza; as decisões judiciais obrigando as operadoras de serviços a funcionarem como farmácias – custeando medicamentos aos beneficiários; outras decisões obrigando o pagamento de procedimentos experimentais de altíssimo custo e incomprovada eficácia; a fixação de índices de reajuste anuais e de faixa etária pela ANS em dissonância ao aumento dos custos assistenciais; o uso excessivo e indevido do plano de saúde pelos beneficiários, entre tantos outros que contribuem para agravar a situação.

Assim, ainda que se diga que as operadoras gozam de poderio econômico muito superior ao dos beneficiários, o que, aliás, é comumente visto em decisões judiciais desfavoráveis a estas, e com o que se tenta justificar a obrigação de custearem procedimentos que sequer estão previstos nos pactos negociais, ou ainda, nas resoluções editadas pela Agência Nacional de Saúde⁷⁵. Há que se

⁷⁵ Explica-se: desde a criação da Agência Nacional de Saúde (ANS), as operadoras de planos privados estão obrigadas a garantir a cobertura de procedimentos médico-cirúrgicos e exames clínicos determinados pela agência, com o que se pretendeu assegurar aos beneficiários a cobertura de procedimentos antes não previstos nos pactos negociais celebrados pelas operadoras com os beneficiários. Atualmente, a Resolução Normativa – RN nº 82, de 29 de setembro de 2004, que revogou as Resoluções da Diretoria Colegiada – RDC nº 67, de 07/05/2001, a RDC nº 68, de 07/05/2001 e a RDC nº 81, de 10/08/2001 é que estabelece o Rol de Procedimentos que constitui a

reconhecer que a realidade hoje vivida pelas empresas privadas de saúde é muito mais delicada do que aparentemente se verifica, sendo certo que, se medidas de prevenção e repressão a práticas ilícitas não forem tomadas, essas, somadas às outras dificuldades vivenciadas pelas empresas, acabarão contribuindo para a inviabilização do sistema privado de assistência à saúde no país.

Portanto, não há dúvidas de que, mais que um mero penalizador das condutas ilícitas praticadas no âmbito das operadoras de planos de saúde, o Ministério Público exercerá função primordial no sentido preventivo, ou seja, inibirá as práticas lesivas ao sistema no qual então inseridas as operadoras, gerando segurança jurídica aos pactos negociais celebrados com a coletividade de beneficiários e fornecedores dessa espécie de serviço.

4.2 As funções do Ministério Público e a legitimação para a tutela penal das relações de consumo envolvendo as operadoras de planos de saúde

A Constituição Federal de 1988 alterou significativamente as disposições até então vigentes acerca do Ministério Público, concedendo-lhe um capítulo à parte dos demais poderes da República, outorgando-lhe ampla autonomia e independência, bem como ampliando as suas funções em relação ao texto anterior, porém, mantendo as prerrogativas até então existentes no tocante à defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade⁷⁶.

referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, e que foram contratados a partir de 01 de janeiro de 1999.

Com a instituição de um rol de procedimentos, pretendeu o legislador ordinário atualizar os pactos negociais celebrados entre beneficiários e operadoras, principalmente por se tratarem de pactos negociais de prestação continuada - por tempo indeterminado, evitando assim, que ficassem obsoletos com o passar do tempo, e contemplando tão somente procedimentos para os quais, muitas das vezes, surgiram novas tecnologias de tratamento, que além de mais eficazes, oferecem recuperação mais rápida e confortável ao paciente, sem olvidar a implementação de outros tratamentos até então inexistentes, a exemplo do procedimento de aconselhamento genético, o surgimento da prótese intraluminal arterial denominada "stent", que revolucionou principalmente os tratamentos cardíacos, e tantos outros impensáveis há 10 anos atrás.

⁷⁶ A Constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções (arts. 127 / 130), sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

Como bem observa o Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, "a seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do Título IV – Da Organização dos Poderes, no seu capítulo III – Das funções Essenciais à Justiça. A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado"; concluindo que o Ministério Público "desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos

Tais características, aliás, podem ser hoje mais facilmente percebidas através da simples leitura do art. 127, §§ 1º e 2º da Carta Política⁷⁷, que predispõe ser o Ministério Público uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional e a quem compete defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, os interesses difusos e coletivos.

Por se tratar de órgão que goza de independência funcional, o Ministério Público não necessita prestar conta de seus atos a qualquer outro órgão, não dependendo de nenhum dos poderes do Estado para poder exercer a sua atividade jurisdicional. Essa independência é de tal importância que o legislador constituinte inclusive considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que cerceiem a liberdade funcional do Ministério Público (art. 85, inciso II da CF/88⁷⁸).

A despeito das características e princípios norteadores do Ministério Público, e antes de adentrar-se à análise da sua legitimação na defesa dos interesses e direitos envolvidos nas relações consumeristas havidas em relação às operadoras de planos privados de assistência à saúde, prescinde analisar quais são as suas funções no exercício da sua atividade institucional e que, obviamente, interessam ao presente estudo.

Infere-se da leitura da Carta Política de 1988, em especial o disposto no art. 129⁷⁹, que o Ministério Público é um verdadeiro defensor da sociedade, inclusive no

laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania". MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 536-539.

⁷⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

⁷⁸ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

⁷⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

campo penal, com titularidade para propor a ação penal pública na defesa dos interesses da coletividade.

Do leque de funções enumeradas pelo legislador constituinte, que não é taxativo, vale destacar a competência para promover, privativamente, a ação penal pública e a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CF/88, promovendo as medidas necessárias a sua garantia - a exemplo do disposto nos arts. 196 e 197, o que por si só seria suficiente para se fazer presumir a sua legitimação na defesa das relações jurídicas instituídas entre beneficiários e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Complementarmente, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estabeleceu, em seu art. 25, outras funções para o Ministério Público, das quais interessam a competência para “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, preservação e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.”

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição;

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica, observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação;

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

Assim, compete ao Ministério Público proteger os indivíduos diretamente afetados pelos atos atentatórios aos ditames legais preconizados pelo legislador constituinte, e que no caso em tela, referem-se aos atos que atentem contra a ordem econômica na qual estão inseridas as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os diretamente ligados a ela, conforme se demonstrará a seguir.

O primeiro ponto que merece ser levado em conta quando da análise das funções do Ministério Público e, conseqüentemente, da sua competência para propor ações em defesa dos direitos da coletividade, é quanto a sua titularidade privativa para propor ações penais públicas, sobre as quais limitaremos nossos apontamentos, não obstante a existência de outras ações com vistas à tutela dos direitos difusos e coletivos.

Analisando o conteúdo do texto normativo, verifica-se que o legislador constituinte foi objetivo ao tratar da questão, afirmando que ao Ministério Público compete promover privativamente a ação penal pública, *na forma da lei* (art. 129, inciso I da CF/88). Vale tão somente lembrar que o art. 5º, inciso LIX da Constituição Federal, determina que *“será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.”*

Ao contrário do que inicialmente se pode imaginar, não há que se falar em qualquer conflito de competência para propor tal ação na defesa dos direitos difusos e coletivos, já que o próprio art. 129 da Carta Política reconhece que a ação penal pública é privativa do Ministério Público.

O que ocorre é, tão somente, a possibilidade de se admitir a ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público não promover, no prazo legal, as medidas legais elencadas no art. 46 do Código de Processo Penal⁸⁰, ou seja, oferecer denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar diligências. Tanto é assim, que se o Ministério Público requerer o arquivamento no

⁸⁰ Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 (cinco) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

§ 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 (três) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.

prazo legal, não terá cabimento a referida ação privada subsidiária da pública, exceto na hipótese de surgirem novas provas.

O art. 5º, inciso LIX da Constituição Federal, não constitui, portanto, exceção ao art. 129, inciso I, mas tão somente um mecanismo de freios e contrapesos constitucionais ao exercício, por parte do Ministério Público, dessa função constitucional que constitui *ato de soberania*, nunca permitido se o titular da ação penal pública manifestar-se, ou propondo a respectiva denúncia, ou ainda, promovendo o arquivamento ou requisitando diligências à autoridade policial, ou, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, oferecendo a transação penal⁸¹.

Dessa forma, inexistem maiores controvérsias acerca da competência do Ministério Público para promover as ações penais públicas na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, o que já nos permite asseverar que as ações penais com vistas a penalizar os autores de crimes praticados em desfavor das operadoras de planos privados de assistência à saúde e, conseqüentemente, da coletividade de beneficiários que dela fazem parte, serão propostas pelo referido órgão, tanto em caráter preventivo como repressor.

Há que se lembrar que o Ministério Público foi estruturado como instituição de defesa da sociedade, com total independência para zelar pelo cumprimento das leis, razão pela qual a própria Constituição outorgou-lhe *status* de instituição permanente e essencial à função jurisdicional. Para exercer sua função institucional, dispõe ainda de competências implícitas, que respeitam, evidentemente, as limitações impostas pelo texto constitucional.

Alexandre de Moraes leciona que⁸², “entre essas competências implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, para que, em casos que entenderem necessário, produzam as provas necessárias para combater, principalmente, a criminalidade organizada e a corrupção, não nos parecendo razoável o engessamento do órgão titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da Instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas. Não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios criminais implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa

⁸¹ MORAES, Op. cit., p. 104-105.

⁸² Ibid., p. 548.

dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, cuja atuação autônoma, conforme já reconheceu nosso Supremo Tribunal Federal (STF), configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.”

Ressalte-se apenas que esse poder investigatório não é absoluto e ilimitado, devendo ser exercido pelo Ministério Público em estrita observância aos limites legais vigentes, sendo certo que, havendo abusos no exercício de sua função, seus membros poderão ser responsabilizados.

Outro ponto que merece ser comentado refere-se a disposto no art. 129, inciso III da Carta Política, que assegura ao Ministério Público o direito de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Em que pese o legislador não ter referendado expressamente qual seriam os interesses difusos e coletivos sobre o quais recairia a salvaguarda da norma constitucional, parece-nos que tratou do tema de modo não taxativo propositadamente, visando assim aumentar o âmbito de atuação do Ministério Público da defesa de tais interesses, a exemplo daqueles contemplados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, como a educação, a segurança, a saúde, etc.

Ora, se ao Ministério Público é autorizado promover a ação civil pública na defesa de interesses difusos e coletivos, com muito mais razão lhe deve ser assegurado o direito de promover a ação penal pública na defesa de tais direitos, certo que a lesão a ser praticada pode ser maior em se tratando de ilícitos penais envolvendo tais interesses.

É o que ocorre em relação aos atos fraudulentos praticados pelos médicos que integram as operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como aqueles praticados pelos beneficiários desses mesmos serviços que, justamente pelo potencial ofensivo e pelo número de indivíduos direta e indiretamente lesionados, estão cada vez mais reclamando a intervenção do Ministério Público na tutela dos interesses e direitos fundamentais que circundam essas relações de consumo, o que além de dar efetividade às normas civis que regem as relações obrigacionais derivadas dos pactos negociais celebrados no âmbito das operadoras de saúde, certamente irá reprimir a prática de tais ilícitos.

A participação do Ministério Público, agora mais do que em qualquer outra época, parece fundamental, não só enquanto fiscalizador das relações consumeristas havidas entre beneficiários e operadoras (essas entendidas como subsidiárias do Estado no fomento à saúde pública), mas também como repressor das condutas que atentem contra essa ordem, penalizando os autores de ilícitos que vão de encontro à ordem econômica, permitindo assim, que a coletividade (beneficiários, médicos e operadoras) tenha preservados os direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Há que se reconhecer, assim, a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos daqueles que contratam planos de saúde com as operadoras privadas⁸³, através da qual, dentre outros fatores, se oportunizará efetividade as normas de natureza civil que regulam as relações consumeristas dessa natureza, e segurança jurídica aos pactos negociais celebrados.

Sob o ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor, a questão é mais facilmente compreendida, especialmente em razão do tratamento outorgado à matéria.

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a tutela de interesses e direitos a que alude o Código refere-se tanto aos consumidores quanto às vítimas dos danos, o que simplesmente reforça o disposto no art. 17 do mesmo diploma legal, que expressamente determina que *“equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”* Ainda, define os interesses ou direitos ditos “difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos”, com o que pretendeu o legislador ordinário evitar discussões doutrinárias que retirassem do referido dispositivo sua efetividade.

Por sua vez, o art. 82⁸⁴ do referido códex amplia ao máximo possível o número de legitimados a propor ações coletivas com vistas à defesa de tais

⁸³ A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo. No mesmo sentido dispõe a súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público, ao preconizar que: *“O Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.”* ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Processo Civil e Interesses Difusos e Coletivos**: Questões Resolvidas pela Doutrina e pela Jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 302-303.

⁸⁴ Art. 82 – Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da

interesses, exceto quanto aos interesses individuais, que devem ser buscados individualmente.

Dentre esses legitimados, observa-se a figura do Ministério Público, expressamente mencionado no inciso I do referido artigo, ficando clara a sua competência para promover ações com vistas a proteger os interesses e direitos mencionados no art. 81 do mesmo diploma.

Ocorre que, se fazendo uma leitura mais detalhada dos dispositivos legais ora mencionados, verifica-se que a legitimação do Ministério Público está vinculada à defesa dos interesses transindividuais de natureza indivisível, situação essa que encontra na doutrina grande controvérsia, por se entender que o *parquet* não poderia promover ações visando tutelar direitos individuais disponíveis.

A esse respeito e em esclarecedora abordagem sobre o tema, Kazuo Watanabe afirma que⁸⁵ “tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos, para os efeitos do Código, devem ser transindividuais de natureza indivisível. A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos e coletivos, deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas e públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimadas para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor), mormente em se tratando de interesse contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.”

Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e segs. da Constituição Federal.

Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos

administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

⁸⁵ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 757.

interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular⁸⁶.

Como já ressaltado, somente a *relevância social* do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis⁸⁷.

A questão da legitimação do Ministério Público para o manejo de medidas preventivas e também repressoras das fraudes praticadas perante as operadoras de planos privados de assistência à saúde, assim, não suscita maiores dúvidas, tendo pleno cabimento, pois além de inexistir qualquer vedação legal nesse sentido (tampouco qualquer conflito de competência em relação às normas constitucionais),

⁸⁶ Ada Pellegrini Grinover reconhece a existência de alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Argumenta-se em prol dessa orientação com o art. 129, III, CF, que só se refere à legitimação do MP para a defesa de interesse difusos e coletivos. Nem tem bastado, para essa tendência, o argumento da extensão das funções do MP a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (inc. IX do art. 129, CF), porquanto se afirma que o MP, nos termos do art. 127, CF, é preordenado à *defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis*, e os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis. E, na mesma linha, aduz-se também a circunstância de, a admitir-se a legitimação do MP para casos que tais, estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade. Ora, em primeiro lugar, cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras de interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados. Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua *dimensão social e coletiva*, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflito de massa. Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis, em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com a sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Penal do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 8.137/90**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 800-801.

⁸⁷ Esse entendimento está pacificado pelo Conselho Superior do Ministério Público, através da súmula nº 7, que diz: "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como:

- a) os que digam respeito à saúde ou a segurança das pessoas ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação;
- b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados;
- c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

dar-se-ia em defesa a tão importante interesse difuso (ainda que em âmbito coletivo), que é o direito à saúde.

A esse respeito, vale colacionar o entendimento da mestra Maria Goretti Dal Bosco⁸⁸, quando afirma que “não há maior complexidade do ponto de vista da legitimidade, para a defesa dos interesses difusos e coletivos pelo MP, em função da relativa clareza dos textos legais trazidos pelo Código do Consumidor e pela interpretação da doutrina. Já quanto aos direitos individuais homogêneos a discussão é considerável.”

A lei define direitos difusos como os *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato* (Lei nº 8.078/90, art. 81, p. Único, inciso I); direitos coletivos são conceituados como os *transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II)*; os direitos individuais homogêneos, previstos no Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, são considerados pelo texto legal como os *decorrentes de origem comum* (inciso III). Quanto aos últimos é que se apresenta polêmica no tocante à legitimidade do Ministério Público para a sua defesa, dúvida que foi suplantada, pelo Supremo Tribunal Federal, ao considerar que: (...) quer se afirmem interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque a concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

Legítima, portanto, é a intervenção do Ministério Público nos pactos negociais dessa natureza, ainda que os ilícitos praticados tenham as operadoras como as principais vítimas, pois se o interesse maior recai no objeto jurídico a ser tutelado e na ordem econômica na qual estão inseridas tais empresas, com mais razão em se afirmar ser o Ministério Público o órgão competente para tal.

⁸⁸ BOSCO, Maria Goretti Dal. **Ministério Público e a Garantia de Direitos Fundamentais e Sociais diante do Princípio da Eficiência nas Políticas Públicas**. Revista Juris Síntese nº 43, set/out de 2003.

Finalmente, e a despeito de ser ou não o Ministério Público legítimo para tutelar os direitos individuais homogêneos, assim entendidos como individuais disponíveis, entendemos que essa questão não alcança os fatos envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde, uma vez que os direitos a que se busca tutelar através da intervenção penal do referido órgão são coletivos por natureza, referindo-se a um grupo ou categoria de indivíduos bem determinados, que são os consumidores-beneficiários.

5. OS CRIMES CONTRA O CONSUMO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL E EXTRAVAGANTE.

5.1 Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor

O Direito Penal do Consumidor apareceu no ordenamento jurídico como um ramo do Direito Penal Econômico, cuja finalidade é estudar a proteção penal nas relações de consumo, principalmente no sentido de outorgar a todo o Código de Defesa do Consumidor a devida efetividade, ou seja, que se faça cumprir suas disposições legais.

Em que pesem as críticas havidas quanto aos aspectos penais do Código, dentre as quais a de que se estava tentando tolher a produção mediante a coação da classe empresarial, forçoso reconhecer o seu caráter subsidiário em relação ao Direito Penal Econômico, para o fim de se proteger a ordem sócio-econômica e, conseqüentemente, o mercado.

Conforme se comentou anteriormente, as normas de cunho penal editadas pelo legislador ordinário quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, além de ampliar o leque de proteção jurídica assegurada pelo ordenamento jurídico vigente às relações consumeristas instituídas no seio da sociedade (estas entendidas como parte da ordem sócio-econômica a que se destina à tutela penal), têm como uma de suas principais funções a de assegurar a efetividade das demais normas referendadas pelo referido Código, o que, aliás, é muito pouco visto em termos práticos.

A uma, porque quando se pensa em direito do consumidor, e muitas das vezes quando vemos o Código de Defesa do Consumidor ser invocado tanto por consumidores quanto por profissionais do direito na defesa de determinada relação jurídica consumerista, verifica-se que a proteção almejada sempre se dá no âmbito civil e administrativo, mas jamais considerando a tutela penal referendada pelo aludido diploma.

A duas, porque há um grande desconhecimento e desinteresse dos consumidores e dos profissionais do direito no sentido de se buscar a tutela penal de consumo, restringindo-se o interesse à reparação patrimonial dos prejuízos suportados em relação à determinada situação envolvendo um fornecedor de bens e

serviços, pouco importando se a prática lesiva se repetirá e repercutirá na esfera jurídica de outros consumidores.

Um fator relevante a ser comentado, no tocante a essa questão, é que a maioria esmagadora dos consumidores simplesmente desconhece que determinada conduta atenta contra os interesses difusos ou coletivos de um número incontável ou significativamente considerável de pessoas, e que para tais condutas há uma correspondente legislativa no ordenamento jurídico consumerista, que além de tipificá-las, prevê sanções de cunho penal para os infratores, o que, dentre outros fatores, serve como desestimulador de tais práticas delituosas na esfera jurídica dos consumidores coletivamente considerados.

Culturalmente, verifica-se que há um pensamento individualista que desmotiva os consumidores a denunciarem as práticas lesivas praticadas por fornecedores nas relações de consumo, e que, por sua vez, acabam se repetindo na esfera jurídica de um infindável número de consumidores dos mesmos produtos ou serviços, servindo a reparação patrimonial daquela situação individualmente considerada como suficiente aos anseios do consumidor.

Contudo, impõem-se uma mudança de mentalidade, primeiramente por parte dos profissionais do direito, e em segundo plano, pelos diretamente afetados pelas práticas delituosas ocorridas nas relações de consumo, ou seja, os consumidores, que certamente terão que recorrer menos ao judiciário para solucionar litígios envolvendo fornecedores de produtos e serviços se começarem a pensar coletivamente, buscando, além da reparação patrimonial, um tipo de tutela que funcionará como inibidora das práticas infracionais pelos fornecedores, e fornecerá segurança jurídica aos pactos de natureza consumerista – que é a tutela penal.

Dessa forma, pode-se afirmar que tanto a desinformação quanto o desinteresse são fatores que contribuem para a prática de delitos econômicos no âmbito das relações de consumo por fornecedores, e juntos, reforçam a máxima da impunidade que envolve não só os ilícitos penais praticados nas relações consumeristas, mas todos os tipos de infrações ao Código.

Deve-se lembrar ainda que o medo de denunciar algumas práticas ilícitas por uma parte de consumidores também contribui para o aumento da impunidade, porém, com menos repercussão do que a desinformação e o desinteresse.

O desinteresse, aliás, parece-nos o fator mais relevante na contribuição da continuidade das práticas atentatórias aos ditames consumeristas e às relações dessa natureza, eis que pior do que desconhecer a existência de normas sancionatórias, é ignorá-las por completo, sob o argumento de que os pequenos prejuízos patrimoniais individualmente suportados em determinada ocasião não seriam suficientes para a tomada de medidas sancionatórias em face dos autores dos delitos que atentam contra as relações de consumo.

Contudo, em que pese afirmar-se que a tutela penal referendada pelo Código de Defesa do Consumidor outorga efetividade aos dispositivos legais lá elencados, não podemos nos afastar da máxima de que, embora tal questão possa realmente ocorrer no plano fático, assegurando o cumprimento das normas consumeristas sob pena do infrator sofrer as sanções previstas em seu Título II, não foi com essa finalidade que o legislador ordinário tipificou determinadas condutas.

Isso porque as infrações penais tipificadas no Código visam, antes de tudo, preservar a ordem econômica da qual fazem parte as relações de consumo. A ordem econômica, dessa forma, deve ser vista como um bem jurídico de caráter supra-individual e imaterial, razão pela qual os crimes cometidos contra as relações de consumo ferem, num primeiro plano, a ordem de proteção e defesa do consumidor; e num segundo plano, os consumidores envolvidos nessas relações.

É por essa razão que se diz que o Direito Penal do Consumidor é um ramo do Direito Penal Econômico que se destina a proteger determinado sistema econômico, do qual fazem parte as relações de consumo como bem jurídico mediato a ser tutelado.

Sérgio Chastinet Duarte Guimarães leciona que⁸⁹, “o bem jurídico protegido pela norma penal ou objeto jurídico do crime – é o valor socialmente relevante que o direito protege mediante a cominação de pena aflitiva”. E conclui: “em uma sociedade estruturada sobre o consumo de massa, é natural que tal fato econômico seja erigido ao patamar de estado social desejável, e protegido mediante pena”.

Com essa objetiva explanação, percebem-se claramente os motivos que ensejaram o legislador a querer tutelar o sistema econômico do qual fazem parte as relações de consumo, que por serem de extrema relevância para a ordem sócio-

⁸⁹ GUIMARÃES, Op. cit., p. 44.

econômica, prescindiam de uma tutela à sua altura, e que não poderia ser outra senão a tutela penal.

Da leitura dos tipos penais referendados no Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que o legislador ordinário não pretendeu elencar todas as infrações possíveis de serem praticadas no âmbito das relações de consumo, mas é certo que se estabeleceu, através da tipificação ora existente, uma diretriz de proteção do consumidor, abordando-se os aspectos mais importantes das relações consumeristas, e que certamente afetavam a ordem sócio-econômica na qual estavam inseridas, e sobre as quais deveriam recair a referida tutela penal.

Como parâmetros para a fixação de tais delitos, levou-se em consideração: a) *especialização*, ou seja, a tipificação de condutas que dizem respeito à defesa do consumidor dentro das obrigações fixadas pelo Código de Defesa do Consumidor; b) *harmonização* delas com as normas penais já existentes; c) *punição* de comportamentos considerados de tal forma graves que seriam insuficientes meras sanções administrativas ou indenizações civis; d) *prevenção* de novos delitos contra as “relações de consumo”; e) *efetividade* das normas de natureza civil e administrativa do próprio Código, bem como de outras normas de proteção/defesa indireta e direta das “relações de consumo”⁹⁰.

Ocorre que, em sendo o consumo um fator econômico que envolve a participação de inúmeros agentes, a tipificação dos ilícitos penais envolvendo suas relações apresenta certa imprecisão, tendo inclusive sofrido duras críticas da doutrina que, desde a elaboração do anteprojeto do Código, manifestou-se contrária à idéia de introdução de normas de cunho penal num diploma de natureza consumerista, especialmente por prever penas privativas de liberdade para tais delitos.

Não se pode afastar a máxima de que o bem jurídico a ser tutelado por esses dispositivos legais é normativo, ou seja, a própria ordem econômica na qual estão inseridas essas relações de consumo, não se incluindo aqui os interesses dos consumidores individualmente considerados.

Nesse tocante, há que se reconhecer como legítima a preocupação da doutrina que acabou gerando algumas críticas que sobrevieram à parte especial do

⁹⁰ FILOMENO, Op. cit., p. 603.

Código, “porquanto erigir um processo econômico ou um ordenamento jurídico à categoria de interesse penalmente tutelado implica relativizar a própria idéia de bem jurídico e quebrar a função de garantia que lhe é – ou era – acometida⁹¹.”

Contudo, “a desvinculação do delito de consumo aos interesses individuais dos consumidores expurga de seu âmbito típico a idéia de mera periclitacão, tornando-o crime de dano, para cuja configuracão se passa a exigir a efetiva ofensa ao interesse difuso, de acordo com uma concepçã material do injusto penal. Na liçã de Tupinambá de Azevedo, *a ampliaçã do sentido do bem jurídico protegido permite classificar os delitos contra as relações de consumo como de dano, relativamente à própria integridade da relaçã de consumo.*”

Dessa forma é possível aplicar as teorias da insignificância e da adequaçã social da açã em hipóteses nas quais a conduta, ainda que se ajuste à descriçã formal do tipo de crime contra o consumo, não atinja significativamente o bem jurídico difuso protegido. Exemplo de aplicaçã da teoria da insignificância pode ser apontado na omissã de informaçã irrelevante sobre determinado produto, e da teoria da adequaçã social na exposiçã à venda, em lojas *ponta-de-estoque* ou nos chamados *brechós*, de mercadorias com pequenos defeitos, que apesar de encontrarem formal subsunçã típica respectivamente nos Artigos 66 do Código de Defesa do Consumidor⁹² e 7º, Inciso IX, da Lei nº 8.137/90⁹³, não configuram injusto penal algum, por não atingirem significativamente o bem de consumo difuso tutelado.⁹⁴”

⁹¹ GUIMARÃES, Op. cit., p. 46.

⁹² Art. 66. Fazer afirmaçã falsa ou enganosa, ou omitir informaçã relevando sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviçõs:

Penas – Detençã de três meses a um ano e multa.

§ 1º - Incorrerã nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º - Se o crime é culposo:

Penas – Detençã de três meses a um ano e multa.

⁹³ Art. 7.º Constitui crime contra as relações de consumo: (...)

IX - vender, ter em depõsito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Penas - detençã, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único - Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detençã de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

⁹⁴ Ibid., p. 47-48.

5.2 As Infrações praticadas perante as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde – Aspectos gerais das fraudes cometidas nessa modalidade de serviço

As infrações (fraudes) praticadas no sistema privado de assistência à saúde são tantas quanto a criatividade dos profissionais e dos beneficiários pode inventar, existindo um verdadeiro leque de situações através das quais, utilizando artifícios ardilosos e aproveitando-se de determinadas circunstâncias, aqueles conseguem burlar o sistema e angariar algum tipo de vantagem econômica em detrimento das operadoras e da coletividade de consumidores e profissionais que a compõem.

Ocorre que, a despeito de todas as práticas fraudulentas cometidas na prestação de serviços de saúde já noticiadas até os dias atuais, envolvendo tanto as operadoras de planos privados como o Sistema Único de Saúde (SUS) – a exemplo da venda de medicamentos falsificados (placebos), exercício ilegal da medicina, cobrança de ato médico não realizado ou diverso do realizado, entre tantos outros, há que se chamar atenção para aquelas que invisivelmente ocorrem em relação às operadoras de planos privados de assistência à saúde⁹⁵.

Nesse sentido, deve-se considerar que as especificidades do sistema facilitam a sua prática pelos beneficiários e com muito mais razão pelos profissionais que prestam esse tipo de atendimento às operadoras, já que além de serem profundos conhecedores da sistemática de funcionamento das operadoras, gozam de situação de privilégio em relação aos pacientes, que neles depositam uma confiança pessoal e profissional.

Outro fator a ser considerado é o número de beneficiários, profissionais médicos e procedimentos realizados diariamente por intermédio das operadoras de planos de saúde, que tornam praticamente impossível detectar e reprimir todos os tipos de fraudes cometidas na prestação dessa espécie de serviço.

Fato é que as fraudes praticadas tanto pelos beneficiários como por alguns médicos que integram o sistema privado de assistência à saúde atingiram percentuais alarmantes, e vêm contribuindo para gerar um desequilíbrio econômico

⁹⁵ Diz-se “invisivelmente” porque normalmente não repercutem para além da esfera administrativa das operadoras, e ainda assim, com bastante restrição, não chegando a conhecimento sequer da maioria dos beneficiários dos planos privados.

de tal monta que podem, dependendo valores envolvidos e principalmente do porte financeiro da operadora, acabar por inviabilizar definitivamente essa modalidade de prestação de serviço colocado à disposição da sociedade⁹⁶.

Embora tal afirmação pareça exagerada, basta lembrar os números envolvidos na prestação desse serviço à coletividade de beneficiários por apenas uma operadora para facilmente se vislumbrar o potencial ofensivo que tais ilícitos podem gerar a todos os envolvidos⁹⁷, sendo um pequeno contingente de pessoas capaz de gerar prejuízos não previstos nos cálculos atuariais das operadoras que, somados às despesas ordinariamente havidas por conta dos serviços prestados, ao número de beneficiários inadimplentes, ao desproporcional percentual de reajuste autorizado pela ANS, ao aumento dos custos assistenciais entre outras situações, podem gerar a falência do sistema como um todo.

Conforme já mencionado, há fraudes que são praticadas pelos próprios médicos que compõem o sistema privado de assistência à saúde, e há aquelas que são praticadas pelos beneficiários dos planos – a exemplo do empréstimo da carteira do plano a terceiro estranho à relação jurídica instituída com a operadora, e até aqueles que falsificam boletos de pagamento do plano para tentar burlar o pagamento da mensalidade de determinado mês⁹⁸.

⁹⁶ Em recente pesquisa acerca do setor privado de saúde, a Capitolio Consulting (empresa de consultoria) contabilizou os seguintes números para o segmento: em março de 2006 haviam 2.090 operadoras / seguradoras especializadas “ativas” registradas perante a ANS. Segundo dados da própria Agência Nacional de Saúde, em 2005 o número médio mensal total de beneficiários informados pelas operadoras foi de 41.036.079. Até dezembro de 2005, o setor havia faturado aproximadamente R\$ 33,8 bilhões em mensalidades dos planos / seguros, ou contraprestações efetivas / prêmios ganhos (demonstrações financeiras 2005, relativas a 1.017 operadoras / seguradoras especializadas); na mesma ocasião, o ativo total do setor situava-se ao redor dos R\$ 20,2 bilhões (demonstrações financeiras de 2005, relativas a 1.017 operadoras / seguradoras especializadas); as provisões técnicas a cifra de R\$ 1,9 bilhão (demonstrações financeiras de 2005, relativas a 970 operadoras / seguradoras especializadas); o patrimônio líquido ou social do conjunto das operadoras era de R\$ 8,1 bilhões, considerando que 66 operadoras apontaram “patrimônio líquido negativo”, ou “passivo a descoberto” (demonstrações financeiras de 2005, relativas a 1.017 operadoras / seguradoras especializadas); os fatos com eventos indenizados / sinistros em 2005 ficaram ao redor de R\$ 27,3 bilhões (demonstrações financeiras de 2005, relativas a 1.002 operadoras / seguradoras especializadas) e; o resultado líquido consolidado ficou em R\$ 672,2 milhões naquele mesmo ano, sendo que 255 operadoras registraram “prejuízo” ao final de 2005 (demonstrações financeiras de 2005, relativas a 1.009 operadoras / seguradoras especializadas).

⁹⁷ Vide nota n. 59.

⁹⁸ Embora se trate de iniciativa não muito usual, há casos em que o beneficiário “scaneia” um boleto já pago e altera-lhe os dados no computador (número do título, data de vencimento, valor, etc.), consignando as informações do título vincendo. Quando a operadora entra em contato com o beneficiário informando-o da existência de título em aberto (atendendo assim ao disposto no art. 13, § único, inciso II da Lei nº 9.656/98), aquele apresenta uma cópia do boleto alterado como se fosse o

Para facilitar a análise dos tipos de fraudes que são praticadas tanto por uma como por outra parte, em especial porque o número de fraudes cometidas pelos médicos é superior ao número praticado pelos beneficiários, importante abordá-las separadamente, analisando senão todas, as mais comuns e que, pela freqüência com que ocorrem, produzem maior impacto econômico às operadoras.

No tocante a tipificação das condutas, e ainda que se tenha conhecimento dos tipos penais elencados no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 61 e ss., vale mencionar que não se aplicarão às hipóteses aventadas que, dada a sua natureza jurídica, encontrarão seu referencial normativo no Código Penal.

Portanto, ainda que os beneficiários, na qualidade de consumidores dos serviços ofertados pelas operadoras privadas de assistência à saúde, disponham de uma proteção direta ofertada pelo direito penal do consumo (Lei nº 8.078, de 11/09/1990 – Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 8.137, de 27/12/1990 – que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), valer-se-ão da proteção indireta e difusa do Código Penal e legislação extravagante na tutela dos seus interesses, competindo ao Ministério Público promover as medidas preventivas e repressivas dos ilícitos praticados.

Quanto aos sujeitos dos crimes contra o consumo, algumas considerações serão necessárias, especialmente porque ao contrário do preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor, o sujeito passivo dos delitos praticados em relação aos planos privados de assistência à saúde são, além dos beneficiários coletivamente considerados, as operadoras propriamente ditas.

Nesse sentido, Sergio Chastinet Duarte Guimarães leciona que⁹⁹:

Quanto ao sujeito passivo, é pertinente a lição de Fragoso, segundo a qual "nos crimes contra o corpo social ou a sociedade (...), há ofensa a interesse que pertence a todos os cidadãos, considerados *uti singuli*, motivo pelo qual é sujeito passivo necessariamente a coletividade ou o corpo social, e não o Estado como pessoa jurídica". A regra é que os crimes contra o consumo se apresentem como "*crimes vagos*", nos quais o interesse é difuso e pertencente a toda a coletividade de consumidores, não se fazendo necessária a presença de um consumidor específico. (...) Dilui-se a lesão entre um número indeterminado de cidadãos que compõem o corpo social.

título verdadeiro, com o qual tenta regularizar sua situação sob o falso argumento de que efetuou a devida quitação.

⁹⁹ GUIMARÃES, Op. cit., p. 48.

Verifica-se, assim, que os crimes praticados contra as relações de consumo afetam a coletividade como um todo, o que por sua vez reforça a idéia da necessidade de uma intervenção do Ministério Público nos pactos dessa natureza, preservando assim a ordem econômica na qual estão inseridas as operadoras de planos privados, e essas conseqüentemente.

Contudo, em relação às fraudes praticadas perante as operadoras de planos privados de assistência à saúde, há que se falar em uma dupla subjetividade passiva¹⁰⁰, pois a um só tempo afetam as operadoras e a coletividade de beneficiários que as compõem.

Ao se reconhecer as operadoras como sujeitos passivos de tais delitos juntamente com a coletividade de beneficiários que delas fazem parte - porque na verdade o são, não há como admitir a aplicação dos tipos penais elencados no Código de Defesa do Consumidor para os delitos praticados pelos profissionais médicos e beneficiários em detrimento daquelas, uma vez que o art. 2º do referido diploma legal determina que somente serão considerados consumidores aqueles que adquiram o bem ou utilizem o serviço como seus destinatários finais¹⁰¹.

Outrossim, e considerando que à luz do Código de Defesa do Consumidor os sujeitos passivos dos delitos envolvendo relações consumeristas são os consumidores enquanto destinatários finais dos serviços e produtos (assim entendidos como aqueles que colocam um fim na cadeia de produção), desditoso mencionar que as operadoras de planos privados, enquanto intermediárias da prestação de serviços médicos e hospitalares pelos profissionais que dela fazem parte, não se amoldam ao conceito de consumidor preconizado pelo legislador ordinário no art. 2º do referido códex, devendo se valerem da salvaguarda do Código Penal na defesa dos seus interesses econômicos enquanto vítimas de fraudes.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 51.

¹⁰¹ O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial. (...) Assim, entende-se por *consumidor* qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, como a prestação de um serviço. (FILOMENO, Op. cit., p. 26-28.)

O que se deve ter em mente é que as normas penais previstas no Código de Defesa do Consumidor, a partir do seu art. 61¹⁰², não têm por escopo excluir outros delitos eventualmente praticados contra as relações de consumo, tendo plena aplicação os tipos penais descritos no Código Penal e aqueles referendados na legislação especial ou extravagante.

5.3 Das Fraudes mais comuns praticadas no sistema privado

Diante das questões anteriormente comentadas, quando se demonstrou que as operadoras são, juntamente com a coletividade de beneficiários que as compõem, efetivamente as potenciais vítimas dos atos fraudulentos praticados por alguns médicos e beneficiários do sistema privado de assistência à saúde (permitindo-se inclusive falar em uma dupla subjetividade passiva), necessário mencionar agora quais são os ilícitos comumente praticados pelos médicos e beneficiários que reclamam essa tutela por parte do Estado.

Nesse sentido e não menos importante, há que se chamar atenção também para as fraudes cometidas pelos administradores das operadoras, hipótese esta pouco comum, mas que igualmente pode gerar a inviabilização do sistema, considerando especialmente os montantes envolvidos nas movimentações financeiras das empresas privadas.

Tratando a questão do ponto de vista dos beneficiários, importa mencionar que a fraude mais comum praticada por estes é o empréstimo da carteira do plano de saúde a terceiro estranho à relação jurídica instituída com a operadora, impondo a esta um ônus para o qual se desobrigou contratualmente, e gerando despesas para as quais não haverá a correspondente contraprestação pecuniária¹⁰³.

¹⁰² Art. 61 – Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas no artigos seguintes.

¹⁰³ Importa sobrelevar, que a preocupação com o equilíbrio sócio-econômico das relações consumeristas é uma máxima inclusive no Código de Defesa do Consumidor, que ao tratar da harmonização das relações de consumo, determina: Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a *transparência* e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica

Isto significa que, embora a operadora esteja sendo remunerada para prestar serviços de saúde a apenas um indivíduo, o está fazendo a uma coletividade indeterminável de pessoas, e assim, suportando despesas não previstas nos cálculos atuariais efetuados para a determinação do montante devido a título de contraprestação pela manutenção do contrato celebrado.

Nesse contexto, e considerando que o reajuste dos preços dos contratos, especialmente os reajustes anuais, encontram sua correspondente no índice de utilização dos serviços pela massa de beneficiários (os sobreditos cálculos atuariais), fica evidente o impacto econômico que esta conduta gera aos próprios consumidores, que terão seus planos de saúde reajustados em conformidade com a utilização verificada no período, e que abrangerá, obrigatoriamente, os serviços utilizados por aqueles que não contribuem mensalmente com o plano.

Em relação à operadora, os reflexos dessa conduta são imediatos, pois a imprevisão dessa situação nos cálculos atuariais tem como consequência o aumento excessivo das despesas em relação às receitas obtidas no mesmo período, que não serão corrigidas sequer com a aplicação dos reajustes autorizados pela ANS, pois estes levam em conta o índice de utilização dos planos de saúde pela massa de beneficiários, pouco importando a que operadora pertencem¹⁰⁴.

(art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

¹⁰⁴ A última resolução editada e publicada pela ANS para a fixação dos percentuais de reajustes anuais é a Resolução Normativa – RN nº 128, de 18 de maio de 2006, que estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde médico-hospitalares com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas. Quanto às disposições legais elencadas pela referida resolução, vale colacionar o disposto nos seguintes artigos:

Art. 1º Os reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas, em operadoras que tenham o início do período de referência para aplicação de reajuste entre os meses de maio de 2006 e abril de 2007 obedecerão ao disposto nesta Resolução.

Parágrafo único. Por período de referência para aplicação de reajuste entende-se o período de doze meses ao longo do qual poderão ser reajustados os contratos da operadora na suas respectivas datas de aniversário.

Art. 2º Dependerá de prévia autorização da ANS a aplicação de reajustes nos planos contratados por pessoas físicas, assim considerados os planos individuais ou familiares e aqueles operados por entidades de autogestão não patrocinada, cujo financiamento se dê exclusivamente por recursos de seus beneficiários, que tenham sido contratados após 1º de janeiro de 1999 e os planos adaptados à Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º A autorização de reajuste de que trata o caput deste artigo estará condicionada a operadora informar a totalidade do número de beneficiários no Sistema de Informação de Beneficiários – SIB e estar em dia, nos 2 (dois) anos anteriores ao pedido de reajuste, com o envio dos seguintes Sistemas de Informações: Sistema de Informações de Produtos – SIP, Documentos de Informações Periódicas

Assim, se em determinada operadora as fraudes cometidas nesse sentido pelos beneficiários é maior do que em outra, e o índice de utilização do plano pelos seus beneficiários for maior, ela não será premiada com a autorização de reajustes maiores para contrabalancear as despesas verificadas no mesmo período, restando seriamente prejudicada neste sentido.

Analisando esta questão à luz da legislação penal, verifica-se que o beneficiário que comete este tipo de delito está praticando a conduta descrita no art. 307 do Código Penal, que trata do crime de falsa identidade¹⁰⁵.

Neste caso, tanto quem emprestou a carteirinha como aquele que dela fez uso respondem pelo mesmo crime, face a teoria monista (ou unitária), que é aquela adotada pela legislação penal. Isto está bastante claro na norma de extensão descrita no art. 29 da parte geral do Código Penal, que diz: “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*”¹⁰⁶

das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde – DIOPS ou o Formulário de Informações Periódicas – FIP. (...)

Art. 5º O reajuste máximo a ser autorizado pela ANS, para o período de que trata essa Resolução, será de 8,89% (oito inteiros e oitenta e nove centésimos por cento), para os planos que apresentem uma ou algumas das segmentações referência, ambulatorial e hospitalar com ou sem obstetrícia, com ou sem cobertura odontológica, conforme o previsto nos incisos I a IV, do art. 12, da Lei nº 9.656, de 1998. (...)

Art. 6º A autorização de que trata o art. 2º deverá ser solicitada à ANS observadas as seguintes exigências: (...) § 1º As informações por item de despesa do Sistema de Informações de Produtos – SIP, referentes ao “número de Expostos”, “número de Eventos”, “Total de Despesa” e “Recuperação por indenização de despesa assistencial” ou “Participação dos beneficiários em eventos indenizáveis:co-participação”, e “Recuperação de eventos indenizáveis: seguros”, nos 2 anos anteriores ao pedido de reajuste, deverão estar auditadas por auditor independente, registrado na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, ficando facultado às operadoras de planos de assistência médico-hospitalar com ou sem cobertura odontológica com até 100.000 (cem mil) beneficiários auditá-las por auditor independente, registrado no Conselho Regional de Contabilidade – CRC.

¹⁰⁵ **Art. 307.** Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave. A este respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim já se manifestou: “Falsa identidade. Agente que se identifica com nome de outrem com o intuito de obter crédito. Configuração. Tanto comete o crime o que irroga identidade de pessoa realmente existente, como o que invoca a de pessoa fictícia, dando-se na primeira hipótese, substituição de pessoa (JTACRIM 74/281).”

¹⁰⁶ A ação, com a teoria finalista, passou a ser enfocada como “exercício de uma atividade finalista”. O homem, quando sabe o que faz, pode prever as conseqüências da sua conduta, dirigindo-a conforme um plano à consecução de alguns fins. Se toda ação é finalista (é dirigida a um fim), conclui-se que a finalidade a ela pertence. Assim, se a finalidade é direcionada, ou seja, é igual ao dolo (saber o que faz e querer o que faz), somente realiza o fato típico aquele que se conduz tendo por finalidade a prática daquele fato que está descrito no tipo penal incriminador. De acordo com essa orientação, somente pode ser considerado autor da conduta delituosa aquele que sabe o que faz e quer fazer. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 379-380.)

A despeito da tipificação da referida conduta no Código Penal, verifica-se que ao estabelecer as regras para os planos privados de assistência à saúde, o legislador ordinário expressamente reconheceu a sua existência dentro do sistema privado de saúde, prevendo inclusive a possibilidade de rescisão do contrato do beneficiário em tais hipóteses, conforme se observa da leitura do disposto no art. 13, inciso II da Lei nº 9.656 de 1998¹⁰⁷.

Em relação aos médicos que prestam serviços às operadoras de planos privados, o leque de fraudes cometidas é bastante diversificado, o que, conforme já mencionado, decorre principalmente do conhecimento do funcionamento do sistema e do prestígio e respeito que gozam dos beneficiários, que não raro neles depositam uma confiança incondicional.

A primeira conduta contumazmente praticada pelos profissionais médicos para a angariação de vantagem econômica às custas da operadora – e que merece ser ilustrada, é o fornecimento de informações falsas em documentos relativos às operadoras, visando satisfazer interesse próprio ou de outrem.

Um exemplo a ser citado, é a falsificação de informações em prontuário médico, fazendo dele constar nomes de profissionais que não participaram do ato cirúrgico (favorecimento de terceiros), com o intuito de que sejam remunerados; ou ainda, para que o próprio cirurgião se valha dos referidos valores (ou parte deles), sob o falso argumento de que foi auxiliado por outro profissional.

Outra situação que bem ilustra o alegado, e igualmente se amolda ao tipo penal, é a alteração de informações quando do preenchimento do prontuário para majoração dos honorários a serem percebidos pelo ato, fazendo dele constar procedimento diverso do efetivamente realizado.

É o que se verifica quando o cirurgião descreve no prontuário que a cirurgia foi “aberta”, quando na verdade todo o procedimento foi realizado por vídeo

¹⁰⁷ **Art. 13.** Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º dessa Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (...)

II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência;

(videolaparoscopia, laparoscopia, etc.), cujos honorários normalmente são menores do que os referentes ao primeiro tipo de cirurgia¹⁰⁸.

Analisando a conduta típica descrita, verifica-se que se ajusta perfeitamente ao tipo descrito no art. 299 do Código Penal, que trata do crime de falsidade ideológica, e diz: *"Omitir em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular."*¹⁰⁹

Um fato curioso acerca dessa conduta refere-se aos riscos assumidos pelo profissional em prol de uma remuneração diferenciada, pois na hipótese de haver alguma intercorrência durante o ato cirúrgico que resulte na morte do paciente ou seqüelas permanentes, certamente o cirurgião principal e os demais médicos que constam do prontuário médico serão instados a responder pelos danos supostamente causados, já que, legalmente, participaram do ato.

Em se tratando da descrição de procedimento diverso do realizado, o risco assumido é muito maior, já que restaria prejudicada qualquer pretensão de provar que não foi negligente, imprudente ou imperito em seu atuar, uma vez que o prontuário médico é o documento que retrata a cirurgia em sua integralidade.

¹⁰⁸ A cirurgia aberta trata-se de uma incisão (corte). O cirurgião atua diretamente sobre os órgãos, com uma visão ampla e direta. A recuperação é mais lenta e de maior cuidado. No caso da videolaparoscopia, são feitos portais (pequenas incisões) no paciente. O médico opera manejando instrumentos que possuem uma pequena câmera de vídeo. A sala de cirurgia é cercada por monitores de televisão, onde são projetadas as imagens internas do corpo do paciente. É uma operação menos agressiva e de recuperação mais rápida, visto que o paciente sofre menos trauma nos tecidos e músculos, com cortes muito pequenos. A laparoscopia é uma técnica cirúrgica em que são utilizadas punções, e a cirurgia é realizada através de trocartes plásticos, pelos quais o cirurgião chega a área desejada utilizando pinças laparoscópicas apropriadas. O campo cirúrgico é mantido com a insuflação da área operada com CO² e a visão é obtida por uma micro-câmera que transmite a imagem para uma tela de vídeo.

¹⁰⁹ Observe-se que o fato se amolda ao tipo descrito na medida em que as declarações foram prestadas em documentos relativos à operadora, pois caso contrário, poder-se-ia falar no delito tipificado no artigo 302 do CP (falsidade de atestado médico), que diz: *Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Nesse sentido, vale colacionar o entendimento do já extinto Tribunal de Alçada de São Paulo, que sobre a questão assim já se posicionou: "Falsidade de atestado médico. Incide nas penas do artigo 302 do Código Penal o médico que fornece o atestado falso dispensando paciente de suas atividades laborativas, sem sequer consignar o tipo de enfermidade que acometeria o consultado, ignorando a necessidade de*

Nada obstante estes riscos, esta é uma prática comum envolvendo as operadoras de planos privados, principalmente utilizada para privilegiar profissionais médicos que não estão a ela vinculados, e que utilizam do nome do médico conveniado para atender os beneficiários dos planos, pagando a este uma porcentagem pelo uso do seu nome.

Outra prática muito comum utilizada pelos médicos conveniados para a obtenção de vantagens pecuniárias é a cobrança de consulta e/ou procedimento médico não efetivamente realizado.

Além de ser a mais comum das fraudes praticadas, esta conduta gera mensalmente enormes prejuízos financeiros às operadoras, os quais igualmente repercutem nos cálculos atuariais e reajustes dos planos, considerando que levam em conta o índice de utilização do plano pela massa de beneficiários, conforme anteriormente descrito.

Mas os reflexos dessa conduta também repercutem na esfera dos próprios médicos, que há anos almejam um aumento do valor da consulta paga pelas operadoras, cujos honorários médicos estão sem reajuste também por conta das excessivas despesas suportadas pelas empresas mensalmente neste sentido¹¹⁰.

No tocante a subsunção desse fato ao tipo penal, entende-se que se dá através do art. 171 do Código Penal¹¹¹, que trata do crime de estelionato e preconiza: *Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa*¹¹².

Uma situação que muito se assemelha a essa, e também é praticada por muitos profissionais da área, refere-se a obtenção de vantagens pecuniárias decorrentes de exames complementares solicitados sem indicação técnica e em número incompatível com a prática da especialidade.

fazer constar o código internacional da doença, obrigando a própria Secretaria a consigná-lo no rodapé. (RJDTACRIM 36/201)”

¹¹⁰ Vide nota 59.

¹¹¹ Vide nota 74.

¹¹² Assim já decidiu o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “A vantagem ilícita aludida no art. 171 do CP não consiste, necessariamente, na transmissão da propriedade. Qualquer proveito, mesmo a liberação de obrigações, a prestação de serviços ou simples uso de coisa cuja posse foi fraudulentamente adquirida, basta para integrar o estelionato (JTACRIM 41/133).”

Para exemplificar o mencionado, basta ilustrar a conduta do profissional médico que, para todas as consultas que realiza, independente do quadro clínico do paciente, solicita indiscriminadamente exames complementares para receber os honorários destes juntamente com os da consulta.

Como quase sempre o médico efetivamente obtém ganhos financeiros com essa prática¹¹³, ou seja, obtém vantagens, forçoso reconhecer que a conduta igualmente se ajusta a descrição legal do art. 171 do Código Penal.

Outrossim, vale sobrelevar que, na hipótese do médico solicitar exames além do número indicado pela especialidade, porém, colocando em risco a vida ou a saúde do paciente - mesmo que com isso não almeje obter qualquer tipo de vantagem financeira, estará incorrendo do delito descrito no art. 132 do Código Penal, que trata do perigo para a vida ou saúde de outrem, e determina: “*Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.*”

Existem realmente exames cuja indicação técnica e limitação de execução existe em razão dos riscos a que se expõem o paciente através da sua simples realização, como os exames de Raio X, exames que exigem sedação ou anestésicos (a exemplo da endoscopia digestiva), tomografias; para os quais aplicar-se-á o disposto no referido art. 132 do Código Penal, em razão do efetivo risco a vida ou saúde do beneficiário.

Veja-se que há um leque de situações que são praticadas pelos profissionais médicos que se amoldam a tipificação legal descrita pelo art. 171 (e em outros dispositivos legais referentes à modalidade de falso ideológico e material) do Código Penal, a exemplo da cobrança de quantia complementar diretamente dos beneficiários das operadoras pelos médicos conveniados, ou atendimento do beneficiário com a prática dissimulada de atendimento em caráter particular, ou seja, o médico o induz o beneficiário a acreditar que para aquele tipo de procedimento não há cobertura contratual; entre tantos outros, que por sua vez prescindirão da

¹¹³ Como se trata de um crime material, só se pode falar em consumação através da efetivação do resultado, caso contrário, será necessário fazer uso da norma de extensão do art. 14, inciso II do CP, quando o agente responderá pelo crime de estelionato tentado. Além disso, é indispensável que tenha sido praticada alguma espécie de fraude.

análise da ocorrência efetiva da fraude no caso concreto, mas que bem se prestam a ilustrar a variedade de situações vivenciadas pelas operadoras diariamente.

Outrossim, independente da subsunção dos fatos acima descritos aos tipos penais elencados no Código Penal, o beneficiário ou médico infrator responderá também na esfera administrativa, sofrendo as conseqüências descritas nas normas das empresas privadas, face a independência entre uma esfera e outra.

Quanto a citada possibilidade de um dirigente ou diretor de uma operadora de planos privados apropriar-se ou desviar valores para si, responderá penalmente pelo delito descrito no art. 168, § 1º, III do Código Penal, que trata do crime de apropriação indébita, com pena aumentada de um terço pelo fato do delito ter sido praticado em razão de emprego¹¹⁴.

É importante noticiar que o legislador ordinário, quando da criação da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, igualmente tratou da questão, determinando a possibilidade de alienação da carteira de beneficiários para outra operadora, bem como regime de direção fiscal e liquidação extrajudicial; sem prejuízo das sanções penais cabíveis¹¹⁵.

¹¹⁴ Nesse caso, a hipótese é de aumento de pena, que não se confunde com delito qualificado.

¹¹⁵ É o que se verifica da leitura do art. 24 da sobredita lei, que ao tratar do assunto dispõe: Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina dessa Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. § 1º O descumprimento das determinações do diretor fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarreta o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurando ao contraditório, sem que isto implique efeitos suspensivos da decisão administrativa que determinou o afastamento. § 2º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação.

Ainda: Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 notabilizou-se por destacar tópicos como os direitos fundamentais, competindo ao Estado assegurar a todos os cidadãos um conjunto de prestações sociais em consonância com a idéia de dignidade da pessoa humana.

São os chamados direitos fundamentais do homem, consagrados no art. 1º da Carta Política, no qual há que se inserir o direito à saúde, assim entendido como a concretização da sadia qualidade de vida – uma vida com dignidade, e que somente será alcançada mediante a observância de todos os demais direitos sociais constitucionais, pressupondo-se assim, uma noção muito mais ampla do que a mera erradicação de doenças.

O direito à saúde, portanto, apresenta-se imprescindível à realização de uma vida em consonância com o objetivo máximo colimado pelo legislador constituinte, que é a dignidade da pessoa humana, o que justifica a sua inserção no Estado Democrático de Direito como um direito fundamental.

Considerando tal característica e a completa incapacidade do Estado em provê-la sozinho, houve por bem o legislador em facultar à iniciativa privada prestá-la de forma complementar, oportunizando a inúmeros indivíduos a possibilidade de terem um atendimento condigno e condizente com suas reais necessidades, suprindo-se assim, a deficiência daquele para com a população.

Porém, o encarecimento dos custos assistenciais de saúde, o surgimento de novas técnicas consubstanciadas nos chamados “procedimentos de alta complexidade”, a burocracia da qual se revestiu o funcionamento do sistema, a baixa remuneração dos profissionais, a intervenção do Estado nas operadoras de planos privados entre outros fatores, contribuíram para o surgimento de fraudes dentro do sistema, praticadas tanto por médicos como por beneficiários, a exemplo da cobrança de procedimentos não realizados e a cobrança de ato médico diverso do realizado.

Assim, considerando os interesses jurídicos a serem tutelados e a imensa coletividade de beneficiários alcançados, há que se reconhecer a necessidade de haver uma intervenção do Ministério Público para, quando devidamente instado a

pronunciar-se a respeito desses ilícitos penais, tomar as medidas legais cabíveis, protegendo tanto as operadoras como os consumidores dessa espécie de serviço.

Tal iniciativa, a despeito do interesse individual dos lesados de serem reparados dos danos eventualmente sofridos, visa proteger o sistema econômico que rege as relações de consumo havidas nesta seara e o mercado propriamente dito, gerando segurança jurídica às relações estabelecidas entre fornecedores de serviços de saúde e consumidores, e evitando que o seu desequilíbrio seja de tal monta, que gere a sua eventual inviabilidade, onerando ainda mais o Sistema Único de Saúde (SUS), que certamente não terá condições de atender a essa coletividade de beneficiários.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Processo Civil e Interesses Difusos e Coletivos**: questões resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

Autogestão em Saúde no Brasil: 1980-2005: história da organização e consolidação do setor: São Paulo: Unidas – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, 2000.

BARROSO FILHO, José. A Tutela Penal das Relações de Consumo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 13, p. 14, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. O Direito Penal do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 103-129, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BOSCO, Maria Goretti Dal. Ministério Público e a Garantia de Direitos Fundamentais e Sociais diante do Princípio da Eficiência nas Políticas Públicas. **Revista Juris Síntese**, n. 43, 2003.

COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1998.

CAMARGO, Ruy Monteiro Cintra de. **Medicina de Grupo**: estudo sobre a conceituação e área de competência médica no seguro privado. Rio de Janeiro: Federação Nacional de Seguros, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Constituição Federal Interpretada pelo STF**. 7. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DAL MOLIN, Waldirene Gobetti; BLANCHET, Luiz Alberto. **Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos prestados mediante**

Concessão. Curitiba, 2005. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciência Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

DOTTI, René Ariel. O Direito Penal Econômico e a Proteção do Consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, São Paulo, n. 33, p. 131-157, 1982.

ECHEVERRIA, Daniela Marques. A Aplicação dos Direitos Humanos Fundamentais no Ordenamento Jurídico. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v. 2, n. 1, p. 103-115, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FONSECA, Antonio Cezar de Lima. **Direito Penal do Consumidor: código de defesa do consumidor e Lei nº 8.137/90**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FORTEZA, Dulcinéia Zampieri. **Saúde: Planos Privados de Assistência Suplementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 345-362, 2004.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Direitos do Consumidor: referenciado e legislação correlata**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela Penal do Consumo: abordagem dos aspectos penais do código de defesa do consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27. dez. 1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

GERSCHMAN, Silvia; SANTOS, Maria Angélica Borges dos. **O Sistema Único de Saúde como Desdobramento das Políticas de Saúde do Século XX**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext > Acesso em: 2 jan. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 2004.

LUIZI, Luiz. A Tutela Penal do Consumidor. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 59-77, 1991.

MACERA, Andréa Pereira; SAINTIVE, Marcelo Barbosa. **O Mercado de Saúde Suplementar no Brasil**. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2004-1/doctrab31.pdf > Acesso em: 28 dez. 2006.

MACHADO, Marlon Wander. **Crimes nas Relações de Consumo**: comentários e análise jurisprudencial dos crimes contra o consumidor, contra a economia popular e tipos específicos do código penal. São Paulo: Wvc, 2001.

MALTA, Deborah Carvalho; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MERHY, Túlio Batista Franco; JORGE, Alzira de Oliveira; COSTA, Mônica Aparecida. **Perspectiva da Regulação na Saúde Suplementar diante dos Modelos Assistenciais**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid > Acesso em: 02 jan. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENEZES, Paulo Lucena de. A Proteção Jurídica das Minorias no Sistema Constitucional Brasileiro: uma visão panorâmica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 129-142, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTE, Mário Ferreira. **Da Proteção Penal do Consumidor**: O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997. v. 3.

MILANEZ, Daniela. O Direito à Saúde: Uma Análise Comparativa da Intervenção Judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 199-201, 2004.

NORONHA, Fernando. Direito do Consumidor: surgimento, especificidades e relações com os direitos civil e comercial. **Revista da Faculdade de Direitos da UFSC**, Santa Catarina, v. 2, p. 21, 1999.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Uma Reflexão sobre o papel da ANS em defesa do interesse público. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 6, p. 1303-1317, 2005.

PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. **Iniciativa privada e saúde**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000100011&script=sci_arttext > Acesso em: 19 dez. 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 661, p. 249-258, 1990.

PINTO, Luiz Felipe. **Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil.** Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n1/19826.pdf> > Acesso em: 28 dez. 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1999.

SABATOVSKI, Emilio. **Planos e Seguros de Assistência à Saúde.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

SANGUINÉ, Odone. Introdução aos Crimes contra o Consumidor – perspectiva criminológica e penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 675, p. 315-329, 1992.

SANTOS, Isabela Soares. **Planos Privados de Assistência à Saúde no Mundo do Trabalho.** Rio de Janeiro, 2000. 144 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Departamento de Administração e Planejamento em Saúde, Escola Nacional de Saúde Pública.

SANTOS, Jurandir dos. Cooperativa de Trabalho Médico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 324-336, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em: 14 de nov de 2006.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde.** Curitiba: Juruá, 2003.

SCHOMMER, Antônio Alberto. A Constituição Federal de 1988 a Cidadania e os Direitos Humanos, **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v. 2, n. 1, p. 25-28, 2000.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico: comunitário, español, alemán.** Barcelona: PPU, 1993.

TIEDEMANN, Klaus. El Concepto de Derecho Economico, de Derecho Penal Economico y de Delito Economico. **Cuadernos de Política Criminal**, Caracas, n. 28, p. 73-74, 1986.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da Proteção do Consumidor. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 89, 1995.

ZANELLATO, Marco Antonio. O Direito Penal Econômico e o Direito Penal de Defesa do Consumidor como Instrumentos de Resguardo da Ordem Pública Econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 145-167, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)