

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICÊNCIA ÀS EMPRESAS DE PLANOS DE SAÚDE: A BOA-FÉ OBJETIVA E O CUMPRIMENTO DO DEVER DE NÃO LESAR

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF NON-MALEFICENCE TO HEALTH PLAN COMPANIES: OBJECTIVE GOOD FAITH AND COMPLIANCE WITH THE NOT TO HARM DUTY

Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade¹

Resumo

O presente artigo aborda a correlação entre os princípios jurídicos e os princípios bioéticos, reforçando a necessidade de uma tutela especial da saúde no sistema brasileiro, que busque coibir de forma mais contundente violações contratuais realizadas por empresas de saúde suplementar. O princípio da não maleficência equivale ao princípio da boa-fé; o princípio da justiça ao princípio da função social, tais equivalências devem resultar em sanções de natureza pecuniária mais elevada, além de sanções administrativas, como suspensão de negociação e impedimento do exercício da atividade econômica.

Palavras-chave

Não maleficência. Aplicação. Planos de saúde.

Abstract

This article addresses the correlation between legal principles and bioethical principles, reinforcing the need for special protection of health in the Brazilian system, to more forcefully curb contractual violations carried out by supplementary health companies. The principle of non-maleficence is equivalent to the principle of good faith; the principle of justice to the principle of social function, such equivalences must result in sanctions of a higher pecuniary nature, in addition to administrative sanctions, such as suspension of negotiations and impediment to the exercise of economic activity.

Keywords

Non-maleficence. Application. Health insurance.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o número de processos judiciais contra empresas prestadoras de saúde suplementar aumentou significativamente, tendo sido identificado em 2022 um aumento de 164 mil novos processos contra empresas de planos de saúde suplementar, segundo o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023). Esse fato tem diferentes causas, considerando as variadas situações vivenciadas pelo paciente consumidor, como negativas para coberturas de tratamento e fornecimento de medicamentos, reajustes acima do índice inflacionário e demora na prestação do serviço.

A prestação de serviço de saúde suplementar é uma atividade empresarial, estabelecida nos moldes de relação contratual e está submetida aos regramentos legais consumeristas. Contudo, tal objeto contratual tem aspecto peculiar, por se tratar de bem jurídico tutelado constitucionalmente, estando intrinsecamente vinculado à dignidade da pessoa humana. Nesse panorama, há de se questionar se às empresas prestadoras de saúde suplementar deve ser aplicado o princípio bioético da não maleficência e, nesse caso, quais as implicações isso poderia trazer.

O objetivo desse artigo é demonstrar que todo aquele que atua no setor da saúde deve realizar suas atividades sem perder de vista os princípios da boa-fé objetiva e do *neminem*

¹ Especialista, Mestre e Doutora em Direito – UFPE. Advogada e Professora da Faculdade Damas – PE.
E-mail: renata.andrade@faculdedamas.edu.br

laedere, expressões jurídicas correspondentes ao princípio bioético da não maleficência e da justiça. Apesar de se tratar, historicamente, de um dever imposto aos profissionais médicos, a não maleficência é comando de agir diante do paciente. Diferentemente do passado, a saúde hoje é explorada como atividade econômica organizada, orientada ao lucro e enriquecimento do empresário. Não há por que tratar o empresário da saúde de forma lateralizada aos procedimentos médicos e por isso a legislação deve ser aplicada com rigor como realização da justiça.

A metodologia aplicada foi a bibliográfica e documental, com análise de dados coletados em notícias e pesquisas já publicadas, sobre a judicialização da saúde e os impactos na vida dos usuários de planos de saúde suplementar.

2. A SAÚDE COMO ELEMENTO DE EMPRESA

Em meados de 1960 do século passado, o país atravessou excelente momento econômico, com grande desenvolvimento das indústrias e elevado número de trabalhadores, que eram vinculados ao sistema de previdência e assistência social (posteriormente unificados no extinto Instituto Nacional da Previdência Social - INPS, que resultara da junção dos institutos previdenciários estabelecidos por categorias profissionais, em 1966) (Pietrobon; Prado; Caetano, 2008, p. 770-771))

Há divergências de fontes quanto ao reconhecimento da primeira empresa de plano de saúde no Brasil. Há quem entenda que sua origem está relacionada com o crescente número de trabalhadores formais, na década de sessenta do século passado, quando houve impactação nos atendimentos médicos e hospitalares da rede pública, impulsionando a expansão de um sistema particular, surgindo em São Paulo com a fundação da Policlínica Central, em 1956, pelo médico Julian Czapski. No modelo de negócio, adotava-se o sistema coletivo de custeio da saúde semelhante ao atual: os usuários do plano pagavam mensalmente, formando um capital compartilhado a ser utilizado quando havia a necessidade de atendimento médico por um de seus contribuintes (Czapski; Medici, 2011).

A atividade, entretanto, só foi regulamentada em 1998, por meio da Lei nº 9.656, que trata dos planos de saúde e das empresas deste ramo, que são as operadoras. Em dados obtidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, em 2021, é possível verificar que oitenta por cento dos planos comercializados no país são coletivos empresariais, movimentando uma receita média de R\$ 163 bilhões de reais em 2020 (ANS, 2021).

No Brasil, o Sistema Único de Saúde – SUS, foi criado pela Constituição Federal de 1988 e implementado pelas Leis nº 8.080 e 8.142, ambas de 1990, atualizadas pelo Decreto nº 7.508/2011, com objetivo de viabilizar assistência médica e hospitalar à população em geral, sem distinções de qualquer natureza. Substituiu, portanto, o INAMPS, fundido ao INPS, dando origem ao Sistema Único de Saúde e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Pietrobon; Prado; Caetano, 2008, p. 770-771).

Não há de estranhar que o atendimento médico-hospitalar e os programas de prevenção e assistência à saúde estejam impactados na rede pública, afinal o Brasil é um país com uma população de quase 218 (duzentos e dezoito) milhões de habitantes, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. Mais de 70% (setenta por cento) desse número são de pessoas assistidas pelos SUS, segundo dados do próprio IBGE.

Em 2019, cerca de 8,5 milhões de pessoas estiveram presentes durante 24 horas ou mais em hospitais do SUS; em porcentagem isso representa 64,9% de todas as internações no Brasil. Na Região Norte (77,8%) e no Nordeste (76,2%), foi constatado que houve maior número de internações, enquanto o Sudeste apresentou uma taxa com menos de 60%.

Entre os principais motivos pela procura dos brasileiros pelos serviços de saúde do SUS, estão: doenças ou tratamentos (48,2%) e cuidados de rotina (25,1%). (<https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pns/pns-2019>)

Esse número de atendimentos apresenta um importante diagnóstico para o enfrentamento dos desafios ao sistema de saúde. O empobrecimento da população, diante das inúmeras crises econômicas do país e as variadas tentativas para conter a inflação, com renda familiar reduzida, impulsiona o cidadão a buscar os serviços públicos, em detrimento da rede privada dos tratamentos médicos.

A atividade empresária se desenvolve de modo profícuo na constatação da escassez de bens, suprimindo essa lacuna através do desenvolvimento de meios que atendam essas lacunas. A ideia de empreender guarda em si essa aptidão de se lançar no mercado, para atender uma demanda.

Na concepção do legislador brasileiro, extraída do artigo 966 do Código Civil de 2002² – diploma legal que se aplica ao regramento geral do direito de empresa no país –, a empresa é uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, exercida profissionalmente, por uma pessoa física (empresário individual) ou jurídica, em sua configuração unitária (sociedade limitada unipessoal) ou coletiva (sociedades com mais de dois sócios).

Foi das ciências econômicas que o legislador articulou os elementos da empresa, destacando como seus elementos jurídicos a organização, a profissionalidade e os fatores de produção; e o elemento econômico, o lucro. O lucro não é considerado elemento jurídico, pois se assim o fosse, empresário que não lucra, deixa de ser empresário; o que, obviamente, não é o caso. Claro que o objetivo do empresário, em última instância, é a realização do lucro; é a sua finalidade econômica, mas não é um elemento caracterizador do conceito jurídico de empresa.

2.1 COMPREENSÃO DA FUNÇÃO ECONÔMICA E DA FUNÇÃO SOCIAL

Na Antiguidade, em tempos de paz, era possível exercer direitos de propriedade sem maiores problemas práticos, uma vez que, reconhecido o domínio sobre extensas áreas, o proprietário não experimentava limitações do uso decorrente do direito de vizinhança local, por exemplo. A instabilidade da manutenção do domínio tinha como ameaças as constantes guerras por disputa de limites geográficos, poder político e econômico, pois a mudança de controle político implicava numa redistribuição de propriedades.

Daí se dizer que no direito romano antigo, a propriedade gozava de quatro atributos: usar, fruir, dispor e o direito de abusar. O proprietário poderia fazer do objeto de seu domínio o que lhe aprouvesse.

Mas a propriedade, como forma exclusiva de exploração, sempre suscitou questionamentos acerca de seu fundamento. Por que alguns poderiam exercer domínio sobre coisas e outros não? Haveria um direito natural à propriedade, inato a todo ser humano?

Desde sempre, a ideia de que a propriedade deve cumprir uma função, justificou a distribuição de bens de modo desigual. Inicialmente, a função da propriedade como meio geopolítico de construir impérios: grandes áreas para defesa, em caso de ataques; construções monumentais para agradar os líderes; templos extraordinários, como demonstração de adoração aos deuses; tudo tinha que ser congregado sob as mãos de poucos, para facilitar o controle.

² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Durante séculos, a manutenção da ideia de que a propriedade tinha que cumprir um papel para justificar a sua própria natureza jurídica dentro do sistema, permitiu legitimar uma distribuição desigual de propriedade. Durante toda a Idade Média, os Estados absolutistas exerceram essa hegemonia de controle sobre a propriedade, garantido a alguns poucos o domínio sobre bens, especialmente os imóveis.

A Igreja Católica foi uma defensora desse estado de coisas. Interessava à Igreja o controle centralizado de seus domínios, conquistados pelos reis católicos, fazendo perpetuar ainda por muito tempo esse poderio. Confrontada, coube à própria Igreja defender a função da propriedade, como exercício necessário da sua própria existência. O desenvolvimento dos estudos jurídicos, na Idade Média, coube justamente aos membros da Igreja, que tinham os privilégios da leitura e da escrita.

É creditado a vários personagens católicos, posteriormente denominados Santos da Igreja, a elaboração dos estudos do jusnaturalismo e a defesa do papel da propriedade na vida do indivíduo. É a mesma Igreja Católica uma grande contribuinte do desenvolvimento dessa funcionalização da propriedade.

A propriedade individual deve ser garantida e o seu papel deve ser garantir a subsistência do indivíduo. Por isso, a função da propriedade muda no tempo e no espaço. Ora sinônimo de função política; ora função econômica; ora função de segurança. As variantes do papel da propriedade mudam em razão do período histórico e da localidade. Mas uma ideia começa a tomar fôlego: a de que a propriedade deve ser garantida a cada um, individualmente.

A Revolução Francesa é o marco político da ruptura do Estado absolutista, fazendo surgir um Estado Moderno, submetido à ordem da lei, e não à ordem do Rei, que se dizia enviado de Deus, para ditar aos mortais a sua vontade. Era importante submeter também o Estado à lei, para limitar seu poder absoluto sobre tudo e sobre todos. A propriedade privada individual é uma afirmação política nessa nova ordem. Embora seja assegurado a todos formalmente, o direito à propriedade individual, sob o ponto de vista material, não tem como ser garantido a todos. Forma-se uma luta de classes entre opressores e oprimidos, mediante a exploração do trabalho. A atividade mercantil faz parte dessa engrenagem, em que os ricos são os donos do comércio e os pobres os trabalhadores, que movimentam essa máquina.

A propriedade poderia ser assegurada na lei, mas o papel da propriedade continuava sendo um meio de legitimação da desigualdade, pois sua função era econômica. No auge do Estado Moderno, em contraposição à presença marcante do Estado absolutista, o liberalismo econômico ditava quem poderia adquirir bens e em que medida tais bens poderiam ser utilizados por seus proprietários. Uma perpetuação da mesma ideia da antiguidade: poucos com muito, muitos com pouco, para melhor exercer o poder de controle.

Contudo, a semente plantada pelos padres juristas da Igreja Católica começa a produzir seus frutos. Os estudos publicados naquele período, sobre a função da propriedade garantir a proteção do indivíduo e não a sua exploração, é retomada, com contornos agora de confrontação entre o seu papel exclusivamente econômico e o seu papel social. Esse novo elemento social é resultado da força de um movimento socialista que marcou o século XX. E a defesa de que a propriedade só pode ser garantida pela realização de sua função social, toma corpo.

Nesse período, o reconhecimento de que direitos individuais devem ser garantidos pelo Estado e que, entre tais direitos, encontra-se a propriedade privada como expressão de cidadania, é absorvido pela grande maioria dos países ocidentais. A revolução social deixa como legado a ideia de que a propriedade deve cumprir uma função social e esta só é alcançada quando o Estado garante o acesso à propriedade privada para todos; quando o Estado defende a propriedade privada; quando a propriedade privada é destinada para fins produtivos, que podem favorecer o desenvolvimento social.

Podemos dizer, então, que a ideia de função da propriedade é muito antiga. O que muda, no tempo e no espaço, é o que se entende por essa função, enquanto causa do próprio direito de ser proprietário. Dentre as várias justificativas, já tivemos a propriedade como meio de garantir segurança geopolítica, como manifestação do poder divino, como causa econômica, como causa social. Perceba que o papel não tem a ver com o sujeito, necessariamente. Por isso, entender a função social como exercício de direito coletivo não é um corolário necessário. Não se deve confundir função social com interesse coletivo. Trata-se de um interesse da sociedade e não de uma coletividade de pessoas.

3. OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Parece senso comum entre os pesquisadores do tema, que a expressão bioética tenha sido cunhada em meados de 1970 do século passado, com o significado de perspectiva ética da relação do ser humano com a biosfera, nos termos desenvolvidos por Van Rensselaer Potter (2016). Em sua obra, o autor relaciona as mudanças climáticas decorrentes da intervenção humana na ordem natural como uma grave e real ameaça à sobrevivência da humanidade, daí fazer a proposição do desenvolvimento de um ramo dos conhecimentos humanos para abordar as reflexões éticas das condutas humanas e suas impactações no campo da vida, com viés interdisciplinar.

A despeito do fato de que o termo bioética tenha surgido naquela década, alguns bioeticistas sustentam que a bioética é fruto do julgamento dos médicos nazistas, ocorrido na cidade de Nuremberg em 1947. No julgamento comprovou-se que experimentos feitos em nome do avanço científico foram realizados por médicos com pessoas detidas nos campos de concentração, independentemente de seu consentimento. A flagrante violação do juramento de Hipócrates – de fazer o bem e nunca causar mal – pôs em xeque a crença de que o médico sempre age visando ao interesse do paciente. Esse capítulo da história da humanidade fez aflorar a visão de que o desenvolvimento científico não deve alijar a verificação ética e a de que a beneficência da prática da medicina não é imanente, porque as condições de sua presença são socialmente forjadas. Embora não existisse o vocábulo bioética, o julgamento de Nuremberg e os princípios dele decorrentes, que estabeleceram parâmetros éticos para pesquisas envolvendo seres humanos, prenunciam o cerne da preocupação bioética sobre a eticidade do desenvolvimento científico e sua aplicação tecnológica, bem como dos valores morais e julgamentos em torno da relação médico-paciente. (Carreiro; Oliveira, 2013, p. 54-55).

De todo modo, não há dissenso sobre a percepção original potteriana de que a bioética é o *locus* de aproximação entre os diversos saberes humanos que tenham preocupação ética e busquem valorar as condutas humanas em prol da melhor condição de vida humana.

Em 1978, foi publicada a obra de Tom Beauchamp e James Franklin Childress sobre os princípios da ética biomédica, quase como uma decorrência das implicações éticas nas pesquisas com seres humanos. Na obra, os autores referem quatro princípios: não maleficência (implicando no campo médico o compromisso de não agravar a situação do paciente, como impõe até os dias atuais o juramento de Hipócrates); a beneficência (a busca pela promoção do bem estar de todos); a autonomia (privilegiar, sempre que possível, a autodeterminação do indivíduo); e a justiça (distribuir saúde como bem escasso, considerando os beneficiários do tratamento e as condições das pessoas que participam de pesquisas) (Beauchamp; Childress, 2002).

Com o desenvolvimento dos estudos e a ampliação do campo de interconexão da bioética, novas perspectivas se somaram ao entendimento original dos princípios bioéticos, adaptando e alargando sua aplicação. Esse é o papel do princípio, como comando de otimização de interpretação e aplicação de regras, adaptável no tempo e no espaço. Assim, é

possível reconhecer o princípio da autonomia bioética na utilização das diretivas antecipadas em tratamentos médicos e procedimentos em internamento hospitalar; a beneficência na ampliação da cobertura de atendimentos multidisciplinares em pacientes com transtorno do espectro autista (TEA) ou do mal de Alzheimer; a justiça na manutenção de sistema de saúde único, que oferece o acesso da saúde a todas as pessoas, sem distinções; e a não maleficência quando o médico seleciona medicamentos e tratamentos menos agressivos à condição já afetada do paciente.

Os princípios bioéticos no campo da saúde podem ser ampliados pelo princípio jurídico da boa-fé, identificado este inclusive como expressão do dever geral de conduta que deve permear toda a ação humana nas variadas relações do cotidiano, para além do campo negocial (Cordeiro, 2011, p. 1258-1281) e, no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça brasileiro (Jusbrasil, 2024).

Em que pese se reconhecer um campo vasto e interdisciplinar da Bioética, originária inclusive de seu próprio nascedouro, não se afasta a junção de todas as preocupações com a humanidade e os diversos campos do saber:

O campo da bioética foi erguido nos Estados Unidos, como produto tipicamente estadunidense, com princípios e características que pudessem dar conta dos interesses e dos problemas daquela sociedade. Dois locais são considerados o berço da bioética nos EUA: em 1970, na cidade universitária de Madison, na Universidade de Wisconsin, com Van Rensselaer Potter, e, em 1971, com o The Kennedy Institute of Ethics, da Universidade de Georgetown, em Washington, com André Hellegers. O primeiro preocupado com os avanços e descompasso entre as ciências com as humanidades e o segundo na busca de uma ética médica. (Sganzerla; Zanella, 2020, p. 21).

Não parece que os princípios bioéticos possam ser tratados no campo jurídico, do mesmo modo que os princípios jurídicos o são. Isso se dá porque, em Direito, o princípio jurídico tem assumido força normativa para orientar a interpretação do direito e fundamentar a construção de efeitos a partir de condutas e comportamentos. Há que se questionar, portanto, duas situações: poderia o princípio bioético ser aplicado às pessoas jurídicas? Poderia o princípio bioético corresponder a um princípio jurídico?

3.1 A NÃO MALEFICÊNCIA E SUA CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

De início, vale explicar que o princípio da não maleficência decorre de uma condição natural e derivada do exercício da medicina, enquanto ciência originalmente voltada ao tratamento da pessoa enferma. Assim, o médico não deve adotar técnicas e procedimentos que agravem a condição do paciente, quando o resultado não traga benefícios suficientes. É que na história da humanidade não faltam registros de casos escabrosos de “tratamentos” para a cura de doenças, que efetivamente conduziam muito mais à piora ou à morte, do que a melhora dos próprios sintomas da doença.

É imperioso que o tratamento proposto pelo médico de fato não piore ou não seja de alguma utilidade para o paciente, quando não há comprovação de seus benefícios. Daí se dizer que se a medicina deve se pautar pela beneficência, ou seja, que seja movida pelo fazer do bem, igualmente se espera que haja abstenção de condutas que, se não estão voltadas para o bem, ao menos não agrave o mal.

É possível, nesse caso, perceber que a orientação principiológica da não maleficência se relaciona com situações diretas e anexas ao exercício da proteção da saúde. De modo semelhante, é o que ocorre com o princípio da boa-fé em direito, fundamentando condutas diretas e anexas nas relações negociais, sobretudo, embora não exclusivamente.

Há de se reconhecer, todavia, as limitações práticas das sanções possíveis em condutas dissociadas dos comandos principiológicos da Bioética. Os princípios jurídicos, porém, podem ser essa força motriz para a conjugação dos princípios éticos, como já dito por Juraciara Cardoso (2015, p. 262), inclusive pela interação natural de suas correspondências no campo do exercício prático (Cardoso, 2015, p. 281).

É possível afirmar que a introdução da ideia de boa-fé objetiva se dá de modo definitivo, como indicador de um conjunto de condutas objetivamente apreciáveis na relação obrigacional, após os primeiros estudos que relacionavam a boa-fé à culpa *in contrabendo*, notadamente na fase preparatória dos contratos (Andrade, 2017, p. 63). Disseminada na Europa moderna pelos estudos de Franz Leohnard, resta consolidada após a publicação da tese de Menezes Cordeiro (2011), influenciando definitivamente todo o direito obrigacional brasileiro.

Em que pese as noções de boa-fé estarem ligadas às motivações e intenções do ser humano, a sua objetivação gerou o distanciamento entre o elemento subjetivo, de difícil apreciação, sobrelevando a conduta do sujeito em situações determinadas. Assim, não se infere a motivação como preponderante para indicar se a escolha da conduta nos negócios jurídicos estava ou não contrária à boa-fé, mas se o comportamento realizado foi ou não correto eticamente.

A boa-fé passa a ser tratada como um conceito ético e social, reconhecível também fora do Direito, que não altera em sua essência, daí podendo se afirmar que a boa-fé não é uma prerrogativa do direito (Silveira, 1972, p. 11).

Em seu artigo 422 do Código Civil brasileiro de 2002, o legislador estabeleceu expressamente o dever de agir com boa-fé nas relações negociais, desde as tratativas até a execução³. Há de se ressaltar, ainda, que o legislador foi mais além e conjugou a conduta ética com o agir moral, ao tratar da probidade como complemento da conduta ética. Assim, não está permitido contratar contrariando a ética e a moral.

Claro está que o alcance desse comando normativo é definitivo para a manutenção da ordem jurídica ideal, verdadeira determinação de não lesar. Para o legislador, ao dispor sobre o direcionamento das condutas negociais em respeito à ética e à moral, restaria para o campo da responsabilização situações residuais. Entretanto, não é isso que se tem visto no país.

A cultura nacional de povo pacífico (ou passivo, nesse caso) do povo brasileiro cuidou de conformar a indignação com a ideia inatingível de uma ordem ideal, metafísica, de direito justo. Mas não se pode continuar nesse estado de aceitação e de negação da própria ordem jurídica estabelecida. A lei é geral para todos e seu dispositivo deve ser cumprido, tal já era a lição de Hans Kelsen (1999). Nessa ordem de ideias, o agir ético é uma determinação inafastável nas relações contratuais. E a relação entre o paciente e o seu plano de saúde suplementar é contratual, estando, portanto, dentro dessa determinação.

É razoável entender o princípio da não maleficência como equivalente ao princípio da boa-fé objetiva. Ambos se moldam sobre a ética e se pautam sobre o dever de não lesar.

3.2 O princípio bioético da justiça e a função social da empresa de saúde suplementar

A função da propriedade, mesmo quando titularizada por um único indivíduo, é social, na medida em que o seu exercício se realiza no interesse da sociedade. É do interesse social que a propriedade não sirva como meio de opressão ou de improdutividade, pois na contemporaneidade, num mundo com bilhões de pessoas, a concentração de renda que conduz ao controle de acesso à propriedade é apenas a repetição da história antiga da humanidade. O fato de dizermos que a propriedade só deve ser garantida se o seu papel

³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

social for realizado, não significa nada para a solução dos mesmos problemas que se perpetuam século após século, nos diversos espaços. O que deve mudar é a função da concentração da propriedade, não o papel da propriedade em si mesma.

Nesse sentido, a função da concentração da propriedade pode ser um bom condutor para analisarmos a atuação empresarial na contemporaneidade, pois, se a função da empresa deve também atender a um papel social, vejamos o que isso quer significar e como isso tem sido tomado pelo nosso ordenamento jurídico.

Sob o ponto de vista individual, a empresa cumpre sua função quando consegue enriquecer o seu titular, o empresário. Essa função econômica não pode ser garantida pelo Direito. Tal afirmativa é verdadeira. De fato, não é o Direito que fará cumprir a função econômica da empresa, para o empresário, mas o mercado, sim. Então, a função econômica está a cargo do mercado econômico, em que a empresa está inserida.

Mas, sob o ponto de vista social, qual a função da empresa? Aqui, sim, podemos dizer que a função da empresa é econômica, pois cabe à atividade empresarial produzir e circular bens e serviços, em atendimento às demandas de todos que compõem a sociedade.

Há de se distinguir a função da empresa entre social e econômica; entre individual e social.

Assim, podemos afirmar: do ponto de vista individual, a função econômica da empresa é atingida quando enriquece o empresário; e a função social quando bens e serviços atendem à demanda.

Por sua vez, sob o ponto de vista social, a função social da empresa é alcançada quando a circulação de riqueza não produz concentração, o que resulta no desequilíbrio social; e a função econômica é alcançada quando a riqueza produzida aumenta o PIB do país.

Podemos avançar ainda mais, ao observar que: a empresa, sob o aspecto individual do empresário, tenta sempre garantir o resultado econômico, como fica evidenciado no comportamento de muitas companhias de capital aberto, que mantêm o interesse dos investidores acima dos interesses dos próprios consumidores. Atender às demandas de mercado, respeitando os direitos dos consumidores, dos trabalhadores e da sustentabilidade ambiental são próprias do campo da função social da empresa, sob o ponto de vista individual, mas esse aspecto nem sempre é prioritário para garantir o resultado econômico. Aqui já é possível localizar dissociação entre função econômica e função social.

Sob o ponto de vista social, as expectativas da sociedade em relação ao desempenho de uma empresa necessariamente exigem um equilíbrio exato entre as funções econômica e social, pois o fator do desenvolvimento econômico, que interessa a todos, não pode ser dissociada de seus aspectos sociais. A instalação e manutenção de indústrias que poluem, que prejudicam o desenvolvimento humano e impactam o meio ambiente de modo permanente, são inaceitáveis nos dias de hoje, sob o aspecto da função social da empresa. A questão é: ao tratar da função social da empresa, o que de fato está se querendo dizer?

Ao que parece, se no campo prático houver permissão na flexibilização de garantias fundamentais constitucionalizadas, como proteção do trabalhador, do meio ambiente, da concorrência leal, da formação e do exercício profissional, está a garantir, por via oblíqua, apenas a função econômica da empresa – e sob o ponto de vista exclusivamente individual. Não está mensurando a função econômica e a função social, sob o ponto de vista exterior, da sociedade, em relação à empresa, e do quão importante a empresa é para o desenvolvimento social.

Daí se concluir que o liberalismo econômico como parâmetro de conduta nas empresas, tende a manter vivo o sistema dos séculos negros da Idade Média, como claro desserviço social. De fato, há função social e função econômica da empresa; e a exclusão de uma não garante a outra. A simbiose da função socioeconômica é imprescindível para a correta mensuração entre a colaboração do Estado e a exploração individual da empresa,

sobrelevando muito mais seus aspectos sociais, sem, contudo, deixar de realizar as funções econômica e social do empresário.

É preciso insistir na ideia de que a função social não é excludente da função econômica e vice-versa. Muito pelo contrário. A realização das duas funções são necessárias e devem conviver pacificamente.

Percebe-se, então, que a função social é alcançada quando a realização dos interesses sociais estão conjugados com as expectativas que emergem da proteção legal e negocial estabelecidas. A dignidade da pessoa humana é o fator de balizamento. E nesse sentido, a constatação de que o descumprimento dos deveres contratuais de proteção da saúde atenta contra a ordem constitucional e infraconstitucional, apenas reforça a ideia da violação também da justiça.

O princípio bioético da justiça está direcionado ao comando da não discriminação, nem de restrição de acessos a tratamentos de saúde. Negar cobertura de consultas, exames ou internamentos com base em dados econômicos, é descumprir tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; é negar a justiça. Embora pareça apelativo e insistente, esse texto está amparado no ordenamento brasileiro e nos acordos internacionais firmados pelo Brasil; pelo compromisso dos empresários em aplicar a lei à sua atividade e na jurisprudência, que reconhece todos esses fatores.

4. AS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE BOA-FÉ NA EMPRESA DA SAÚDE

Durante muito tempo, foi difícil reconhecer a ideia de eficácia dos valores jurídicos relacionados aos princípios. Certamente, a Constituição Federal de 1988 teve função preponderante nesse cenário, ao estabelecer a construção do sistema jurídico brasileiro sobre regras e princípios, objetivando valores e dando-lhes eficácia própria, quando tratassem de direitos fundamentais (Almeida Jr., 2017, p. 22).

Na atualidade, sabe-se que os princípios jurídicos têm força normativa e como tal exercem a consequência de seu descumprimento. O princípio da boa-fé objetiva tem um papel extraordinário na judicialização de demandas contratuais, justamente por preencher o conteúdo das determinações legais acerca do comportamento esperado dos contratantes, em que a autonomia privada não pode ser sinônimo de abuso de direito nem de violação de equivalências negociais.

Não é demais ressaltar que a saúde como um bem jurídico de proteção especial, por ser um direito fundamental da pessoa humana e ter o caráter de universalidade, não pode ser tratada como um objeto econômico qualquer. Em 2005, foi publicada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, elevando de modo evidente a necessidade de observância dos princípios bioéticos como expressão dos direitos humanos (Comissão Nacional da Unesco, 2006):

Artigo 4 – Benefício e Dano Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas.

Os princípios jurídicos que emergem da tutela dos direitos universais gozam de eficácia vertical, de modo a determinar a conformação de regras infraconstitucionais com a realização dos valores garantidos, em prol da dignidade da pessoa humana. O exercício da atividade econômica que explore a saúde, de forma direta ou indireta, deve guardar relação de fomento e proteção especial do bem estar do indivíduo, sob pena de violação constitucional.

O fato da empresa ser exercida por pessoa jurídica não deve afastar a exigibilidade de cumprimento dos deveres legais aqui relacionados, como se o cumprimento legal só pudesse ser imputado a pessoas naturais. Seja sociedade, seja pessoa física, todos que participam da cadeia produtiva do mercado econômico da saúde deve estar submetido aos princípios jurídicos e bioéticos.

4.1 SANÇÕES POSSÍVEIS PARA EMPRESAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR QUE VIOLAM OS PRINCÍPIOS DA NÃO MALEFICÊNCIA E DA JUSTIÇA

Como demonstrado ao longo desse estudo, as empresas de saúde suplementar, ao exercerem atividade empresária nos moldes do artigo 966, *caput*, do Código Civil de 2002, devem se submeter a toda ordem jurídica constitucionalizada e infra constitucionalizada. Desse modo, a incidência da legislação de consumo, da legislação complementar civil e dos princípios próprios de seu objeto, qual seja, saúde, conduzem à impossibilidade de condutas lesivas aos seus usuários, na condição de pacientes já afetados por males intrínsecos à vulnerabilidade de seus estados.

As empresas privadas em geral devem ser fiscalizadas pela Administração Pública como medida de cumprimento dos Princípios Orientadores das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, de modo a que a atividade econômica empresária não realize (ou não contribua) para a violação de direitos humanos, devendo-se utilizar do *due diligence* (Alves Costa, 2022).

As empresas de saúde suplementar devem cumprir uma função socioeconômica que não justifiquem o lucro a partir do sacrifício do bem estar humano, pela violação ao princípio bioético da não maleficência. Do mesmo modo, não está autorizada a empresa de saúde suplementar se conduzir como qualquer outra empresa, cuja atividade empresária não seja a saúde humana. A escolha desse objeto empresarial conduz necessariamente a formas de agir e desenvolver seu negócio, de modo estritamente ético e moral:

Com isso, vê-se que a *due diligence* em direitos humanos é uma metodologia permanente, no qual as empresas e empresários tem o dever de conhecer e analisar sua atividade *ipsis literis* e refletir como esta pode trazer impactos concretos e potenciais aos direitos humanos, precipuamente em certas atividades onde essas questões, por sua própria natureza, se tornam mais presentes e claras e a possibilidade de intensificação de impactos podem ser maiores, o que traz, ainda mais, um dever de diligência maior para prevenir e fazer findar ocorrências negativas (Alves Costa, 2022, p. 142).

Ao agir de modo contrário, a se afastar do determinismo ético e moral, fica o empresário sujeito à responsabilização jurídica. No campo do direito civil, caberá ressarcimento pecuniário, que no meu entender, melhor seria uma indenização punitiva⁴.

A indenização punitiva, diferentemente da indenização compensatória – sistema expressamente adotado em nossa legislação civil, artigo 944 do Código Civil de 2002⁵ – recai sobre a figura do sujeito ofensor. Nesse sentido, tratando-se de pessoa jurídica, que reiteradamente nega cobertura de tratamento, praticando aumento abusivo de suas mensalidades ou excluindo atendimentos a pretexto de não previsão contratual (a despeito do quão largo já se decidiu pela aplicação da cobertura, como decorrência da Lei nº e

⁴ “Com todas essas mazelas sistêmicas, o ofensor é bastante instigado a descumprir a lei e a causar prejuízos, na medida em que as imperfeições indenizatórias fomentam o lucro ilícito” (Higa, 2016, p. 433).

⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

resoluções da Agência Nacional de Saúde – ANS), deve ser reconhecido o descumprimento do princípio bioético da não maleficência e da boa-fé objetiva.

O sancionamento jurídico pode resultar em responsabilidade civil (no mais das vezes, como indenização em pecúnia); penal (restrição de liberdade pessoal e multas, além de restrição de direitos); e administrativa (em órgãos públicos ou conselhos de classe, por exemplo). A violação de deveres impostos pela relação contratual de saúde suplementar não exclui a incidência de todas essas esferas da responsabilidade jurídica, agravada ainda pela reprovação moral e ética perante as entidades de controle e fiscalização da atuação dos profissionais da saúde.

Com razão, portanto, há de se reconhecer que a leniência com os descumprimentos de deveres repetidamente por parte das empresas de planos de saúde suplementar deve atrair punições severas, como violadora que é de direitos humanos.

4.2 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO MEDIDA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O sistema jurídico brasileiro adota a função indenizatória compensatória diante de danos materiais, morais e estéticos, como forma de reparar o prejuízo causado a alguém por ilicitude, na impossibilidade de restituir-se ao estado anterior. A medida da extensão do dano é medida de justiça, no campo dos danos materiais.

Entretanto, os danos morais, que resultam da violação de direitos de personalidade, causam de modo intrínseco a afetação da integridade do indivíduo, seja física, psíquica ou moral. Justamente por isso, os danos morais devem ensejar resposta rápida e enérgica pelo órgão julgador, como medida de reprovabilidade. A indenização não serve apenas para reparar o dano, mas também para apontar, sob o ponto de vista pedagógico, que a violação dos direitos de alguém não deve ser conduta repetida na sociedade. O Brasil tem se mostrado bastante ineficiente nesse critério, basta realizar pesquisa simplificada no Superior Tribunal de Justiça com o parâmetro “danos morais”. O elevado número de processos julgados ao longo dos últimos 20 (vinte) anos demonstra uma repetição de condutas de modo exacerbado, inclusive pelos mesmos agentes já punidos, como acontece com as demandas de consumo.

A indenização meramente compensatória não tem conseguido, por si só, realizar a sua função pedagógica e, de fato, muitas vezes não tem alcançado a reparação, gerando para os jurisdicionados a sensação de injustiça e de descaso.

A indenização compensatória mede a extensão do dano e é aplicada como medida de reparação, tanto por tanto. É satisfatória em casos de danos materiais, mas não tem servido aos danos morais. A violação de um direito de personalidade deve ser considerada grave e merece atuação célere do Poder Judiciário. Os vícios que afetam o desempenho da justa medida não podem se sobrepor à realização dos valores éticos da verdade e da retidão. Não é correto confundir reiteradas violações contratuais por empresas de planos de saúde suplementar com o estímulo à “indústria de indenizações”. Se mais usuários tem buscado os órgãos da Justiça é porque as violações contratuais restam estimuladas pela morosidade nos julgamentos, pelos valores irrisórios de indenização e pela crescente dificuldade de se fazer cumprir a lei fora do ambiente da judicialização.

Em situações de descumprimento de deveres contratuais de empresas de saúde suplementar as indenizações devem ter natureza punitiva, levando em consideração a figura do agente: sua razão de existência econômica e social; seus objetivos empresariais e sociais; sua capacidade econômica e os benefícios obtidos pelas ações de violação de direitos.

O valor indenizatório nesse caso não estará restrito ao prejuízo sofrido pela vítima da lesão, mas à conduta objetiva do ofensor cujo compromisso de não lesar é prévio. Quanto maior a capacidade econômica e técnica da empresa de saúde suplementar; quanto maior a

insistência na lesão cometida, tanto maior será o valor indenizatório. E tal aplicação não está fora do nosso ordenamento jurídico:

Se é possível diminuir o valor da indenização, nos termos do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, caso haja desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, também deveria ser possível aumentar o valor a ser atribuído à vítima caso o agente lesivo agisse, causando-lhe prejuízo, demonstrando desprezo à esfera de direitos alheia, notadamente quando pratica comportamento lesivo a fim de obter vantagem ilícita (Oliveira, 2022, p. 197).

A indenização punitiva, portanto, ao ser estabelecida como medida indenizatória de conformidade com a subjetividade (intenção dolosa) ou reiteração de comportamento do agente causador do dano, não está em desconformidade com a lei brasileira e não deve ceder ao argumento do enriquecimento ilícito da vítima, posto que, se amparado na lei, ilícito não é.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é um bem jurídico de natureza fundamental, reconhecidamente como um direito constitucionalmente amparado no Brasil. As empresas que se propõem a explorar a saúde como sua atividade econômica devem estar alinhadas com os rigores da legislação, no que pertine ao oferecimento das melhores condições de atendimento às necessidades de seus usuários.

Trata-se de relação jurídica contratual, constituída sob os ditames da ordem constitucional e de todo o regramento consumerista, mas também submetida aos princípios bioéticos e jurídicos que não autorizam condutas contrárias à moral e à ética no campo da saúde, analisada aqui em seu recorte específico da saúde suplementar.

Nesse sentido, observou-se que a judicialização da saúde suplementar é, muitas vezes, decorrente de negativas de cobertura de assistências previstas na lei, ou de situações dissimuladas ou forçadas, que vulnerabilizam o usuário em seu momento existencial mais delicado, que é a fragilidade da saúde.

Como visto, as negativas infundadas, a insistência na recusa de coberturas e a prática abusiva de aumento de preços são violações flagrantes dos princípios jurídicos da função social e da boa-fé objetiva, além dos princípios bioéticos, notadamente o da não maleficência. Afinal, se a operadora do plano de saúde suplementar, amparada em suas práticas de negócios, contribui para o agravamento da condição de saúde já fragilizada do paciente, está afrontando o princípio da não maleficência.

Diante do descumprimento dos princípios, é possível reconhecer as sanções: violada a função social dos contratos (prática de preços abusivos), cabe a nulidade da cláusula que fixa o valor a ser pago pelo usuário, impondo o dever de renegociar; violada a boa-fé objetiva (exclusão de cobertura determinada por lei ou por decisão judicial, negativa de ressarcimento ou de pagamento a tratamento alcançado pelo plano contratado) caberá perdas e danos em favor do usuário lesado.

Para a hipótese das perdas e danos, defende-se a aplicação da indenização punitiva, posto que a compensação que resulte em valor facilmente superável pela empresa de plano de saúde, não cumpre a função pedagógica da não reincidência. Os números relatados pelo Conselho Nacional de Justiça, apontados na Introdução, são reflexos dessas situações.

Não pode, ao final e ao cabo, a perpetuação do sistema de imposição de riscos e custos das empresas sobre os consumidores em geral, nesse caso específico, dos usuários de planos de saúde que têm por objetivo cuidar do bem maior do cidadão: sua saúde.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Relatório anual de atividades exercício 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/transparencia-institucional/relatorio-de-atividades/2020_relatorio_atividades.pdf/view>. Acesso em: 05 mar 2022.

ALMEIDA JR., Jesualdo Eduardo de. **Bioética** – da principiologia à prática: desafios dos limites orçamentários. Curitiba: Juruá, 2017.

ALVES COSTA, Pedro Léo. *Due diligence* em direitos humanos: fator de legitimação de mudanças e boas práticas no setor privado. **Duc In Altum** - Cadernos De Direito, v. 14, n. 33. Disponível em: <<https://doi.org/10.22293/2179507x.v14i33.2106>>. Acesso em 20 dez 2022.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **Fraude contra credores futuros**. Curitiba: Juruá, 2017.

BEAUCAMP, Tom L; CHILDRESS, James Franklin. **Princípios de ética biomédica** – enfoques e perspectivas. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Saúde suplementar pontua impacto de processos judiciais para equilíbrio do setor. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-pontua-impacto-de-processos-judiciais-para-equilibrio-do-setor/>>. Acesso em: 05 jul 2023.

BRASIL. **IBGE**. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pns/pns-2019>>. Acesso em: 30 nov 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 05 mar 2022.

CARDOSO, Juraciara Vieira. **Bioética e argumentação** – possibilidades para o consenso racional em sociedades complexas e plurais. Curitiba: Juruá, 2015.

CARREIRO, Natália Maria Soares; OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Interconexão entre Direito e bioética à luz das dimensões teórica, institucional e normativa. **Rev. bioet. (Impr.)**, v. 21, n. 1 (2013), p. 53-61.

CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JUSBRASIL. Princípio da boa fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/principio-da-boia-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito/100399456>>. Acesso em: 28 fev 2024.

KZAPSKI, Silvia; MEDICI, André. **Dr. Julian Kzapski: o cavaleiro da saúde**. São Paulo: Novo Século, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. Responsabilidade civil: o artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002 e a possível aplicação dos “punitive damages” no Brasil. **Duc In Altum - Cadernos De Direito**, v. 14, n. 32. Disponível em: <<https://doi.org/10.22293/2179507x.v14i32.2378>>. Acesso em: 10 dez 2022.

SGANZERLA, Anor; ZANELLA, Diego Carlos. A bioética de Potter ontem e hoje. In: SGANZERLA, Anor; ZANELLA, Diego Carlos (Org.). **A bioética de V. R. Potter: 50 anos depois**. Curitiba: PucPress, 2020, p. 11-28.

SILVEIRA, Alipio. **A boa-fé no Código Civil, doutrina e jurisprudência**, v. 1. São Paulo: Forense, 1972.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise do; CAETANO, João Carlos. Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, n. 18, v. 4, p. 767-783, 2008.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: ponte para o futuro**. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por>. Acesso em: 05 mar 2024.