

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**ANDREA UEMURA SOTOPIETRA**

**A ASSISTÊNCIA À SAÚDE PELA INICIATIVA PRIVADA  
DE FORMA SUPLEMENTAR AO ESTADO**

**São Paulo**

**2017**

**ANDREA UEMURA SOTOPIETRA**

**A ASSISTÊNCIA À SAÚDE PELA INICIATIVA PRIVADA  
DE FORMA SUPLEMENTAR AO ESTADO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Professora Doutora Irene Patrícia Nohara

**São Paulo**

**2017**

S718a Sotopietra, Andrea Uemura.

A assistência à saúde pela iniciativa privada de forma complementar ao Estado / Andrea Uemura Sotopietra. – 2017.

100 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -  
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

Orientador: Irene Patrícia Nohara.

Referências bibliográficas: f. 97-100.

1. Direito fundamental à saúde. 2. Assistência complementar à saúde.  
3. Regulação estatal. I. Título.

CDDir 341.641

## FOLHA DE APROVAÇÃO

ANDREA UEMURA SOTOPIETRA


### A ASSISTÊNCIA À SAÚDE PELA INICIATIVA PRIVADA DE FORMA SUPLEMENTAR AO ESTADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

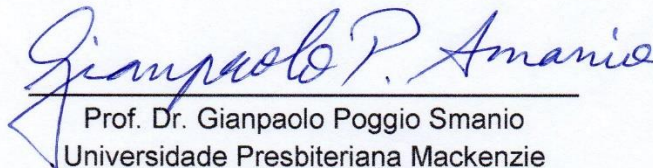
Orientadora: Professora Doutora Irene Patrícia Nohara

Data da aprovação: 20 de fevereiro de 2017.

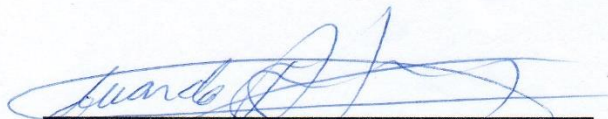
#### BANCA EXAMINADORA



Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Irene Patrícia Nohara  
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio  
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Eduardo Dias de Souza Ferreira  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais Américo e Elisabeth,  
ao meu companheiro Paulo e à pequena Sophie.

## **AGRADECIMENTOS**

À professora Doutora Irene Patrícia Nohara, pela paciência, orientação e incentivo neste trabalho, contribuindo de forma sincera e generosa com a elaboração do texto.

Ao professor Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, pelos ensinamentos e orientação até a banca de qualificação, pela inspiração e reflexões na disciplina de Políticas Públicas.

Ao professor Doutor Eduardo Dias de Souza Ferreira, pela contribuição dada ao presente trabalho, além da indicação de obras relacionadas ao tema.

À Andreia Schneider Nunes, pela amizade, paciência, incentivo e pela revisão do texto.

Aos meus pais, Américo e Elisabeth, que construíram a base, investiram e me deram suporte, contribuindo para que eu chegasse até aqui.

Ao Paulo, meu companheiro, que acreditou, me incentivou, me apoiou, me compreendeu e esteve presente durante todo o tempo e sem o qual eu certamente não conseguiria desenvolver esta dissertação.

À Sophie, minha filha, que chegou de surpresa em meio ao mestrado e me deu motivação para concluí-lo.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a assistência à saúde no Brasil mediante o emprego do método hipotético-dedutivo, discorrendo, inicialmente, sobre a saúde pública enquanto direito fundamental e a implementação de políticas públicas. Foca na assistência prestada pela iniciativa privada de forma suplementar ao Estado, nos termos do artigo 199 da Constituição Federal, sob a perspectiva dos artigos 6º, “caput”, e 196, da Constituição Federal, tendo em vista que é direito social de cunho prestacional e, ante a carência do sistema público assistencial à saúde, as operadoras de plano de saúde a gerenciam como atividade econômica atrelada à limitação de riscos. Daí a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico por meio da regulação do setor de planos de saúde na fixação de normas e medidas de atuação no mercado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a fim de assegurar o interesse público. Para a verificação dos limites de responsabilidade das operadoras privadas, analisar-se-ão, sob o viés da judicialização da saúde, as ações judiciais referentes à assistência privada dos serviços de saúde contratados. Por fim, conclui-se pela necessária interação entre as iniciativas privada e pública, ponderando, de um lado, a proteção da supremacia do interesse público voltado à efetivação do direito fundamental à saúde, e, do outro, o equilíbrio na prestação por parte das operadoras de modo a preservar a autonomia e a liberdade negocial.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde; Assistência suplementar à saúde; Regulação estatal.

## **ABSTRACT**

This paper presents aims to approach health care in Brazil, from the hypothetical-deductive method, discussing at first about the public health like a fundamental right and the implementation of public policies. It focuses on the private assistance provided by the private initiative in a supplementary way to the State, under the terms of article 199 of the Federal Constitution, under the perspective of articles 6, "caput" and 196, of the Federal Constitution, considering that health is a social right and the absent of public system assistance, the private initiative provide an economical activity limiting risks. So then a need for state intervention of economic domain by regulating the health insurance sector in setting norms and measures of action in the market by the National Agency of Supplementary Health, in order to guarantee the public interest.

To verify the limits of private companies responsibility unther the health judicialization it will analyze the judicial actions recommended to the private health care of contracted health services.

Finally, it is concluded through interaction between private and public initiatives, considering, by one side, the supremacy's protection of the public interest aimed at the realization of the fundamental right to health, and, the another side, the balance in the provision by Operators in order to preserve autonomy and negotiating freedom.

**Keywords:** Fundamental right to health; Supplementary health care; State regulation.



## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>1. A EFETIVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE NO BRASIL MEDIANTE A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b>	<b>11</b>
1.1. A saúde como direito fundamental e a necessidade de garantias mínimas para sua concretização	24
1.2. A criação do Sistema Único de Saúde – SUS e sua implementação	34
1.3. A assistência à saúde no Brasil – análise de sua efetividade	41
<b>2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA RELAÇÃO PRIVADA</b>	<b>45</b>
2.1. A assistência à saúde pela iniciativa privada	50
2.2. A participação de forma suplementar ao sistema único de saúde	60
<b>3. A REGULAÇÃO ESTATAL POR MEIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS</b>	<b>68</b>
3.1. A prestação da assistência à saúde como atividade econômica de empresas privadas	74
3.2. Judicialização da saúde: ações relacionadas à assistência à saúde privada	80
3.3. A necessidade de interação entre a iniciativa privada e a iniciativa pública	91
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>97</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema público de saúde com caráter universal no país como responsabilidade e dever do Estado. Ao mesmo tempo, permitiu a atuação suplementar na área de saúde por instituições privadas, como atividade econômica, visando, conseqüentemente, o lucro. Nesse sentido são os artigos 196 e 199, da Constituição Federal, respectivamente.

Desde então, a questão do direito à saúde tem suscitado intensos debates tanto na doutrina como na jurisprudência, além de debates políticos, tendo em vista que alcança importantes temas no âmbito público e privado, a exemplo do orçamento público, alocação de recursos entre os entes federativos, ressarcimento ao SUS, violação de direitos fundamentais, viabilidade de atividade econômica, cobertura mínima obrigatória, entre outros.

Diante da relevância do tema, buscou-se abordar, inicialmente, o direito à saúde como direito fundamental social, bem como a necessidade de garantias mínimas para a sua concretização e a necessidade de formulação de políticas públicas.

Sob o contexto de direitos fundamentais sociais, o direito à saúde exige do Estado atuações prestacionais positivas, cuja efetivação se dá no campo de políticas públicas que visem garantir o acesso universal e igualitário dos serviços de saúde. Assim como as políticas públicas são definidas como um dever prestacional do Poder Público, também configuram uma garantia do cidadão, motivo pelo qual eventual omissão estatal acarreta na judicialização da saúde.

Para fins de contextualização, o Capítulo 1 apresenta um breve histórico da evolução do direito à saúde no Brasil, bem como a importância dos movimentos sociais no reconhecimento desse direito, em especial o movimento sanitário, e a criação do Sistema Único de Saúde – SUS.

Com relação ao Sistema Único de Saúde – SUS, discorre-se acerca da Lei nº. 8.080/1990, também chamada Lei Orgânica da Saúde, apresentando suas diretrizes, princípios norteadores e a divisão de competência entre os entes federativos, analisando, portanto, a principal política pública acerca de assistência à saúde no Brasil.

De acordo com o texto constitucional e o regime jurídico atual, coexistem o Sistema Único de Saúde, cujas ações e serviços de saúde são prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração Pública direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, e um Sistema de Saúde Suplementar, prestado por empresas privadas às pessoas que possuam condições de contratá-lo, regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A prestação de serviço privado de assistência à saúde, embora seja realizada como atividade econômica lucrativa, não se pode perder de vista o caráter fundamental do direito à saúde, de modo que há relevância pública nessa relação, tanto que para coibir abusos se fazem necessários o controle e a intervenção estatal mediante agência reguladora.

Reside, aqui, uma das questões de grande importância relacionada ao direito à saúde figurada na eventual colisão entre a prestação do serviço como atividade econômica, no âmbito da autonomia privada, sobrepondo-se a direito fundamental.

Percebe-se, portanto, que existe uma dualidade no tocante ao direito à saúde exercido de forma suplementar ao Estado, qual seja, de um lado o direito social fundamental e de outro uma atividade econômica exercida por empresa privada almejando o lucro, caracterizando-se como bem de consumo. Isso é abordado no Capítulo 3, que discorre também sobre a necessidade de interação entre as iniciativas pública e privada para uma melhor efetividade.

É também apresentada uma análise das ações relacionadas à saúde, utilizando-se casos concretos e ressaltando a necessidade de proteção especial ao direito à saúde e à prestação dos serviços de assistência pelo ente privado, de modo que a regulamentação acerca do direito à saúde encontra-se, sobretudo, na Constituição

Federal, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei Federal nº. 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros de saúde, além de outros atos normativos expedidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS através de seus conselhos.

Por fim, são apresentados dados do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS acerca das ações relacionadas à saúde no Brasil, a fim de analisar a prestação do serviço de assistência à saúde pelo ente privado.

Objetiva-se, portanto, abordar a interação entre iniciativa privada e Poder Público diante da conformação constitucional, legal e das políticas públicas de saúde, no intuito de harmonizar a pretensão de desenvolvimento da atividade prestacional de saúde também por parte das operadoras privadas, considerando os limites e possibilidades regulatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por fim, enfrenta-se a problematização dos limites de responsabilidade da empresa privada operadora de saúde em relação ao direito fundamental constitucionalmente assegurado de garantia à saúde.

## 1. A EFETIVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE NO BRASIL MEDIANTE A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto o chamado “*direito à saúde*” ao estabelecer que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”. De acordo com o texto constitucional, esse direito deve ser garantido pelo Poder Público 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”. Também, o artigo 6º, da Constituição Federal, estabelece que o direito à saúde é direito social.

Atualmente, o direito à saúde encontra previsão tanto na Constituição Federal, como em legislação infraconstitucional (Lei 8.080/1990), de modo que pode ser classificado como direito fundamental originário e direito fundamental derivado<sup>1</sup>.

Antes disso, a saúde era prevista como direito dos trabalhadores e contava com dispositivos que outorgavam competência legislativa para sua regulamentação<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O direito à saúde pode ser qualificado como um direito fundamental originário, ou seja, aquele previsto na Constituição Federal e apto para produzir efeito de imediato, ou pode ser qualificado como um direito fundamental derivado, qual seja, aquele que necessita de previsão legislativa infraconstitucional para o regulamentar. Há o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental originário e derivado. Isso porque, além de previsão constitucional, o direito à saúde também é disciplinado pela infraconstitucional Lei nº. 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de outras providências.

<sup>2</sup> Na Constituição de 1934: Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas. Art. 121 [...] § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. Na Constituição de 1937: Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto. Na Constituição de 1946: Art. 5º - Compete à União: XV - legislar sobre: b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário. Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social

Significa dizer que até 1988 as atividades estatais relacionadas aos serviços de saúde eram disciplinadas por legislação infraconstitucional<sup>3</sup>.

Tamanha era a necessidade de destinar tratamento constitucional ao direito à saúde que José Afonso da Silva alegou ser espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só ter sido elevado à condição de direito fundamental do homem na Constituição de 1988<sup>4</sup>.

Como se verá adiante, a consolidação do direito à saúde como direito fundamental é fruto de uma longa e gradual evolução histórica e de reivindicações.

As políticas de saúde no Brasil caracterizam-se por seu estreito vínculo com as políticas de Previdência Social. Por consequência, o Brasil apresentou um processo de privatização dos serviços de assistência médica extremamente precoce, com o início do credenciamento de serviços médicos privados pela previdência social a partir da década de 20<sup>5</sup>.

---

obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante. Na Constituição de 1967: Art. 8º - Compete à União: XVII - legislar sobre: c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário. Art. 178 - Ao ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e Marinha Mercante do Brasil que tenha participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial são assegurados os seguintes direitos: f) assistência médica, hospitalar e educacional, se carente de recursos. Na Constituição de 1969: Art. 8º - Compete à União: XIV - estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento; XVII - legislar sobre: c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário. Art. 165 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: X - proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos. Art. 197 - Ao civil, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da Força Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Força Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou de Força do Exército, são assegurados os seguintes direitos: d) assistência médica, hospitalar e educacional, se carente de recursos.

<sup>3</sup> Vide a Lei nº. 2.312/1954.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1989, p. 271.

<sup>5</sup> COHN, Amelia; ELIAS, Paulo Eduardo M. *Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços*. 5 ed. São Paulo: Cortez: CEDEC, 2003. p. 11.

Em 1919 foi instituído o seguro de acidentes do trabalho<sup>6</sup>, e, em 1923, instituiu-se no Brasil as Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs<sup>7</sup>, por iniciativa do poder central, que foi então a primeira modalidade de seguro para trabalhadores do setor privado, sem, contudo, beneficiar todas as categorias profissionais.

Segundo Amelia Cohn e Paulo Eduardo M. Elias,

As CAPs, organizadas por empresas, por meio de um contrato compulsório e sob a forma contributiva, tinham como função a prestação de benefícios (pensões e aposentadorias) e a assistência médica a seus filiados e dependentes. Inicialmente elas foram instituídas nas empresas de estrada de ferro, e, posteriormente, estendeu-se às demais empresas, que deveriam ter ao menos cinquenta empregados. Caso a empresa tivesse número inferior a 50 funcionários, a aplicação da lei que instituiu as CAPs era facultativa<sup>8</sup>.

Ainda na década de 20 foi instituído por iniciativa do Estado a implementação de um seguro social com caráter altamente controlador dos segmentos de trabalhadores dos setores essenciais à economia brasileira, tanto no sentido de disciplina dessa força de trabalho, quanto no sentido de lhe assegurar formas mínimas de sobrevivência ante os acidentes e as consequências do esgotamento da sua capacidade para o trabalho. Além disso, promoveu o acesso do trabalhador e seus dependentes à assistência médica na condição de filiado ao seguro social, sendo que, na época o seguro social tinha um caráter assistencialista e não universalizante<sup>9</sup>.

Ao ampliar a extensão de beneficiários, as Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs foram substituídas pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs, abrangendo uma quantidade maior de trabalhadores.

Após 1966, a implantação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS<sup>10</sup> extinguiu os IAPs e passou a atender por meio do Instituto Nacional de Assistência

---

<sup>6</sup> Decreto nº. 3.724, de 15 de janeiro de 1919.

<sup>7</sup> Com a chamada Lei Elói Chaves – Decreto nº. 4.682, de 24 de janeiro de 1923: “Art. 1º. Fica creada em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados” (sic).

<sup>8</sup> COHN, Amelia; ELIAS, Paulo Eduardo M., op. cit., p. 14.

<sup>9</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>10</sup> Decreto-lei nº. 72, de 21 de novembro de 1966.

Médica da Previdência Social – INAMPS, bem como atender os trabalhadores rurais através do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL<sup>11</sup>.

Apenas a partir da reforma sanitária no final da década de 80 que a saúde tornou-se menos assistencialista e mais universalizante quando deixou-se de exigir a carteira de trabalho para atendimento em hospitais.

O plano de saúde mais antigo ainda em operação no Brasil é a Caixa de Aposentadoria e Pensão – CASSI, constituída pelo Banco do Brasil em 1944. Ainda, uma das primeiras empresas de medicina em grupo surgiu na década de 60 para atender aos trabalhadores do ABC paulista. No final da década de 80 ocorreu um grande aumento do número de pessoas com planos privados de saúde, e, em maio de 2016, esse número chegou a 48.623.463 (quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e três mil e quatrocentos e sessenta e três) beneficiários.<sup>12</sup>

Sobre esse histórico, Emerson Elias Merhy, ao discorrer sobre o surgimento da assistência médica previdenciária na década de 20, explica que “o importante já não era sanear os espaços, mas cuidar dos corpos dos trabalhadores, mantendo sua capacidade produtiva”. Afirma que, a partir da década de 40, esse serviço expandiu dando início à compra de serviços privados, formato este que serviu de embrião a um modelo de rede privada que, nos anos 90, já constituía 76% da oferta de leitos no país, sendo que “grande parte do financiamento para a expansão do setor privado veio do setor público”, sob o argumento de que “a maioria dos leitos hospitalares e apoios diagnósticos são ‘comprados’ diretamente do setor privado”<sup>13</sup>.

Ainda sobre o setor privado, afirma que “a criação do INAMPS na década de 70 conferiu um novo impulso nesse modelo de assistência”,<sup>14</sup> quando então houve um

---

<sup>11</sup> Lei nº. 6.439, de 1º de setembro de 1977.

<sup>12</sup> Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3362-ans-divulga-numeros-de-beneficiarios-de-planos-de-saude-referentes-a-maio-2016>. Acesso em: 9 fev. 2017.

<sup>13</sup> MERHY, Emerson Elias; MALTA, Deborah Carvalho; SANTOS, Fausto Pereira dos. *Desafios para os gestores do SUS, hoje: compreender os modelos de assistência à saúde no âmbito da reforma sanitária brasileira e a potência transformadora da gestão*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2004. Disponível em: <<http://www.uff.br/saudecoletiva/professores/merhy/indexados-30.pdf>>. Acesso em: out. 2016.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 5.



crescimento na prestação de serviços privados “devido à facilidade das condições ofertadas pelo Estado: capital fixo subsidiado pelo governo (FAS), quase sem risco empresarial e nenhuma competitividade”<sup>15</sup> e que “paralelamente ocorreu a expansão do Convênio-empresa, estimulada pela Previdência a qual, na década de 80, passou a ocupar um espaço significativo na atenção médica no Brasil: a atenção médica suplementar”.<sup>16</sup> E explica:

Este setor rapidamente se constituiu, passando a prescindir do Estado nas suas relações comerciais (planos individuais ou coletivos – empresariais ou não), mas se alicerçando no poder público, seja através da renúncia fiscal, seja na utilização do sistema público para o atendimento considerado de alta complexidade ou custo.

Define-se o modelo médico assistencial privatista com: Estado como financiador direto e indireto (renúncia fiscal), setor privado como o prestador e setor privado internacional como fornecedor de equipamentos biomédicos. O Estado oferta políticas compensatórias, através de ações simplificadas, para se legitimar<sup>17</sup>.

A consagração da saúde como direito fundamental e dever do Estado, incorporado na Constituição Federal de 1988, ocorreu após uma intensa participação social mediante movimentos na defesa da saúde como um direito universal, em especial o chamado Movimento Sanitarista.

De acordo com Domicio Aurélio de Sá, “o Movimento Sanitário ampliou a proposta de reformulação do Sistema de Saúde, com a ocupação de espaços nas instituições da saúde, permitida pelo processo de transição democrática”, sendo que o projeto de Reforma Sanitária “criticava o modelo dominante, de crescimento do setor privado financiado pelo setor público, que teria levado à deterioração, ineficiência e crise do sistema público de saúde”<sup>18</sup>. Afirma que:

Este projeto reformulador foi conformado no relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde – CNS, em 1986, conseguindo hegemonizar a idéia de um sistema nacional de saúde universal, público e sob a responsabilidade do Estado. Apoiado pelo movimento

---

<sup>15</sup> MERHY, Emerson Elias; MALTA, Deborah Carvalho; SANTOS, Fausto Pereira dos, op. cit., p. 5-6.

<sup>16</sup> Ibid., p. 6.

<sup>17</sup> Ibid., p. 6.

<sup>18</sup> SÁ, Domicio Aurélio de. *Atenção à saúde no Brasil – um estudo do acesso à assistência a partir do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS)*. 2002. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2002, p. 17.

social, o relatório da 8ª CNS foi tomado como base pelos constituintes para elaboração do capítulo sobre saúde da Constituição Nacional<sup>19</sup>.

Foi, portanto, a partir da década de 70, com o movimento da Reforma Sanitária, responsável por preconizar que as ações da saúde deveriam ser formuladas pelo Estado em conjunto com espaços públicos de participação social, é que se intensificou o debate acerca da universalização dos serviços públicos de saúde.

Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro discorrem que:

A ‘percepção social da saúde como direito de cidadania’ seria ‘um dado novo na história das políticas sociais brasileiras’, uma vez que ‘essa percepção é fruto dos movimentos sociais de participação em saúde da segunda metade dos anos 70 e do início dos anos 80’ (Luz, 1991, p. 87), o que permite uma relativa problematização da concepção Estado-centrada de saúde típica dos contextos anteriores em prol de uma relativa abertura estatal às demandas sociais. Deste modo, com a Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos, a saúde tomou seu lugar como um direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos<sup>20</sup>.

Até então, não havia qualquer dispositivo legal constitucional que se referisse à saúde como direito social. A partir daí, toda e qualquer pessoa passou a ser titular do direito à saúde, independentemente de vínculo empregatício, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, médico Wilson Duarte Alecrim, durante a audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 20 de junho de 2014, que discutiu acerca da internação hospitalar com diferença de classe no Sistema Único de Saúde – SUS, destacou que “a intenção da reforma sanitária era a adoção de um sistema de saúde de assistência universal, igualitária, livre de preconceitos e privilégios, fundamentado na solidariedade”, mas que a Constituição Federal de 1988, “numa equalização de forças, admitiu, além do sistema público de saúde, o SUS, a atuação da iniciativa privada criando, conseqüentemente, um sistema misto”, razão pela qual o sistema brasileiro

---

<sup>19</sup> SÁ, Domício Aurélio de; op. cit., p. 17.

<sup>20</sup> ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o Ministério Público. Porto Alegre: *Revista do Ministério Público do RS*, n. 63, p. 13-149, 2009.

atualmente é híbrido embora a Constituição não permita que a iniciativa privada atue em desconformidade com a lei e nem sobreponha seus interesses aos interesses públicos<sup>21</sup>.

Em comentário ao artigo 196, alvo de críticas à época da Constituinte, Celso Bastos e Ives Gandra discorreram:

A primeira parte do discurso é comovente: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. Sem chegar à ironia de Roberto Campos, que espera não morrer depois de 1988, porque sua saúde está garantida, ou de Roberto Vidal da Silva Martins, que considera suas dores de cabeça inconstitucionais, porque a saúde é direito de todos, o certo é que o acesso à assistência médica e hospitalar no País é um direito de poucos brasileiros, estando alijada grande parte da população do exercício de tal direito [...].

Quem lê o art. 196 tem a impressão de que o País está acima das demais nações no que diz respeito à saúde, tanto nas ações profiláticas quanto naquelas de recuperação dos doentes. Quem vive a realidade da grande maioria da população brasileira menos favorecida percebe quão distante está o sonho do constituinte da prática dos detentores do poder<sup>22</sup>.

Como se observa, o termo “direito à saúde” já foi tema de grandes controvérsias, porém não deve ser entendido como um direito a ser saudável e sim como o direito de proteção à saúde, que engloba o direito individual de não sofrer violação de terceiros, além do direito social visando à prevenção de doenças e à proteção, promoção e recuperação da saúde.

A médica Ana Luiza D’Ávila Viana, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, durante a já citada audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 20 de junho de 2014, onde se discutiu acerca da internação hospitalar com diferença de classe no Sistema Único de Saúde – SUS, destacou que “é preciso compreender que, ao tratarmos de saúde, não nos referimos apenas à integridade física e mental e à ausência de doenças, mas nos provemos de um amplo conjunto de ações e direitos

---

<sup>21</sup> Transcrição da audiência pública disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>> Acesso em: 05 jan. 2017.

<sup>22</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.110-113.

que nos remete ao conceito de bem-estar, como está descrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos”<sup>23</sup>.

A Organização Mundial da Saúde – OMS<sup>24</sup> define a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções e enfermidades.

Atualmente, portanto, a dimensão do direito à saúde envolve a redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação, o que deve ocorrer por meio da implementação de políticas públicas<sup>25</sup>, cujas diretrizes estão definidas no texto constitucional.

Não se está a dizer que o direito subjetivo à saúde garante o direito do indivíduo a ter saúde propriamente dita, mas sim que o Estado garanta a assistência à saúde desse indivíduo e promova a defesa do interesse público no âmbito da assistência suplementar à saúde.

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico

<sup>23</sup> Artigo 25 da DUDH: “1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

Transcrição da audiência pública disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>> Acesso em 05 de janeiro de 2017.

<sup>24</sup> A constituição da Organização Mundial da Saúde foi feita na cidade de Nova Iorque, em 22 de julho de 1946, em um único exemplar, elaborado em língua chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa e está vinculada à Organização das Nações Unidas.

<sup>25</sup> “O governo é o nicho da política no Estado; as decisões políticas são essencialmente manifestações de poder. Mas a política de maior alcance, compatível com a complexificação das possibilidades e dos meios obtidos com o desenvolvimento do capitalismo, depende da conformação do poder em estruturas despersonalizadas, organizadas segundo regras e procedimentos jurídicos. E, com isso, progressivamente, a política vai deixando de ser exclusivamente política, para ser, ao mesmo tempo e cada vez mais, também direito, organizado em instituições”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado<sup>26</sup>.

Dado o caráter programático das normas constitucionais de direito à saúde, o Estado deve garanti-lo mediante a implementação de políticas públicas, sob pena de violação das promessas constitucionais.

Marcos Augusto Perez entende por políticas públicas “a organização sistemática dos motivos fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais”<sup>27</sup>.

No entendimento de Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, 2ª Turma, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado 02/02/2007.

<sup>27</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 170.

<sup>28</sup> Id. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

Explica, ainda, sobre a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica “se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”<sup>29</sup>:

Para que uma política pública seja bem implementada é imprescindível o planejamento, bem como a participação da comunidade<sup>30</sup>, com o diálogo e discussão sobre a problemática, metas e definição de prioridades, principalmente dos cidadãos que serão afetados por tal política.

Nesse sentido, há a necessidade de haver espaços em que os atores sociais implicados em determinada política pública possam expor suas demandas e participar do processo deliberativo, enfrentando efetivamente as tarefas para a construção de desenhos institucionais, bem como para assegurar a transparência<sup>31</sup>.

A criação das políticas públicas compete à Administração Pública, embora a participação da sociedade seja de fundamental importância, desde a sua concepção com a participação em audiências públicas e consultas públicas, por exemplo, até a sua implementação e efetivação.

Nas palavras do professor Gilberto Bercovici, o Estado é o principal formulador das políticas públicas e o seu fundamento é a concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado<sup>32</sup>.

Marcus Augusto Perez defende a necessidade de participação da sociedade na formulação de políticas públicas, porém pontua alguns perigos inerentes à participação, como a tendência do extremismo do participacionismo a abolir todas as fronteiras que delimitam o Estado e a sociedade, o aumento da corrupção em razão da aproximação das autoridades dos grupos sociais levando ao favorecimento de

---

<sup>29</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), op. cit., p. 170.

<sup>30</sup> Nesse sentido é o artigo 198, III, da Constituição Federal que dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com algumas diretrizes, dentre elas, a participação da comunidade.

<sup>31</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi *et al.* *Regulação de medicamentos no Brasil: desafios no contexto do mundo globalizado*. São Paulo: Cepedisa, 2014, p. 28 e 29.

<sup>32</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-144.

interesses pessoais, a captura do regulador pelos setores do mercado que este deveria regular, a possibilidade de deficiência de análise com o conteúdo técnico ou o planejamento necessário a sua concretização, além da possibilidade de falhas na coordenação.

Conclui sua análise da seguinte forma:

Diante disso, parece-nos indispensável que a incorporação da discussão das políticas públicas pelo direito administrativo esteja integrada à da participação social na sua formulação, decisão e execução. Bem-estar coletivo e justiça social, enquanto objetivos da atividade da Administração Pública cumpridos por meio do arranjo de políticas públicas, são indissociavelmente ligados à transparência da atuação administrativa, à ampla controlabilidade dessa atuação e, enfim, à participação dos agentes sociais direta ou indiretamente interessados no cumprimento daqueles supremos desígnios<sup>33</sup>.

A principal política pública de saúde no Brasil é o Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Federal nº. 8.080/1990<sup>34</sup>. Trata-se de uma política de Estado, tão logo uma política que só pode ser executada pelo Estado.

Lucília Alcione Prata explica que as políticas de Estado são vinculantes, pois decorrem da vinculação entre as decisões da Administração Pública e as diretrizes traçadas pelos fundamentos, princípios e objetivos que o Estado busca alcançar mediante o planejamento das políticas públicas e aptas a atender as diretrizes formalizadas no

---

<sup>33</sup> Perez, Marcus Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 176.

<sup>34</sup> Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci discorre acerca do artigo 196, da Constituição Federal, e aponta que mais importante é “a própria estruturação das prestações estatais em matéria de saúde, que a Constituição Federal ordenou, de forma inédita, no Sistema Único de Saúde. Resultante de um aprimoramento de modelos anteriores à Constituição de 1988, a partir da evolução das primeiras propostas técnicas, mas, mais importante, agregando a mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde, o SUS é inscrito nos arts. 198 a 200 da Constituição, com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico. Seria de se pensar se isso não desnaturaria seu caráter de política pública, que, como vimos, tem como nota distintiva atingir objetivos sociais em tempo e quantidade previamente determinados. O SUS não é um programa que visa resultados, mas uma nova conformação, de tipo estrutural, para o sistema de saúde, cujo objetivo é a coordenação da atuação governamental nos diversos níveis federativos no Brasil (‘rede regionalizada e hierarquizada’, cf. art. 198 da CF), para a realização de três diretrizes: descentralização, atendimento integral prioritariamente preventivo e participação da comunidade”. BUCCI, Maria Paula. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 17-18.

texto constitucional. Desse modo, entende que são “necessariamente estruturantes das políticas governamentais e constituem a base das políticas setoriais”,<sup>35</sup> de modo que a margem de discricionariedade do Poder Público é reduzida pela vinculação constitucional às políticas de Estado. Já as políticas de governo “encontram-se dentro de uma margem de escolha do governante e representam as plataformas e os planos de governo, consubstanciados nas metas que um determinado governante ou partido pretende implementar durante sua gestão”<sup>36</sup>.

As políticas de governo, portanto, estão vinculadas às políticas de Estado, porém permitem uma atuação mais discricionária do administrador público, com maior flexibilização.

Na área da saúde, as políticas públicas são consideradas de Estado, cujas garantias, princípios e metas estão previamente estabelecidos na Constituição, “e quaisquer políticas que venham a ser implementadas encontram-se constitucionalmente vinculadas aos princípios constitucionais da proteção universal e integral à saúde e demais princípios, garantias e objetivos traçados na Constituição”<sup>37</sup>.

Ainda, especificamente sobre as políticas públicas de saúde, em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 2009, o então Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, discorreu sobre o ajuizamento de ações judiciais e a imprescindibilidade do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo. Destacou que a negativa de prestação não decorre sempre do mesmo fundamento, sublinhando três hipóteses: “a) em alguns casos há política pública que não é executada; b) em outros a política pública é inadequada; e c) finalmente, há casos em que não há política pública definida”. E, ainda, discorreu sobre a necessidade de maior interação entre todos aqueles que devem participar da política pública, seja em sua formação, sua implementação ou sua execução, pois a

---

<sup>35</sup> PRATA, Lucília Alcione. Um novo locus de formação das políticas públicas de saúde: o diagnóstico da saúde pela política judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 257-258.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 257-258.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 257-258.



não interação entre todos os agentes pode ocasionar uma ineficácia com relação à política:

Apesar de o Ministério da Saúde e os gestores do SUS editarem inúmeros atos normativos, somente em poucas hipóteses há a previsão de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que definam minimamente qual o medicamento e o tratamento estabelecidos para o caso. Nem mesmo no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional há protocolos clínicos para todas as doenças e medicamentos.

Vale dizer, em quase todos os casos, não existe clareza mínima sobre o tratamento previsto na política pública, o que motiva prescrições médicas, inclusive de médicos do SUS, que recomendam o uso de medicamentos e a realização de tratamentos não oferecidos ordinariamente pelo Sistema Único de Saúde, mas que consideram ser a melhor alternativa terapêutica<sup>38</sup>.

De acordo com o texto constitucional, as ações e serviços de saúde são de relevância pública e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único. Esse serviço pode ser prestado por entes públicos ou privados, em benefício de toda a universalidade, embora deva ser levada em consideração as necessidades individuais de cada cidadão<sup>39</sup>.

Nesse sentido, Ingo Sarlet discorre que:

Assume-se, de outra parte, como correta a afirmação – amplamente difundida na literatura jurídico-constitucional contemporânea – de que a determinação da titularidade (independentemente da distinção entre titularidade e capacidade jurídica) de direitos fundamentais não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama identificação individualizada, à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto e de quem figura nos pólos da relação jurídica.

[...]

Nesta perspectiva situa-se o entendimento de Pérez Luño, para quem (recuperando a doutrina de George Gurvitch), embora os direitos

<sup>38</sup>

Disponível

em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr.\\_Antonio\\_Fernando\\_Barras\\_e\\_Silva\\_de\\_Souza\\_\\_\\_ProcuradorGeral\\_da\\_Republica\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barras_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada nº. 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008: “Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos”.

sociais (como, aliás, se dá com os demais direitos humanos e fundamentais) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo (pela ação dos grupos ou coletividades), pois os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade<sup>40</sup>.

Portanto, o direito à saúde é um direito subjetivo social garantido constitucionalmente, devendo a assistência à saúde ser considerada como um serviço público e de relevância pública, nos termos do art. 197 da Constituição Federal.

Ademais, sendo um direito social de todos e dever do Estado, é este o responsável por sua prestação positiva e dele pode ser exigido, razão pela qual, mesmo quando prestado por particulares, não perde sua relevância pública.

### **1.1. A saúde como direito fundamental e a necessidade de garantias mínimas para sua concretização**

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, a saúde é um direito social, previsto no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais foram divididos em gerações<sup>41</sup>, que demarcam os períodos e as etapas em que tais direitos passaram a ser reconhecidos ao longo da história. O reconhecimento desses direitos não ocorreu de repente, e sim foi fruto da evolução, desde o Estado Liberal para o Social, chegando ao atual Estado Democrático.

Os direitos de primeira geração estão associados ao valor da liberdade, como impacto da Revolução Francesa. Nesse sentido, Irene Patrícia Nohara afirma que “embora o lema da Revolução Francesa tivesse sido liberdade, igualdade e fraternidade, apenas

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça*, nº. 10, jan./mar. 2010, p. 205-228.

<sup>41</sup> O surgimento de novas gerações não extinguiu as gerações anteriores, não houve sucessão de direitos, razão pela qual há autores que preferem o termo dimensão, já que o termo é empregado para caracterizar diferentes momentos nos quais esses grupos de direitos surgiram como resposta às reivindicações.

o primeiro princípio foi efetivamente perseguido na etapa de consolidação do Estado de Direito, fruto da Revolução Francesa<sup>42</sup>.

A partir do reconhecimento da liberdade formal, os indivíduos poderiam exigir que o Estado se abstinhasse de intervir em determinadas esferas de seus direitos. Os direitos individuais implicam, portanto, deveres de abstenção pelo Estado, de não intervenção na esfera da autonomia individual e dos bens fundamentais tutelados, a exemplo do direito de liberdade. São, desse modo, considerados direitos humanos e fundamentais de primeira geração.

Ocorre que, com o decorrer do tempo, isso se tornou insuficiente. A sociedade deixou de se contentar com os deveres de abstenção do Estado e passou a exigir prestações positivas do Estado no sentido de concretização de uma igualdade material. A partir das transformações conquistadas por distintos grupos sociais, passou-se então ao Estado Social com o reconhecimento dos direitos sociais, que são os chamados direitos de segunda geração.

Os direitos sociais, econômicos e culturais são, portanto, direitos que geralmente dependem de uma atuação positiva do Estado, ao contrário dos direitos individuais (civis e políticos) que, *grosso modo*, correspondem aos direitos de cunho negativo (defensivo).

A primeira Constituição no mundo a consagrar os direitos sociais foi a Constituição do México, em 1917, seguida da Constituição Alemã de 1919 (Weimar). Já no Brasil, foi a Constituição de 1934 a primeira a prever em seu texto os direitos sociais dos trabalhadores<sup>43</sup>.

A Constituição de 1988 constitui “o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País”,<sup>44</sup> sendo que o texto constitucional

---

<sup>42</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 96.

<sup>43</sup> Artigo 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

<sup>44</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem., Florianópolis*, v. 16, n. 3, p. 887-896, dez. 2008. Disponível em:

demarca a ruptura com o regime autoritário militar, refletindo o consenso democrático.<sup>45</sup>

Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. Introduce a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular<sup>46</sup>.

Ainda, nas palavras de Flávia Piovesan:

O Texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais. Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Desse modo, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados<sup>47</sup>.

Segundo Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume condição de um direito à proteção à saúde no sentido de resguardar o titular contra ingerências ou agressões oriundas do Estado ou de terceiros. Já como direito à prestação, pressupõe a realização por parte do Estado ou particulares que assegurem a fruição do direito por meio de medidas para salvaguardar o direito e a própria saúde dos indivíduos, como o fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames, prestação de tratamentos, etc.)<sup>48</sup>.

---

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

<sup>45</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 378-380.

<sup>47</sup> *Id.* *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90-91.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina Nacional. out./dez. 2007.

Fernanda Massad discorre que a Constituição Federal é considerada uma Constituição social garantidora de uma série de direitos sociais à sua população, dentre eles o direito à saúde. E complementa:

Surge então uma série de problemas quanto a sua aplicabilidade, na medida em que 'nas constituições sociais, em que o valor maior a tutelar é a igualdade do cidadão, são exigidas muitas ações governamentais para corrigir desequilíbrios.<sup>49</sup>

A respeito da exequibilidade das normas de direitos sociais, atrelada aos objetivos fundamentais da República, Clarice Seixas Duarte ressalta a importância da ação dos Poderes Públicos no sentido de alcançar o desenvolvimento mediante a implementação de políticas públicas.

No contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988, a ação dos Poderes Públicos é especialmente relevante para se atingirem objetivos coletivos transformados em princípios e regras juridicamente vinculantes, há, aí, forte preocupação com uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens socialmente produzidos, com a meta de redução das desigualdades e realização da justiça social. O Estado assume a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, por meio da realização de fins materiais. Para cumprir os ideais do Estado Social, a ação dos governantes deve ser racional e planejada, o que ocorre por meio da elaboração e implementação de políticas públicas<sup>50</sup>.

Leonardo Lorea Mattar, então Defensor Público Geral da União, em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 2009, aduziu que a Constituição positivou uma série de direitos e garantias sociais, na esfera política, para todos os brasileiros, os quais hoje a sociedade espera que sejam efetivados.

Como se sabe, os chamados direitos humanos de primeira geração, os direitos individuais, consistem em direitos de liberdade, isto é, direitos cujo exercício pelo cidadão requer que o Estado e os concidadãos se abstenham de turbar. Em outras palavras, o direito de expressão, de associação, de manifestação do pensamento, o direito ao devido processo, todos eles se realizariam pelo exercício da liberdade, requerendo, se assim se pode falar, garantias negativas, ou

---

<sup>49</sup> FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar. *A regulação estatal e o controle judicial da saúde suplementar como fatores de efetivação do direito à saúde: direito social e do consumidor*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014, p. 27.

<sup>50</sup> DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: *O direito e as políticas públicas no Brasil*. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

seja, a segurança de que nenhuma instituição ou indivíduo perturbaria seu gozo.

Já os direitos sociais, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919 (entre nós, com a Constituição de 1934), são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração.

[...] os direitos sociais, ditos de segunda geração, que mais precisamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração<sup>51</sup>.

Isso implica dizer que os direitos de segunda geração foram formulados para garantir o gozo dos direitos de primeira geração em sua plenitude, sendo o direito à saúde um direito de segunda geração, na medida em que não possui apenas caráter de abstenção, mas sim caráter de efetiva prestação, necessitando de uma série de ações para assegurá-lo.

Ingo Sarlet, por sua vez, possui uma explicação no sentido de que é possível identificar uma coexistência de dimensões individuais e coletivas nos direitos fundamentais:

Por mais que se saiba hoje que uma classificação dos direitos humanos e fundamentais assume função essencialmente didática e que todos os direitos sejam pautados por uma relação de complementaridade e conexão, o que importa, para efeitos do presente item, é que nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas dimensões ou gerações, foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais. Pelo contrário, direitos sociais (especialmente em se tratando dos direitos sociais básicos, como no caso da saúde, educação, previdência e assistência social e moradia, assim como no caso dos direitos dos trabalhadores a uma renda mínima, jornada de trabalho limitada, etc.) surgiram – como, de resto, os direitos humanos e fundamentais de um modo geral – a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – na condição de direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, embora sempre da pessoa situada num contexto social e intersubjetivo.

[...]

De outra parte, como há muito já o destacou Peter Häberle, todos os direitos fundamentais, em certa perspectiva, são direitos sociais, de modo especial em se considerando o vínculo entre a dignidade da

---

<sup>51</sup> BUCCI, Maria Paula. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 3.

pessoa humana e a democracia, visto que além de todos os direitos fundamentais apresentarem uma dimensão comunitária são também, em maior ou menor medida, dependentes de concretização por meio de prestações estatais.

Em verdade, como bem demonstra José Ledur, as dimensões individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva, como ocorre, além dos casos já referidos, dentre outros que poderiam ser colacionados, no caso do mandado de segurança coletivo. Aliás, embora não argumentando com base na generalidade dos direitos sociais, tal linha argumentativa foi desenvolvida também em julgado do Supremo Tribunal Federal, precisamente sustentando a coexistência de uma titularidade individual e coletiva do direito à saúde, sem prejuízo da existência de significativa jurisprudência reconhecendo – há muito tempo – um <sup>52</sup>.

Com o reconhecimento da saúde como direito social, passou a ser equiparado aos demais direitos sociais, como a educação, o trabalho etc., entretanto, o que diferencia a saúde desses outros direitos é a relevância pública reconhecida no artigo 197 da Constituição Federal e abordada no capítulo anterior.

É relevante analisar a eficácia e a efetividade do regime jurídico dos direitos sociais. Para tratar do regime jurídico é essencial mencionar o reconhecimento do caráter de fundamentalidade desses direitos, de modo que o regime jurídico aplicado é aquele assegurado pela Constituição Federal aos direitos fundamentais, especificamente no art. 5º, § 1º, que estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Podem ser destacadas também as contribuições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy no sentido de que os direitos fundamentais constituem princípios aptos a produzirem efeitos de forma imediata, mesmo na eventual ausência de legislação específica<sup>53</sup>.

Objetivou-se, portanto, estabelecer direitos fundamentais nos quais foram incluídos os direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde. Não se trata apenas de positivação meramente formal, mas também de efetivação material, inclusive com aplicação imediata das normas.

---

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 205-228.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos B. Pulido. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Como se observa, a saúde, no texto constitucional de 1988, foi calcada sob duas características principais: sua inclusão como direito fundamental (e a impossibilidade de abolição dada a proteção das cláusulas pétreas), de implementação imediata e observância obrigatória, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, bem como o estabelecimento das regras gerais e dos princípios que devem nortear as políticas públicas nessa área, dentre elas o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

O reconhecimento desses direitos sociais impôs maior interferência do Estado no domínio econômico.

Esse processo de ampliação de direitos, por demanda da cidadania, enseja um incremento da intervenção do Estado no domínio econômico. A intervenção do Estado na vida econômica e social é uma realidade, a partir do século XX. E apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal, que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretextos variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico.

A garantia dos direitos – também pela mediação do Estado – é a outra face dessa realidade<sup>54</sup>.

Alessandra Gotti Bontempo entende que “os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”<sup>55</sup>.

Contudo, quando tratamos de uma prestação estatal é interessante também apontar a relevância da dimensão econômica, que pode, inclusive, delimitar a atuação na hipótese de limitações orçamentárias ou escassez de recursos.

Isso porque, reconhece-se que os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, permitem que o cidadão possa deduzir uma pretensão jurídica contra o Poder Público

---

<sup>54</sup> BUCCI, Maria Paula. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 5.

<sup>55</sup> BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais – Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 71.



a fim de exigir, na maioria dos casos como visto, ações de índole positiva. No entanto, não há dúvidas de que tais prestações devam ser analisadas também sob a ótica das políticas e finanças públicas.

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas<sup>56</sup>.

Nesse sentido, destaca-se a reserva do possível, que é um limitador econômico na implementação de políticas públicas responsáveis pela efetivação dos direitos sociais e muitas vezes utilizada como justificativa para a sua não efetivação, sob o argumento de ausência de dotação orçamentária ou impossibilidade de desequilíbrio orçamentário.

Nas palavras de Ingo Sarlet, a reserva do possível constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas que também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, como no caso de colisão de direitos e indisponibilidade de recursos, no intuito de “salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”<sup>57</sup>.

Afirma, ainda, que há como sustentar que a reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta uma dimensão tríplice, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 anos de constitucionalismo democrático – E Agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo, op. cit., p. 163-206.

especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade<sup>58</sup>.

Já Dirley Cunha Junior afirma que “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocadas como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”.<sup>59</sup> E continua: “a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”<sup>60</sup>.

Sobre o assunto, Irene Patrícia Nohara discorre da seguinte forma:

Ora, como pode o Poder Público, que possui receitas finitas, dar conta de um infindável rol de necessidades sociais? Seria o Poder Judiciário a instância mais legítima a fazer a programação dos gastos prioritários? Como fica a democracia se o Poder que deveria se restringir a aplicar a lei aos casos concretos passar a optar pelas políticas públicas mais importantes?

Estas são questões cuja resolução é de difícil equacionamento, mas a jurisprudência vem sinalizando para um posicionamento que afasta o argumento conservador de que enquanto os direitos individuais seriam plenamente justiciáveis, isto é, tuteláveis pela via jurisdicional, os direitos sociais, salvos alguns poucos casos garantidos de forma mais evidente nas leis e na Constituição, não configurariam verdadeiros direitos públicos subjetivos, mas em muitas das hipóteses meras expectativas de direito a depender da decisão política dos demais Poderes.

[...]

O denominado intervencionismo judiciário não é blindado a críticas, existem mesmo os perigos advindos de tais substituições, contudo, perigo maior, não há como negar, é o de os agentes políticos não implementarem políticas públicas compatíveis com os direitos sociais assegurados na Carta Constitucional, por isso há mais motivos para comemorar do que lamentar o fato de o Poder Judiciário acordar para o papel, conjunto com os demais Poderes ou contra a inércia deles, de realização máxima dos preceitos democráticos e dos direitos fundamentais<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> SARLET, Ingo, op. cit., p. 163-206.

<sup>59</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349.

<sup>60</sup> Ibid., p. 349-395.

<sup>61</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Políticas públicas e discricionariedade administrativa. Carta Forense, 2008. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/politicas-publicas-e-discricionariedade-administrativa/2904>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

Já o Ministro José Antônio Dias Toffoli<sup>62</sup>, em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 2009, discorreu acerca das políticas públicas para fornecimento de medicamentos, da observância da reserva do possível e da judicialização da questão, o que entendeu ser negativa. Afirmou que os recursos estatais para a efetivação do direito à saúde são limitados, razão pela qual entende que a interferência do Poder Judiciário com a judicialização indiscriminada da questão relativa ao fornecimento de medicamentos à população representa um sério risco para a organização e para o planejamento das políticas públicas da área.

Também defendeu que o fato do Poder Público apontar quais os medicamentos e tratamentos que serão fornecidos à população “não induz, por si só, a conclusão de que se está diante de intolerável e inconstitucional limitação ao direito à saúde, mas sim indica que se está por estabelecer garantias de acesso aos serviços de saúde disponíveis, cuja segurança e eficácia já foram verificados”<sup>63</sup>, bem como que a elaboração de políticas públicas pressupõe o estabelecimento de escolhas que beneficiem a maior parte da população. E continuou:

Ante o fato de os direitos fundamentais sociais exigirem prestações positivas, ações do Estado, prestações por parte do Estado, põe-se em relevo a dimensão econômica e a análise não apenas da conveniência e oportunidade da adoção da medida, mas da possibilidade, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura inclusive econômica e financeira [...]

Assim, a atuação do administrador está limitada pela cláusula de reserva do financeiramente possível. Esse é um dos fundamentos maiores da defesa da União junto às liminares que são concedidas para bloqueio de bens ou fornecimento de dados medicamentos e de serviços de saúde, a cláusula de reserva do financeiramente possível, devendo utilizar-se de escolhas que beneficiem a maior parte da população<sup>64</sup>.

Conforme discorre Maria Paula Dallari Bucci, não seria possível nos anos 1990, como não é hoje, compreender e enfrentar as injunções necessárias para oferecer educação pública ou saúde universais e de qualidade para milhões de brasileiros, sem

---

<sup>62</sup>

Disponível

em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Min.\\_Jose\\_Antonio\\_Dias\\_Toffoli\\_\\_Advogado\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli__Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

considerar, de forma articulada, as variáveis jurídicas, da organização política, da configuração social em cada lugar, com sua história própria, a existência ou inexistência do corpo de funcionários públicos para realizar os serviços implícitos naquela política, ou as alternativas de delegação a particulares, sob regulação do Poder Público, enfim, a multiplicidade de elementos associados à expressão política pública<sup>65</sup>.

A reserva do possível não receberá maior aprofundamento teórico e análise prática, tendo em vista o objetivo do trabalho, cujo escopo é enfrentar a limitação econômica no âmbito privado.

Apesar de não constituir objeto do trabalho, não se pode deixar de mencionar uma terceira geração de direitos se refere à noção de solidariedade e transindividualidade, a exemplo do meio ambiente.

## **1.2. A criação do Sistema Único de Saúde – SUS e sua implementação**

A Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema único de saúde, financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da seguridade social, e regulado pela Lei nº. 8.080/1990.

Desse modo, as atividades de assistência à saúde compõem o sistema único de saúde, conhecido como SUS, e devem ser prestadas pelo Estado e por terceiros conveniados ou contratados, tendo preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. No entanto, entidades privadas também podem prestar as atividades de assistência à saúde do SUS, tendo em vista a qualificação dos serviços como de relevância pública, sendo que o Poder Público regulamenta, fiscaliza e controla esses serviços.

---

<sup>65</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

Como se observa, a Constituição Federal determina que a participação da iniciativa privada no sistema único de saúde poderá ocorrer de forma complementar. Já a Lei nº. 8.080/1990 determina que o SUS poderá recorrer aos serviços da iniciativa privada quando as disponibilidades da rede pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial, o que é confirmado pela Portaria nº. 3.277/2006 do Ministério da Saúde<sup>66</sup>.

Entretanto, o que se entende é por uma interpretação ampla, descaracterizando eventual caráter estatizante da assistência à saúde, já que a própria Constituição Federal previu a possibilidade de privatização desse serviço. Nesse sentido:

[...] a correta leitura do art. 197 da CF (e face às demais regras vigentes) é a de que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente (pelo Estado) ou por terceiros (hospitais e unidades hospitalares de entidades filantrópicas que venham a integrar o SUS), os quais comparecem com sua capacidade instalada e em caráter complementar, e por pessoa física ou jurídica de direito privado (consultórios médicos e hospitais privados não filiados ao SUS). Todos exercem serviços de relevância pública, mas aqueles prestados pelo Estado são de natureza essencialmente pública, integral e universal, caracterizando-se como direito fundamental e dever do Estado<sup>67</sup>.

O sistema único de saúde, embora possua esse nome, trata-se de um sistema duplice, em que a prestação dos serviços pode ocorrer por entidades de natureza pública ou privada em um subsistema público, isso é o que chamam de complementariedade ao sistema único de saúde.

Embora dentro desse subsistema público seja possível a prestação dos serviços e assistência à saúde por entidades privadas, não se confunde com a atuação privada das operadoras de saúde que comercializam seguros e planos de saúde, de forma suplementar ao Estado, conforme autorizado pela Constituição Federal.

---

<sup>66</sup> De acordo com Mânica, “a normatização infralegal do sistema público de saúde não raro traz outras inovações que contrariam o texto constitucional e seguem uma linha de estatização dos serviços da saúde – não prevista na Constituição e tampouco na lei”. Vide: MÂNICA, Fernando Borges. A complementariedade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. jan./jul. 2012. Brasília: CMB, 2012, p. 34-54.

<sup>67</sup> MÂNICA apud GONÇALVES, Wagner. *Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública*. 1998. Mimeo. p. 21.

A respeito da implementação do sistema único de saúde, somente se deu após a Reforma Sanitária, cujas lutas foram intensificadas na década de 80, conforme visto nos itens anteriores.

No âmbito da Constituição de 1988, o conceito de saúde foi ampliado e o direito passou a ser social de cidadania, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Com efeito, as ações e serviços públicos de saúde devem constituir um sistema único que garanta um atendimento integral, organizado de forma regionalizada e hierarquizada, com descentralização e direção única em cada esfera de governo, bem como contar com a participação da comunidade, a fim de instituir o SUS.

A Lei nº. 8.080/1990, que instituiu o SUS, definiu as seguintes atribuições ao novo sistema nacional de saúde: (i) identificação e divulgação de fatores condicionantes e determinantes da saúde; (ii) formulação de política de saúde; (iii) prestação de uma assistência integral para toda a população por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde<sup>68</sup>.

O artigo 199, § 1º, da Constituição Federal e o artigo 4º, § 2º, da Lei 8.080/1990 admitem a complementação privada da saúde pública, de forma que o ente público possa contratar um estabelecimento privado para complementar o atendimento à saúde de seus cidadãos, quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde, comprovada a necessidade de complementação da sua rede e, ainda, se houver impossibilidade de ampliação dos serviços públicos<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Artigo 5º da Lei nº. 8.080/1990.

<sup>69</sup> Portaria nº. 1.034/2010 do Ministério da Saúde (que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde):

Art. 2º. Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

I – comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,

II – haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

§ 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.

Além disso, as ações e serviços públicos de saúde, bem como os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde – SUS, devem ser desenvolvidos obedecendo, principalmente, aos princípios da universalidade, igualdade e gratuidade no acesso ao SUS<sup>70</sup>.

O princípio da universalidade faz referência ao todo, ao atendimento de toda e qualquer pessoa no território brasileiro, por meio da rede pública de atendimento. É a garantia do acesso irrestrito, igualitário e gratuito, atendimento universal, eliminando as barreiras formais com a ampliação do acesso, tendo em vista que antes disso a saúde era meramente assistencialista limitada aos trabalhadores e aos seus familiares.

---

§ 2º Para fins de organização da rede de serviços e justificativa da necessidade de complementaridade, deverá ser elaborado um Plano Operativo para os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 7º da presente Portaria.

§ 3º A necessidade de complementação de serviços deverá ser aprovada pelo Conselho de Saúde e constar no Plano de Saúde respectivo.

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos:

I - convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

<sup>70</sup> Art. 7º, da Lei nº. 8.080/90: As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Para maior alcance da população, com a observância total do princípio da universalidade, Domício Aurélio de Sá acredita na descentralização do sistema único de saúde, com uma gestão local a fim de reduzir as desigualdades regionais e ampliar a cobertura dos serviços para que sejam ofertados o mais próximo possível da população. Ele afirma que isso facilita a participação da população na construção de modelos assistenciais eficazes e com maior justiça social.

Desta forma, a descentralização é uma diretriz do SUS utilizada como estratégia para a consecução dos princípios da universalidade, equidade e integralidade (FLEURY, 1994). Contudo, para haver uma efetiva descentralização é necessária uma redistribuição de poder decisório no espaço político-administrativo, ou seja, a distribuição de atividades sem a transferência de poder político não significa uma descentralização plena, mas apenas uma desconcentração (TOBAR, 1991).

[...]

Muitos autores (MENDES, 1994; GIOVANELLA & FLEURY, 1996), defensores do sistema de saúde público e de qualidade, bandeiras do movimento pela Reforma Sanitária, concordaram com as análises de Faveret Filho & Oliveira, denominada “universalidade excludente”, pois o movimento de inclusão de camadas populares no sistema não foi acompanhado por um mecanismo de financiamento adequado, e sim, de racionamento dos gastos, com a conseqüente deterioração da atenção prestada, levando a novas formas de exclusões de determinados seguimentos da sociedade que migraram para as diversas formas de seguros privados de saúde (FAVERET FILHO & OLIVEIRA, 1990)<sup>71</sup>.

O princípio da igualdade garante que esse atendimento seja para todos, sem distinção. Por fim, a gratuidade, como o próprio nome indica, refere-se à inexistência de contraprestação pecuniária para atendimento na rede pública, pois se trata de um serviço gratuito.

Dessa forma, observa-se que durante o processo de implantação do SUS ocorreram avanços e retrocessos com relação à política de saúde defendida pela Reforma Sanitária. Na prática, as proposições defendidas no plano legal, não tiveram imediata efetivação nas políticas nacionais; ao contrário, no momento de ampliação da

---

<sup>71</sup> SÁ, Domício Aurélio de, op. cit, p. 18-20.



cobertura houve grande retração de recursos, caracterizando uma contradição estrutural no sistema<sup>72</sup>.

Os princípios da universalidade, da igualdade e da gratuidade do SUS são de extrema importância, a fim de garantir um atendimento correto da população, tal como fora pensado quando da instituição do sistema único de saúde.

Isso porque, formas diferenciadas de atendimento, já foram discutidas. Nesse sentido houve, inclusive, uma audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 20 de junho de 2014, já mencionada no trabalho, que discutiu acerca da internação hospitalar com diferença de classe no Sistema Único de Saúde – SUS.

A diferença de classe discutida na audiência pública seria admitir uma modalidade de ingresso no sistema único de saúde diferenciada, prioritária, mediante o pagamento de um valor a título particular.

Durante a audiência pública, entendeu-se que a admissão dessa modalidade diferenciada de ingresso no sistema único de saúde afrontaria todos os princípios basilares do SUS.

Fabírcia Boscaini, então procuradora do Estado do Rio Grande do Sul e dirigente da equipe de saúde da Procuradoria do Domínio Público Estadual da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, destacou a chamada democracia sanitária como um elemento muito importante na concretização da saúde como um direito de todos, que resulta da “democracia participativa, consagrada pela participação popular, a participação do povo na construção e fiscalização das políticas públicas de saúde”:<sup>73</sup>

Aliás, a participação da comunidade é uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde, estando consagrada no artigo 198, II, da Constituição Federal.

E por que se destaca e ganha importância esse ponto específico? Por que falar da democracia direta? Porque a institucionalização do Sistema Único de Saúde, na Constituição de 88, parte da base da

---

<sup>72</sup> SÁ, 2002, *apud* NORONHA & LEVCOVITZ, 1994.

<sup>73</sup> Transcrição da audiência pública disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>>  
Acesso em: 05 jan. 2017.

sociedade. Da sociedade organizada, dos movimentos sociais, que iniciaram esse debate, se rebelaram contra o sistema até então vigente, o sistema anterior, que era excludente, desigual e perverso e começaram a construir um novo sistema de saúde. E não à toa, muitas das recomendações da 8ª Conferência Nacional da Saúde, que ocorreu em 1986 – prévia, então, à Constituição de 88, que teve a participação de amplos segmentos da sociedade, especialmente da população –, serviram de parâmetro para as normas que acabaram regulamentando o Sistema Único de Saúde na Constituição Federal. Portanto, quando o artigo 196 da Constituição Federal coloca como princípios basilares, estruturais do Sistema Único de Saúde, o acesso universal e igualitário às ações de saúde, ele está dizendo que a sociedade brasileira quis, e quer, um sistema público de saúde, que a toda pessoa seja livre o acesso, e de forma igualitária em todos os níveis de complexidade sem distinção de qualquer espécie, de qualquer natureza, pouco importando o grau de instrução, o poder econômico, a cor da pele, o gênero, a classe social. Enfim, um sistema que a todos acolha e com igualdade.

Afirma, também, que a partir da institucionalização do Sistema Único de Saúde – SUS na Constituição Federal de 1988, o SUS assumiu a verdadeira característica de garantia institucional fundamental ao ser regulamentado e romper com os modelos anteriores de assistência, que eram excludentes e ineficientes, e garantiam apenas acesso aos trabalhadores com vínculo formal e seus familiares.

Domício Aurélio de Sá<sup>74</sup> entende que universalidade, como igualdade de direito formal ao acesso à saúde – ausência de barreiras legais e administrativas – de forma isolada, só é possível de ser concretizada em sociedades que alcançaram um desenvolvimento econômico com justiça social.

A Constituição Federal, em seu artigo 200, determinou as atribuições do sistema único de saúde, dentre elas a vigilância sanitária e epidemiológica, formulação de políticas e ações de saneamento básico, prestação de assistência terapêutica integral etc.

Nos termos da Lei nº. 8.080/1990, a responsabilidade do Estado com relação à garantia da saúde pública está fixada sob duas vertentes: a prevenção, que consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e doenças e de outros agravos, bem como a assistência, que consiste no

---

<sup>74</sup> SÁ, Domício Aurélio de. *Atenção à saúde no Brasil – um estudo do acesso à assistência a partir do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS)*. Recife: Fundação Oswaldo Cruz, 2002. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública.

estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O § 1º do art. 198, da Constituição Federal, estabelece que o Sistema Único de Saúde – SUS será financiado mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Apesar de único, o SUS é organizado por uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo e atua segundo o princípio da descentralização. A organização de forma regionalizada permite que as ações e serviços de saúde sejam adaptados ao perfil epidemiológico local, ou seja, de forma a atender as peculiaridades de cada região. Em razão do caráter regionalizado do SUS, o art. 23, II, da Constituição prevê a competência comum dos entes da federação, portanto, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade.

### **1.3. A assistência à saúde no Brasil – análise de sua efetividade**

A efetividade da assistência à saúde no Brasil é muito discutida, podendo sua análise ser dividida entre a assistência pública e a assistência privada.

Sobre a assistência pública, há ainda muitas falhas na implementação do Sistema Único de Saúde. Aliás, numa comparação entre os sistemas público e privado, há quem defenda que grande utilização pelo sistema público é por aqueles que são beneficiários de planos privados<sup>75</sup>.

Sá afirma que as dificuldades para efetivação da política de saúde do SUS têm raízes na própria história de desigualdades das políticas econômicas e sociais, que sempre conduziram a construção do país. Neste contexto, afirma que a organização dos serviços de saúde ocorre de forma assistemática, privilegiando os centros urbanos

---

<sup>75</sup> Nesse sentido entendem Dirceu Pereira Siqueira e Fabricio Fazolli: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, UNIFAFIBE, Vol. 2, n. 1, 2014.

mais desenvolvidos e áreas consideradas estratégicas para o interesse capitalista, de modo que “a concentração dos investimentos em áreas mais afluentes, associado à má distribuição de renda, compromete a eficácia e eficiência da política de saúde no alcance de maior justiça social”<sup>76</sup>.

Analisando este processo, conclui que:

[...] a distribuição da rede de serviços do Brasil é profundamente desigual quando se consideram as distintas regiões do país, as áreas urbanas ou rurais, as regiões ricas e pobres das cidades, determinando, junto com outros fatores socioeconômicos e culturais, uma extrema desigualdade na oferta e no acesso aos serviços de saúde pelas diferentes populações e estratos sociais.

[...]

Entre essas desigualdades, Travassos (1997) observa a existência de profundas diferenças nas taxas de utilização de serviços de saúde, havendo uma relação perversa onde os grupos de menor renda per capita adoecem mais, porém utilizam menos serviços de saúde<sup>77</sup>.

Outra crítica à efetividade da saúde no Brasil é com relação à atuação da iniciativa privada complementando a saúde pública e eventuais desvios.

Nesse sentido, Mânica<sup>78</sup> sustenta que em razão da ausência de uma política pública clara na área da saúde, bem como da ausência de mecanismos legais definindo os deveres dos prestadores, a participação privada na saúde tornou-se fonte de desvios. Isso porque, entende que “a grande expansão no número de leitos disponíveis e de recursos investidos na área da saúde não foi determinada por políticas públicas, mas por interesses mercadológicos dos prestadores privados dos serviços”.<sup>79</sup>

Desse modo, considera que as empresas privadas definiam qual era o serviço público de saúde a ser prestado, com ênfase nas atividades de medicina curativa, de modo que os próprios prestadores privados acabavam definindo a política pública de saúde, com base em seus próprios interesses e buscando ampliar a prestação de seus serviços, resultando no que se chama de dependência recíproca entre Estado e prestadores privados de serviços de saúde.

---

<sup>76</sup> SÁ, Domício Aurélio de., op. cit., p. 20-21.

<sup>77</sup> SÁ, Domício Aurélio de., op. cit., p. 20-21.

<sup>78</sup> MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. jan./jul. 2012. Brasília: CMB, 2012.

<sup>79</sup> Ibid., p. 96-97.

Com base nessa situação, somada a alguns outros fatores, como a “delimitação das pessoas com acesso aos serviços públicos de saúde”, a “superposição e desarmonia entre instâncias públicas voltadas à organização dos serviços”, a “crise do modelo econômico adotado pelo país”, o “aumento de custos da medicina”, e o “aumento da população urbana”, entende que se criou um “pano de fundo para um movimento de transformação no modelo de assistência à saúde no Brasil”<sup>80</sup>.

Lucília Alcione Prata afirma que “o aparelhamento ineficaz dos serviços públicos de saúde expõe o SUS a uma imensidão de falhas, omissões e desconcertos das políticas públicas de saúde no Brasil”<sup>81</sup>, o que é denominado como crise do SUS.

Desse modo, tendo em vista a ausência de efetiva prestação direta de serviços de saúde pelo Estado, muitas pessoas buscaram o mercado de consumo para a assistência à saúde, de modo que o direito à saúde na relação privada será abordado no próximo capítulo.

E mais, com a aprovação da Proposta da Emenda Constitucional 241<sup>82</sup>, convertida na Emenda Constitucional 95/2016, apresentada pela equipe econômica do governo Michel Temer, com o objetivo de limitar despesas com saúde, educação, assistência social e previdência, pelos próximos 20 anos, estabelecendo um teto de gastos a partir da correção da inflação, além de retirar da sociedade e do Congresso a prerrogativa de moldar o orçamento destinado a essas áreas, é possível que ocorra um crescimento na busca por planos de saúde privados, no intuito de obter um melhor atendimento à saúde.

Nesse sentido, Dirceu Pereira Siqueira e Fabricio Fazolli afirmam que a busca da iniciativa privada a atuar de forma complementar na seara do direito à saúde pode ser vista

---

<sup>80</sup> MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. jan./jul. 2012. Brasília: CMB, 2012.

<sup>81</sup> PRATA, Lucília Alcione. op. cit., p. 263.

<sup>82</sup> A PEC 241 (ou PEC 55) ficou conhecida como “PEC do teto”, pois criou um teto para o gasto público com o objetivo de evitar um crescimento das despesas maior do que a inflação a partir de 2017.

[...] como sendo a atuação incompleta do Estado quando da instituição de políticas públicas que almejem resguardar o essencial direito fundamental à saúde, em razão de sua incapacidade econômica e técnica, que impedem a instituição de políticas públicas que venham resguardar de forma efetiva o direito fundamental à saúde, não obstante o esforço de inúmeros administradores públicos em efetivar tais políticas<sup>83</sup>.

A análise da efetividade da assistência à saúde no Brasil pode ser observada também sob a ótica da judicialização da saúde.

De acordo com o relatório Justiça em Números 2016 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, referente ao ano base 2015, as ações relacionadas aos serviços de saúde no âmbito do Direito Público constaram em 12º lugar no ranking dos assuntos mais demandados no 2º grau, com 85.254 casos, correspondendo a 1,39%. No STJ as demandas corresponderam a 3.221 casos (1,15%), ficando em 15º lugar no ranking.

O fato dos serviços relacionados à assistência à saúde pública estarem incluídos dentre os vinte assuntos mais demandados comprova a teoria de que há ainda muitas falhas na implementação do sistema único de saúde.

---

<sup>83</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, UNIFAFIBE, Vol. 2, n. 1, 2014.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA RELAÇÃO PRIVADA

O direito à saúde universal passou a ser positivado a partir da Constituição Federal de 1988, já que os textos constitucionais anteriores sequer faziam menção à saúde, e a partir da Constituição Federal de 1934 foi prevista apenas como direito dos trabalhadores<sup>84</sup>.

Foi também somente na Constituição Federal de 1988 que se previu as hipóteses de participação privada nos serviços suplementares à atuação do Estado, embora já existissem planos privados de saúde. Todavia, as operadoras eram precariamente estruturadas e a cobertura dos planos era bem restritiva, com limitação de diárias de internação, exclusão de diversos materiais inerentes à cirurgia, aplicação de reajustes abusivos, entre outros, principalmente em razão da inexistência de lei específica que regulasse o setor.

O direito à saúde na relação privada tem grande relevância por tratar de um serviço prestado a aproximadamente um quarto da população brasileira<sup>85</sup>, serviço este relacionado a direito fundamental social como objeto de uma relação privada. Em suma, a saúde, que até então figura como um direito social, passa a pertencer, na prática, ao mercado de consumo.

Sobre a questão, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, entendem que, embora diante de uma relação privada, a assistência à saúde não perde o seu caráter público devendo ser impostas obrigações típicas do regime de direito público, justamente em razão da relevância pública conferida pelo artigo 197 da Constituição Federal:

[...] a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa a proteger (vida, dignidade, integridade física e psíquica, adequadas condições de vida e de desenvolvimento da pessoa, meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros), incide como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas, quer daquelas

---

<sup>84</sup> Vide Capítulo 1.

<sup>85</sup> Atualmente, segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, são 48.623.463 (quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e três mil e quatrocentos e sessenta e três) beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia no Brasil<sup>85</sup>, ou seja, aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira.

concernentes à exploração de recursos naturais e à produção de bens (com destaque para o licenciamento ambiental e urbano, em conjunto com as normas de direito ambiental), quer das atividades estabelecidas propriamente no setor da saúde, em especial no que concerne aos planos e seguros privados, fundamentando o afastamento de cláusulas contratuais abusivas (oportunidade em que dialoga com o direito do consumidor) e dando resposta para o intrincado problema da solução de continuidade dos serviços de saúde, já que, embora a assistência seja prestada por particular, não perde o caráter público que lhe é inerente, justificando a imposição de obrigações típicas do regime de direito público<sup>86</sup>.

Isso porque, embora se trate de prestação de serviço privado, o ente privado não possui plena liberdade nessa atividade econômica, tendo em vista que incumbe ao Poder Público fiscalizar e controlar essa prestação de serviços, além de regulamentar por meio de dispositivos infraconstitucionais<sup>87</sup>.

Sueli Gandolfi Dallari explica que:

[...] a saúde, por um lado, inscreve-se no rol de responsabilidade do Estado não só como serviços a ser prestado, diretamente ou por terceiros, mas também como atividade relevante, que, por si, reclama normatização, fiscalização e controle, tanto nos casos em que é engrenada pela iniciativa privada quanto quando prestada diretamente<sup>88</sup>.

Portanto, o direito fundamental social à saúde quando objeto de uma relação privada deve submeter-se a princípios constitucionais em decorrência de seu objeto e de sua relevância.

Não obstante, o direito fundamental à saúde na relação privada, tem eficácia horizontal, com aplicação direta em decorrência de certo caráter público.

---

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Revista de Direito do Consumidor n. 67, 2008, p. 125-172. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

<sup>87</sup> Artigos 196 e 197, da Constituição Federal.

<sup>88</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 71.



Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, existem três teorias a respeito: teoria da ineficácia horizontal, teoria da eficácia horizontal indireta e teoria da eficácia horizontal direta.

Em breves linhas, a primeira teoria sustenta que os direitos fundamentais não podem ser aplicados nas relações entre particulares, existindo apenas a eficácia vertical, sendo apenas o Poder Público o destinatário desses deveres, como adotado nos Estados Unidos. A segunda teoria, da eficácia horizontal indireta, defende que os direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas apenas mediante legislação. E, por fim, a teoria da eficácia horizontal direta defende que em alguns casos os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, independentemente de legislação nesse sentido.

Ingo Sarlet explica que, quando houver relativa igualdade das partes, deverá prevalecer o princípio da liberdade para ambas. Entretanto, será admitida a eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade. Entende também ser admitida quando a relação privada ocorrer entre um indivíduo e os detentores de poder econômico ou social, sob o fundamento de que tal relação privada se assemelha àquela entre particulares e Poder Público (eficácia vertical)<sup>89</sup>.

No Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas vertical, sendo reconhecida a eficácia horizontal, com aplicação nas relações entre particulares, especialmente nas atividades privadas que têm determinado caráter público, como é o caso da saúde. Em 2005, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em julgamento acerca de exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório, argumentando que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado”:

---

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400.

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais<sup>90</sup>.

Essa decisão respaldou outras diversas decisões nos Tribunais de Justiça de todo o país, nos mais variados assuntos relacionados aos direitos fundamentais, inclusive no tocante ao direito à saúde<sup>91</sup>.

Embora o direito à saúde tenha sido reconhecido em 1988, sua regulamentação específica no âmbito das relações privadas só ocorreu em 1998, ou seja, dez anos depois, com a edição da Lei nº. 9.656, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde.

Já a criação da agência reguladora específica destinada à normatização, fiscalização e controle de qualidade dos serviços de saúde praticados pela iniciativa privada, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, só ocorreu em 2000, ou seja, doze anos após.

Durante esse período sem regulamentação específica, aqueles que precisavam se socorrer de alguma medida protetiva justificavam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (datado de 1990), que trouxe em seu artigo 39 uma lista de práticas abusivas e no artigo 51 um rol de cláusulas abusivas, no entanto sua aplicação era muito discutida, de modo que, inclusive, ocasionou a edição da Súmula 469 pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2010. Nesse sentido, Fernanda Massad<sup>92</sup> entende

---

<sup>90</sup> STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 11/10/2005.

<sup>91</sup> Como exemplos: (i) STJ, Terceira Turma, REsp 1.424.304 SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 11/03/2014, DJe 19/05/2014; (ii) TJMS, 4ª Turma Cível, Apelação nº. 2009.019274-0, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, Julgado em 18/08/2009, Publicado em 27/08/2009; (iii) TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação nº. 2010.0112192574, Rel. Des. Simone Lucindo, Julgado em 21/10/2015, DJe 11/11/2015; (iv) TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de instrumento nº. 990.093493241, Rel. Des. Rebello Pinho, Julgado em 22/02/2010, Publicado em 12/03/2010; (v) TJPR, 4ª Câmara Cível, Apelação nº. 1347495-6, Rel. Des. Maria Aparecida Blanco de Lima, Julgado em 26/05/2015, DJ 08/06/2015; (vi) TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação nº. 7005821706, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 29/08/2013, DJ 18/09/2013.

<sup>92</sup> FABRETTI, op. cit., p. 37.

que “esta lacuna normativa acabou por gerar uma sobreposição da vontade do fornecedor sobre o consumidor dos serviços”.

Isso porque, sem regulamentação específica sobre a matéria, o fornecedor de serviços atuava de acordo com as práticas do mercado que melhor lhe atendia, no intuito de auferir lucro com essa atividade, limitando os atendimentos e coberturas com as despesas médico-hospitalares, além de reajustar o preço unilateralmente e sem qualquer cálculo atuarial, limitar os valores de reembolso de despesas, utilizar critérios obscuros, entre outras condutas.

Tamanha sobreposição da vontade do fornecedor sobre o consumidor nos serviços relacionados à saúde, em decorrência da lacuna normativa, também justificou o crescente número de demandas judiciais envolvendo operadoras de saúde, já que, inexistindo qualquer diálogo com as empresas privadas ou possibilidade de discussão acerca das cláusulas contratuais (pois os contratos já eram de adesão), houve maior procura pelo Poder Judiciário a fim de dirimir as controvérsias, o que contribuiu para a atual judicialização da saúde.

Nesse sentido:

A ausência do controle do Estado sobre as atividades das operadoras de convênios médicos, somada ao imenso volume de associados por contratos de adesão, resultou em hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços. O desequilíbrio contratual tornou-se regra. Diante da torpeza na edição dessas leis, o Poder Judiciário foi cada vez mais suscitado para decidir conflitos que poderiam ter sido evitados<sup>93</sup>.

Deve-se mencionar que, embora atualmente a saúde suplementar possua a devida regulamentação, o que é relevante para a efetivação do direito à saúde, e tenha contribuído para a diminuição de algumas controvérsias que antes não eram sujeitas à regulação, e, por sua vez, eram objeto de constantes submissões ao Poder Judiciário, ainda hoje existe uma crescente judicialização da saúde, tendo em vista que nem mesmo a instituição da agência reguladora foi capaz de efetivamente dirimir todos esses complexos conflitos.

---

<sup>93</sup> FRAGATA, Mariângela Sarrubbo *apud* FABRETTI, 2008, p. 181.

## 2.1. A assistência à saúde pela iniciativa privada

Como visto, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve garantir a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Pelo texto constitucional, todos deveriam ter acesso a um serviço de saúde digno e eficiente prestado pelo Estado.

Osmir Antonio Globekner<sup>94</sup> afirma que há fundamentalmente dois modelos de prestação de atenção à saúde, o de natureza pública e o de natureza privada, e que, em tese, em ambos os sistemas presumem-se que haverá condições de acesso garantidas a toda a população pelo Estado.

Em razão da possibilidade de prestação desse serviço de saúde pelo setor privado, com a atuação das operadoras de saúde de forma suplementar ao Estado, há quem considere a iniciativa privada como substituta do dever do Estado na garantia de direitos constitucionais, porém “a saúde suplementar, tal como um serviço de relevância pública, resulta da ‘contextualização social’, não podendo ser concebida como algo abstrato e inatingível, que não deve ser dissociada de seu intuito econômico”<sup>95</sup>.

É evidente que saúde sempre foi uma questão importante na sociedade, razão pela qual antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988 já existiam institutos de assistência à saúde privados<sup>96</sup>.

Atualmente, é possível observar que a insuficiência de investimentos na área da saúde<sup>97</sup> e a ausência de fornecimento de assistência à saúde plena aos cidadãos<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 49.

<sup>95</sup> PSCHIEDT, Kristian Rodrigo. *Agência Nacional de Saúde Suplementar: o Estado e a saúde privada no Brasil*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie: 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico, p. 52.

<sup>96</sup> Vide Itens 1 e 1.2.

<sup>97</sup> Conforme os Sistemas de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde – SIH/SUS, em 1990 mais de 70% do orçamento público foi destinado à saúde, sendo o percentual de 10,7% em 2010.

<sup>98</sup> Como exemplo a lotação exagerada dos locais de saúde, a má prestação do atendimento, a falta de médicos e medicamentos, etc.

contribuem para o aumento da contratação das operadoras de saúde privadas, conforme autorizado pela Constituição Federal em seu artigo 199.

Além disso, conforme discorrido no item 1.3, a aprovação da chamada PEC do teto, que limitou os gastos públicos no âmbito da saúde, poderá exigir uma atuação mais intensiva do setor privado.

Também por esse motivo, a prestação privada de serviços de assistência à saúde transformou-se em um mercado crescente e lucrativo<sup>99</sup>.

O mercado suplementar engloba assistência com saúde e odontologia, sendo apenas a saúde o objeto deste trabalho. As empresas prestadoras desse serviço são chamadas operadoras de plano de assistência à saúde, que, de acordo com o artigo 1º, II, da Lei nº. 9.656/1998, são definidas como “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato” de plano privado de assistência à saúde.

Existem dois tipos de planos de saúde: os planos antigos, que são aqueles firmados antes da vigência da Lei nº. 9.656/1998 e não foram a ela adaptados, e permanecem ativos apenas para o titular e seus dependentes, não sendo possível a comercialização, cabendo à ANS a fiscalização dos contratos; e os planos novos, que são aqueles firmados na vigência da Lei nº. 9.656/1998 ou a ela adaptados, com suas cláusulas e coberturas em conformidade com a lei e comercializado de acordo com as normas estabelecidas pela ANS.

Em razão da impossibilidade de sua contratação, por expressa disposição legal<sup>100</sup>, o número de beneficiários de planos antigos diminui a cada ano. No mês de dezembro de 2016, era essa a fração de planos novos e antigos<sup>101</sup>:

---

<sup>99</sup> FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar, op. cit., p. 35.

<sup>100</sup> Artigo 35, §§ 5º e 6º, da Lei nº. 9.656/1998.

<sup>101</sup> Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

Cobertura assistencial e tipo de contratação do plano	Total	Novo	Antigo
<b>Assistência médica com ou sem odontologia</b>	<b>47.898.787</b>	<b>42.886.334</b>	<b>5.012.453</b>
Individual ou Familiar	9.390.641	8.212.495	1.178.146
Coletivo Empresarial	31.790.546	29.651.880	2.138.666
Coletivo por adesão	6.483.868	5.012.049	1.471.819
Coletivo não identificado	9.157	9.157	0
Não Informado	224.575	753	223.822

Fonte: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>

A referida lei federal, em seu artigo 1º, inciso I, definiu que plano privado de assistência à saúde é a

[...] prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Instituiu três modalidades de planos de assistência à saúde, quais sejam, o plano ambulatorial, o plano hospitalar e o plano referência.

Quando se tratar de plano ambulatorial, deverá observar as coberturas obrigatórias para consultas médicas em número ilimitado em clínicas básicas e especializadas, além de cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos solicitados pelo médico, e, ainda, tratamentos neoplásicos domiciliares de uso oral, inclusive medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes, nos termos do artigo 12, I, da Lei nº. 9.656/1998.

Já as coberturas obrigatórias do plano hospitalar estão previstas no inciso II, do artigo 12, da referida lei. O plano hospitalar contempla duas modalidades: com ou sem obstetrícia.

Por fim, o plano-referência é o padrão de assistência médico-hospitalar e corresponde à segmentação ambulatorial acrescida da segmentação hospitalar com cobertura obstétrica, com padrão enfermagem, centro de terapia intensiva ou similar, nos casos de necessidade de internação hospitalar.

A forma de contratação dessas modalidades de plano de saúde pode ser individual, coletivo empresarial (grupos de pessoas que trabalham em uma mesma empresa) ou coletivo por adesão (grupos de pessoas definidos de acordo com sua categoria profissional vinculados a uma entidade de classe ou instituição).

Os números de beneficiários de planos de saúde relativos a dezembro de 2016 e disponibilizados na Sala de Situação da ANS<sup>102</sup> são os seguintes:

Nº de beneficiários em planos de assistência médica:						
Competência	Individual	Coletivo Empresarial	Coletivo por Adesão	Coletivo Não Identificado	Não Informado	Quantidade total
Dez/2015	9.660.153	32.711.168	6.626.993	10.053	257.554	49.265.921
Nov/2016	9.408.357	31.774.103	6.486.259	9.139	226.090	47.903.948
Dez/2016	9.390.641	31.790.546	6.483.868	9.157	224.575	47.898.787

Fonte: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3695-beneficiarios-de-planos-de-saude-3>

De acordo com os dados gerais disponibilizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de dezembro de 2006 a dezembro de 2014 houve um constante crescimento de mais de 35% no total do número de beneficiários em planos privados de assistência médica, sendo que em dezembro de 2014 o número era de 50.377.684 beneficiários.

Contudo, a partir de 2015 verificou-se uma diminuição nesse número, de tal modo que em dezembro de 2015 foi computado 49.265.921 beneficiários e, em dezembro de

<sup>102</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3695-beneficiarios-de-planos-de-saude-3>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

2016, estimado 47.898.787 beneficiários, representando uma queda de 5%, que pode ser atribuída à recessão econômica<sup>103</sup>.

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez/2006	37.248.388	7.349.643
Dez /2007	39.316.313	9.164.386
Dez /2008	41.468.019	11.061.362
Dez /2009	42.561.398	13.253.744
Dez /2010	44.937.350	14.514.074
Dez /2011	46.025.814	16.669.935
Dez /2012	47.791.280	18.522.621
Dez /2013	49.422.494	19.576.303
Dez /2014	50.377.684	20.356.974
Dez /2015	49.265.921	21.216.080
Dez/2016	47.898.787	22.031.342

Fonte: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>

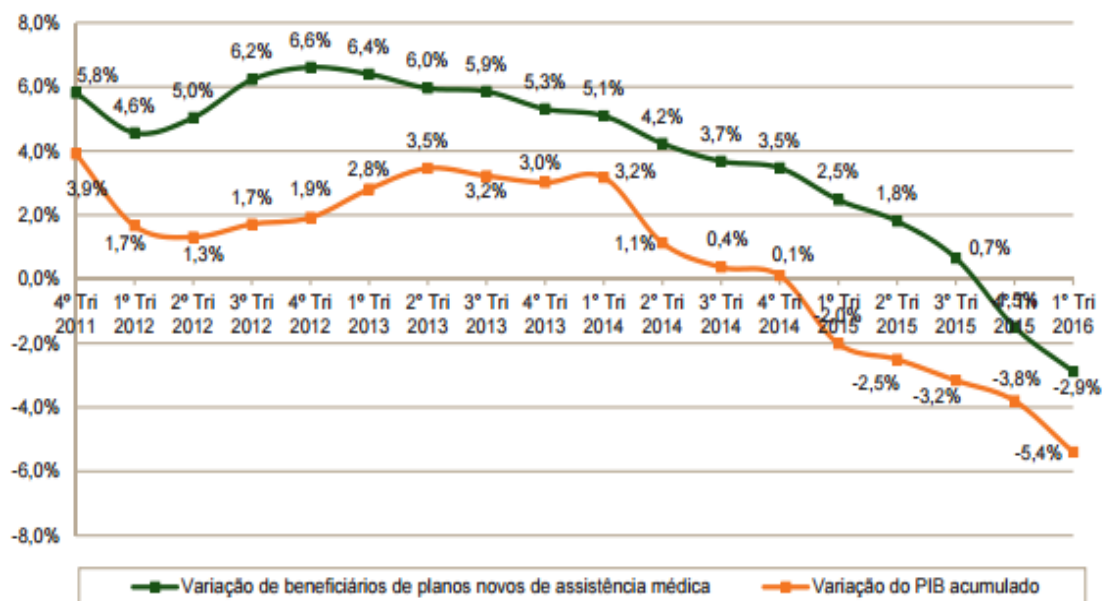
Nesse sentido, o gráfico abaixo elaborado pela ANS mostra essa relação entre a desaceleração da taxa de variação do número de beneficiários de planos novos e a variação do Produto Interno Bruto – PIB acumulado, em uma análise durante o 4º trimestre de 2011 e o 1º trimestre de 2016<sup>104</sup>:

<sup>103</sup> Ocorreu uma queda na economia brasileira de 3,8% em 2015, segundo dados do Produto Interno Bruto – PIB divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Em 2016, o PIB apresentou variação negativa, porém ainda não foi divulgado o percentual exato pelo IBGE.

<sup>104</sup> Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/caderno\\_JUNHO\\_2016\\_total.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf). Acesso em: 05 fev. 2017.



**Gráfico 22 - Variação do PIB acumulado no ano em relação ao mesmo período do ano anterior e do número de beneficiários de planos novos (Brasil - 4º trimestre/2011 - 1º trimestre/2016)**



Fontes: IBGE e SIB/ANS/MMS - 03/2016

Notas: 1. Valor do PIB a valores constantes de 1995.

2. Taxa é calculada pela razão entre PIB/Beneficiários acumulados no trimestre do ano corrente e PIB/Beneficiários acumulados no mesmo trimestre do ano anterior.

Fonte:

[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/caderno\\_JUNHO\\_2016\\_total.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf)

A despeito dessa queda, hoje a atuação privada continua de extrema importância para a sociedade em geral, pois cerca de 25% de cidadãos que utilizam os serviços da iniciativa privada contribuem para um menor abarrotamento da saúde pública. Se a saúde pública já é repleta de críticas quanto à sua efetividade, imagine então se houvesse um aumento de 25% em seu número de usuários.

E, ainda, os que utilizam a saúde pública, quando beneficiários de planos privados, terão suas despesas ressarcidas ao SUS pelo plano privado. É o que dispõe o artigo 32, da Lei nº. 9.656/1998. Vejamos:

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas,

conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Os valores ressarcidos ao SUS são destinados à saúde pública, com aplicação no Fundo Nacional de Saúde, que é o gestor financeiro dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde – SUS na esfera federal, vinculado ao Ministério da Saúde e instituído pelo Decreto nº. 64.867, de 24 de julho de 1969. Tais recursos são destinados a prover, em caráter supletivo, os programas de trabalho relacionados com a saúde individual e coletiva coordenados ou desenvolvidos pelo Ministério da Saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é responsável por estabelecer o quanto é devido por cada atendimento mediante publicação periódica de tabelas e critérios de valores para consultas, materiais e procedimentos diversos.

De acordo com dados da agência, de outubro de 2016, em escala nacional foi identificado o valor total de mais de R\$ 4 bilhões em atendimentos pelo SUS de pacientes pertencentes à saúde suplementar. Desse valor pouco mais de R\$ 1 bilhão foi efetivamente pago pelas entidades privadas. Apenas 23,6% das notificações não foram impugnadas pelas operadoras de saúde.

No Estado de São Paulo, o número identificado corresponde a R\$ 1.471.173.427,40 (um bilhão quatrocentos e setenta e um milhões cento e setenta e três mil quatrocentos e vinte e sete reais e quarenta centavos). Desse valor, apenas R\$ 360.784.135,00 (trezentos e sessenta milhões setecentos e oitenta e quatro mil cento e trinta e cinco reais) foram pagos ou parcelados, que corresponde a aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento)<sup>105</sup>.

No caso de identificação do atendimento e cobrança do valor, caso a operadora não realize voluntariamente o pagamento a título de ressarcimento, haverá a inscrição no CADIN e na Dívida Ativa, além da cobrança judicial por meio de execução fiscal.

Em 2016, pouco menos de 100 milhões de reais foram inscritos na dívida ativa:

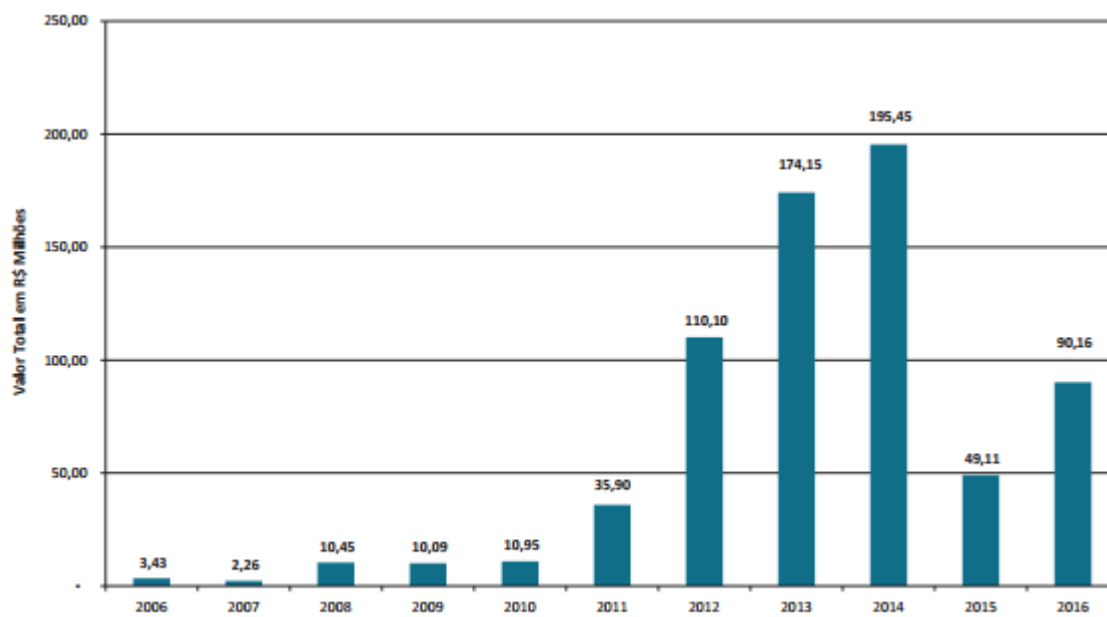
---

105

Disponível

em:

<[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/caderno\\_JUNHO\\_2016\\_total.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2017.

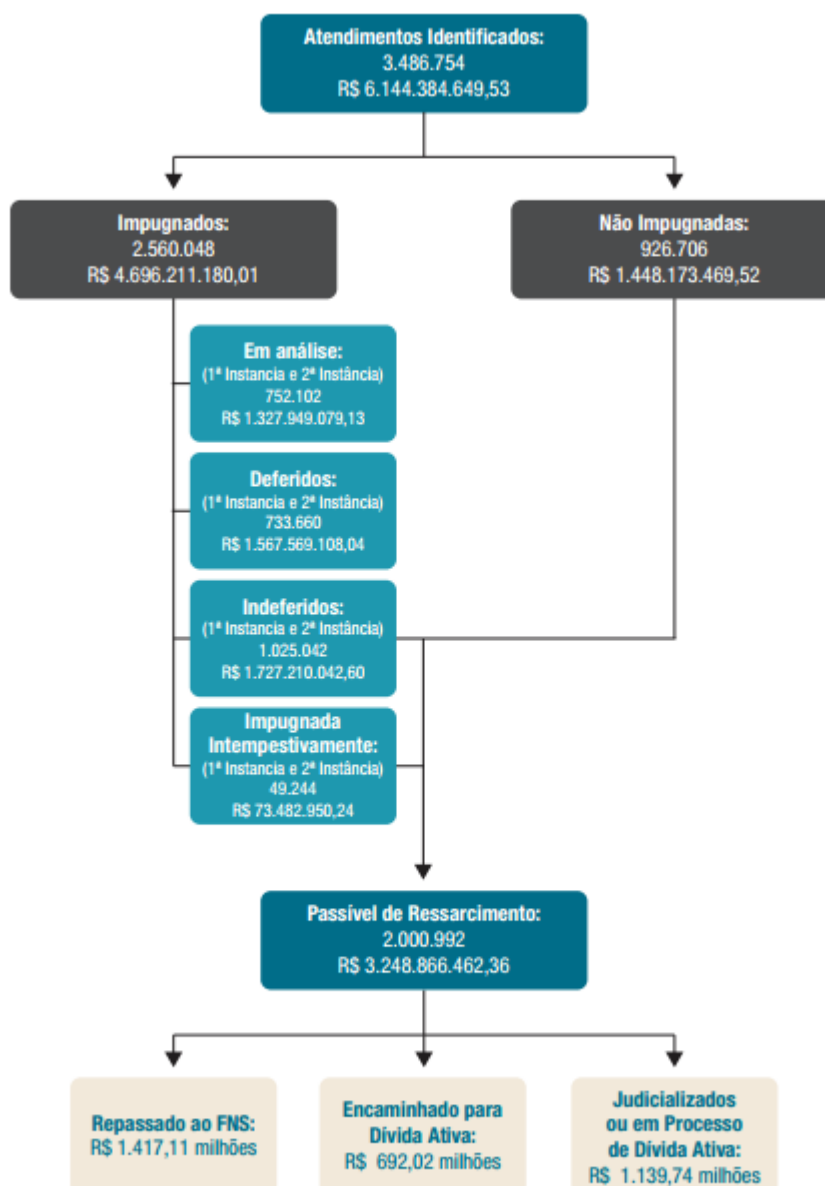


Fonte: ANS, 10/2016.

Fonte:

[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/boletim\\_ressarcimento\\_novembro\\_2016.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/boletim_ressarcimento_novembro_2016.pdf)

Dentre os anos 2000 a 2016, esse foi o panorama geral dos atendimentos prestados pelo SUS para fins de ressarcimento pela iniciativa privada:



Fonte: ANS, 10/2016.

Fonte:

[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/boletim\\_ressarcimento\\_novembro\\_2016.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/boletim_ressarcimento_novembro_2016.pdf)

O ressarcimento ao SUS é um assunto de grande debate entre as operadoras de saúde e o sistema único de saúde, contemplando discussão acerca de falhas técnicas e sistêmicas de cobrança, dos valores praticados, do desvirtuamento da natureza do contrato de seguro, da universalidade do acesso aos serviços de saúde, etc.

As operadoras de saúde alegam, principalmente, que o artigo 32 da Lei nº. 9.656/1998 é inconstitucional, pois o dever primário de assegurar o acesso à saúde é atribuído pela Constituição aos entes políticos que compõem a organização federativa brasileira, sendo em caráter suplementar a participação das operadoras privadas de planos de saúde. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº. 597.064, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual é recorrente a Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores e onde foi reconhecida a repercussão geral, se destina a discutir esse assunto, porém aguarda julgamento desde 2009.

Com relação à prestação dos serviços pelo ente privado, mesmo quando não prestada pelo Estado, os serviços de saúde têm relevância pública, como visto, sendo responsabilidade do Estado fiscalizar e dirigir sua prestação com a fixação de parâmetros e regulamentações através da agência reguladora.

Desse modo, ainda que se trate de uma atividade privada, é certo que, diante do caráter relevante, a iniciativa privada poderá sofrer limitações do Poder Público.

Em conclusão, podemos afirmar que hoje há a convivência entre a prestação do serviço de saúde público e a iniciativa privada, embora sejam percebidas diferenças nos atendimentos pela rede pública e pela rede privada, e aqui inclui-se tanto o próprio atendimento pelos profissionais da saúde como também as condições para o atendimento (como higiene, existência de materiais, possibilidade de realização de exames diagnósticos, vagas para internações, tempo de espera para atendimento, etc.).

Apesar da convivência entre os dois setores, eles são regidos por regimes jurídicos diferentes, sendo que apenas a saúde pública é universal, integral e gratuita.

Já na saúde privada o acesso à assistência médica é limitado, na medida em que oferece planos de diferentes categorias, com diferentes tipos de coberturas e rede credenciada, ficando a cargo do consumidor escolher a categoria que melhor lhe atenda e caiba em seu orçamento.

## 2.2. A participação de forma complementar ao sistema único de saúde

Como abordado no item 1.2, a participação da iniciativa privada nos serviços de saúde, poderá ocorrer de forma complementar. Aqui não se refere a incentivo estatal à prestação privada de serviços de saúde, mas sim de serviços públicos de saúde prestados por particulares.

Isso porque, os artigos 199, § 1º, da CF e 4º, § 2º, da Lei 8.080/1990 admitem essa complementação privada da saúde pública, de forma que o ente público pode contratar um estabelecimento privado para complementar o atendimento à saúde de seus cidadãos.

A complementação privada para a saúde pública somente é permitida quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde, comprovada a necessidade de complementação da sua rede e, ainda, se houver impossibilidade de ampliação dos serviços públicos<sup>106</sup>.

Além dessa participação complementar ao sistema único de saúde, as entidades privadas podem também atuar fora do sistema público de saúde de forma particular, tratando-se, nesse caso, de serviços privados, que podem ou não ser exercidos com algum tipo de fomento estatal. Trata-se da possibilidade de delegação de serviços públicos de saúde a particulares e é essa questão que interessa ao presente trabalho.

Portanto, há duas formas de participação da iniciativa privada na saúde. A primeira delas é de forma complementar ao Estado, com atuação na saúde pública, e a segunda é de forma suplementar, com atuação privada, particular.

A OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development<sup>107</sup>, organização internacional que se dedica à pesquisa e estudos para o aperfeiçoamento das políticas

---

<sup>106</sup> Art. 24, da Lei nº. 8.080/1990.

<sup>107</sup> O Brasil desenvolve processo de cooperação com a OECD desde meados dos anos 90. Em 2007, o Brasil tornou-se, juntamente com a China, Índia, Indonésia e África do Sul, um dos cinco parceiros do “Engajamento Ampliado” com a OECD, atualmente denominados “Parceiros-Chave”. Além disso, um número crescente de países em desenvolvimento de renda média tem buscado adesão à OECD.

públicas nas mais diversas áreas e à troca de experiências entre países membros e parceiros, apresentou um estudo com a seguinte classificação acerca da possibilidade de convivência entre a prestação pública e os seguros privados de saúde:

- (i) Forma Primária: modelo em que a única opção disponível para determinadas pessoas terem acesso aos serviços de saúde são os seguros privados; tal hipótese pode ocorrer de duas maneiras:
  - primária substitutiva: quando existe atendimento público, mas o indivíduo opta pelo seguro privado (abrindo mão da possibilidade de acesso aos serviços ofertados no âmbito público); exemplo: Alemanha.
  - primária principal: quando não existe cobertura pública ou a cobertura não alcança todos os grupos sociais; exemplo: Estados Unidos<sup>108</sup>.
- (ii) Forma Complementar: quando, no âmbito público, a cobertura assistencial não oferece pagamento integral pelos serviços de saúde, de modo que as pessoas têm a opção de contratar seguros privados para pagar a diferença (co-pagamento) pelos serviços que necessitarem; exemplo: França.
- (iii) Forma Duplicada: quando os seguros privados oferecem serviços também prestados no âmbito público, de modo que as pessoas têm a opção por escolher uma ou outra forma de obtenção dos serviços de saúde; exemplo: Brasil.
- (iv) Forma Suplementar: quando os serviços prestados no âmbito público são delimitados e os seguros privados são contratados para oferecer serviços não disponibilizados no âmbito público; tais serviços variam conforme o Estado e podem incluir serviços de reabilitação, tratamento dentário e medicamentos, ou mesmo hospedaria de categoria diversa; em alguns casos, o sistema de seguros privados pode oferecer os mesmos serviços daqueles ofertados no sistema público, o que o caracteriza como uma forma duplicada; exemplos: Inglaterra, Portugal e Espanha<sup>109</sup>.

---

A Organização tem procurado incorporar esses países em suas discussões para melhor levar em conta as transformações da economia mundial em sua atuação.

O Brasil também desenvolve colaboração com a OECD na condição de membro do G20, tendo em vista a atuação da Organização na implementação das decisões dos Líderes, desde sua primeira reunião de cúpula realizada em Washington em 2008, na esteira da crise financeira dos países desenvolvidos.

Fonte: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/15-ocde-organizacao-para-a-cooperacao-e-o-desenvolvimento-economico>>. Acesso em: 04 de jan. 2017.

<sup>108</sup> A classificação ocorreu em 2004, quando foi eleito à presidência dos Estados Unidos George W. Bush. Posteriormente foi eleito o presidente Barack Obama, que permaneceu na presidência dos Estados Unidos de 2009 a 2017. Em 23 de março de 2010, o presidente Barack Obama sancionou o *Patient Protection and Affordable Care Act*, lei federal que ficou conhecida como “ACA” ou “Obamacare”, prevendo uma grande mudança no sistema de saúde americano, com a obrigatoriedade de contratação de um seguro saúde privado por todos os cidadãos americanos. Com a posse do novo presidente dos Estados Unidos, Donald John Trump, em 20 de janeiro de 2017, não se há certeza com relação à continuidade dessa política, tendo em vista que todos os republicanos votaram contra o Obamacare no Congresso dos Estados Unidos na época.

<sup>109</sup> MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. jan./jul. 2012. Brasília: CMB, 2012, p. 12.

MÂNICA, Fernando Borges. *Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 175.

A complementação e a suplementação, de acordo com o critério próprio da OECD acima apresentado, possui como referencial a prestação de serviços de saúde não ofertados no âmbito público. E, no Brasil, ainda que a Constituição Federal e leis infraconstitucionais utilizem a expressão suplementar ou complementar, o sistema é caracterizado pela forma duplicada.

Isso significa que a cobertura assistencial é a mesma, tanto na saúde pública como na saúde privada, de modo que as pessoas podem optar pelos serviços públicos ou privados. Os termos “complementar” e “suplementar” adotados se referem, portanto, a modelos de assistência pela iniciativa privada, diferentemente da proposta da OECD.

Dallari e Nunes Junior afirmam que, “ao falar em complementação, a Constituição deixa claro que sua ideia foi a de que o sistema fosse diretamente capitaneado pelo Poder Público, admitindo a concorrência da esfera privada, porém de forma residual, preenchendo espaços necessários para que o atendimento se viabilize”,<sup>110</sup> de modo que “devem existir unidades públicas de atendimento secundadas, se necessário e conveniente, por entidades privadas”<sup>111</sup>.

Em suma, a saúde pública deveria ser universal, deveria ser suficiente para o atendimento digno de toda a população. Contudo, essa não é a realidade atual, razão pela qual a assistência à saúde no Brasil é prestada tanto pelo Poder Público como por empresas privadas (as quais muitas vezes prestam um serviço mais digno que o estatal), sendo, portanto, possível a escolha pela população acerca da forma como se dará essa assistência à saúde em cada caso particular.

Embora se utilize da expressão “escolha pela população”, é certo que apenas parte da população tem a possibilidade de efetivamente escolher, já que apenas 25% possui planos privados de assistência à saúde, como visto anteriormente.

---

<sup>110</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op cit*, p. 96.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 96.



Além disso, no caso do consumidor de plano privado, mesmo quando vir a usufruir dos serviços públicos, as despesas serão ressarcidas ao SUS pelo plano privado.

Entretanto, ainda que existam as duas formas de prestação dos serviços de assistência à saúde, infelizmente, no cenário atual, os serviços públicos não são prestados da maneira como deveriam<sup>112</sup> e os serviços privados, embora vistos como mais eficientes, também estão eivados de irregularidades acarretando milhares de reclamações administrativas e judiciais<sup>113</sup>.

Sobre a participação de forma suplementar, as instituições privadas, chamadas de operadoras de saúde, oferecem um serviço de assistência à saúde, cuja relação jurídica é disciplinada pela Lei Federal nº. 9.656, de 03 de junho de 1998, bem como pelas resoluções editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde e responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil, criada pela Lei nº. 9.961/2000.

Quando da criação da Lei nº. 9.656/1998, a fim de regular a assistência privada à saúde foi instituído um plano-referência, acrescentado à Lei nº. 9.656/1998 pela

---

<sup>112</sup> Fernando Borges Mânica pontua os seguintes problemas: “(i) o Brasil não investe o volume de recursos suficientes para sustentar um sistema público, gratuito e universal; (ii) não há delimitação de um grupo de pessoas a serem atendidas pelo sistema público; (iii) não há delimitação de um rol de serviços a serem disponibilizados no âmbito do sistema público e gratuito; e (iv) o próprio conceito de saúde adotado é amplo e aproxima-se de metas subjetivas e intangíveis como qualidade de vida e felicidade”. Confira em: MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. jan./jul. 2012. Brasília: CMB, 2012, p. 34-54.

O CNJ disponibilizou o relatório Justiça em Números 2016, que, no ano base 2015, apresentou um gráfico onde os serviços públicos de saúde constaram em 12º lugar no ranking dos assuntos mais demandados no 2º grau, com 85.254 casos, correspondendo a 1,39%. No STJ as demandas corresponderam a 3.221 casos (1,15%), ficando em 15º lugar no ranking.

<sup>113</sup> No relatório Justiça em Números 2016 do CNJ, referente ao ano base 2015, os contratos de planos de saúde constaram em 20º lugar no ranking dos assuntos mais demandados no 2º grau, com 41.460 casos, correspondendo a 1,13%. No STJ as demandas corresponderam a 3.732 casos (1,33%), ficando em 13º lugar no ranking.

No site <<http://www.reclameaqui.com.br/categoria/planos-de-saude/>>, em 13/12/2016, o ranking apontava para 3.229 reclamações de cobrança indevida e 3.002 reclamações por mau atendimento, sendo as duas principais reclamações do website.

Já o gráfico da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/indice-geral-de-reclamacoes-igr>> e acessado em 13/12/2016), disponibilizou um gráfico com dados de classificação das demandas das operadoras de grande porte referente a outubro/2016 em que se apurou que a maioria das demandas referia-se à assistência, cuja maior reclamação era acerca do gerenciamento das ações de saúde por parte da operadora (que envolve autorizações prévias, franquias, coparticipação, etc), seguida da reclamação por prazos máximos para atendimento, rede conveniada de atendimento, rol de procedimentos e coberturas, e reembolso.

Medida Provisória nº. 2.177-44/2001, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, procedimentos em geral, com a previsão de uma cobertura mínima obrigatória.

De acordo com a aludida lei, o plano-referência deve oferecer cobertura para todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, da Organização Mundial de Saúde – OMS, existindo a possibilidade de exclusão de alguns procedimentos, como tratamento clínico ou cirúrgico experimental ou para fins estéticos, inseminação artificial, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, tratamentos ilícitos ou antiéticos, entre outros.

Nesse ponto, embora exista a possibilidade de exclusão desses procedimentos e outros listados na própria lei, podemos encontrar diversas decisões judiciais determinando a cobertura pela empresa privada, justamente sob a ótica de tratar-se de um direito fundamental e da necessidade de analisar as questões relacionadas à saúde mediante uma visão social.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um caso em que se pleiteava a cobertura de tratamento experimental pelo plano de saúde, entendeu que a Lei nº. 9.656/1998 estabeleceu garantias e que devem as operadoras de saúde oferecer cobertura aos meios, tratamentos e serviços necessários à busca da cura ou controle da doença listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, da OMS. Decidiu que “os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades a serem cobertas, mas não podem liminar os tratamentos a serem realizados, inclusive os medicamentos experimentais”<sup>114</sup>.

No entanto, contrariando o que foi decidido, em julgamento de recurso especial<sup>115</sup> na mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça em que se discutia cláusula contratual

---

<sup>114</sup> AgRg no AREsp 578.134 SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em 06/11/2014, DJe 11/11/2014.

<sup>115</sup> REsp 650.400 SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010.

com restrição de enfermidades a serem cobertas, decidiu-se que “é abusiva a cláusula contratual inserta em plano de assistência à saúde que afasta a cobertura de tratamento da síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS/SIDA)”.

Enquanto a primeira decisão afirma que é possível restringir enfermidades a serem cobertas, a segunda decisão, proferida pela mesma Turma do STJ, entendeu não ser possível restringir enfermidades a serem cobertas, em um total contrassenso.

Tais decisões servem de exemplo, não só para demonstrar as muitas incoerências que podem ser encontradas no Poder Judiciário, mas também para corroborar que a questão do direito à saúde é bastante delicada enquanto prestada pela iniciativa privada.

A partir de 03 de dezembro de 1999, com a vigência da Lei nº. 9.656/1998, as operadoras de saúde privada foram então obrigadas a oferecer o plano-referência acima aludido para todos os seus atuais e futuros consumidores.

A instituição de uma cobertura mínima obrigatória foi importante em decorrência das abusividades que eram cometidas contra os consumidores pelas operadoras de saúde, que restringiam demasiadamente a cobertura contratual, bem como interpretavam as cláusulas contratuais a seu favor, cláusulas estas muitas vezes genéricas, em total desacordo com o dever de informação que foi imposto aos fornecedores pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso IV.

Desse modo, foram impostas exigências mínimas de coberturas de acordo com o tipo de plano, que poderia ser para atendimento ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico. Tais exigências, por exemplo, determinaram a impossibilidade de limitação no número de consultas médicas ou limitação de tempo de internação, a necessidade de cobertura de todas as despesas decorrentes da internação (incluindo honorários médicos, serviços de enfermagem, alimentação, exames, materiais, taxas, etc.), a cobertura de despesas de acompanhante de pacientes menores de dezoito anos, entre outras.

Em 2013 foi incluída cobertura de tratamento antineoplásico mesmo por via oral administrado em domicílio, com a Lei nº. 12.880/2013. Essa inclusão foi muito importante tendo em vista as constantes discussões acerca do assunto, já que o artigo 10, da Lei nº. 9.656/1998 que instituiu o plano-referência inicialmente havia previsto a não obrigatoriedade para fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar.

Em razão dessa inicial exclusão de cobertura para medicamentos para tratamento domiciliar pelo artigo 10, quando o médico optava pelo tratamento domiciliar do câncer, com a utilização de medicamentos por via oral, a operadora de saúde negava cobertura com fundamento no citado artigo. Isso demandava uma série de ações judiciais, principalmente em razão do elevado custo dos medicamentos dessa natureza, ações estas que eram em sua maioria procedentes, sob o argumento de abusividade da cláusula limitativa do direito do consumidor, bem como sob o fundamento de necessidade de interpretação das cláusulas contratuais favoravelmente ao consumidor, já que a maioria desses contratos previa a cobertura para tratamento quimioterápico ambulatorial e hospitalar<sup>116</sup>.

Ao instituir uma cobertura mínima obrigatória acarretou a diminuição de abusos que antes eram cometidos pelas operadoras de saúde em face dos consumidores beneficiários dos planos. Outros exemplos são: limitação no número de diárias de internação<sup>117</sup>, negativas de coberturas indevidas<sup>118</sup>, atendimentos de urgência e emergência<sup>119</sup>, entre outros, embora algumas dessas abusividades já fossem reconhecidas a partir de 1990, com base no Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante a diminuição dos abusos, estes não cessaram, o que justifica a real necessidade de fiscalização e regulação da atividade pelo Estado. Nesse sentido:

Importante destacar que as violações praticadas pelas prestadoras de serviço da saúde suplementar não se limitam às normas consumeristas, pois existem também várias violações às normas relacionadas à própria saúde suplementar, motivo pelo qual justifica-

---

<sup>116</sup> Nesse sentido: STJ, Terceira Turma, Ag 1.282.927 MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 09/04/2010.

<sup>117</sup> STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp nº. 609.372 RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01/02/2006; e Súmula 302, do STJ.

<sup>118</sup> STJ, Terceira Turma, REsp 1.364.775 MG, Rel. Min. Nncy Andrighi, DJe 28/06/2013.

<sup>119</sup> STJ, Terceira Turma, AgRg no AREsp 409.213 RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 20/06/2014.

se cada vez mais a ampla atuação do Estado no setor por meio da regulação.

É preciso analisar então, até que ponto a regulação estatal e as normas postas no setor da prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada são suficientes para evitar as lesões aos consumidores e, também, para evitar que consumidores lesados busquem soluções para os conflitos com os planos de saúde no Judiciário.

Pode-se afirmar, portanto, que a judicialização da saúde suplementar decorre não só da busca dos consumidores por direitos não contratados sob o argumento do direito à saúde, mas também da forma inadequada de prestação de serviço pelas empresas de saúde suplementar, que violam sistematicamente os direitos dos consumidores e as normas regulamentares do setor<sup>120</sup>.

Percebe-se, portanto, que a fiscalização e regulação da atividade pelo Estado não é suficiente para extinguir tais abusos, quando então os cidadãos beneficiários da assistência suplementar buscam a força coercitiva da via judicial para o cumprimento da legislação.

---

<sup>120</sup> FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar. *A regulação estatal e o controle judicial da saúde suplementar como fatores de efetivação do direito à saúde: direito social e do consumidor*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

### **3. A REGULAÇÃO ESTATAL POR MEIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS**

Com a positivação do direito à saúde e da possibilidade de dar-lhe assistência pela iniciativa privada<sup>121</sup>, a Lei nº. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS<sup>122</sup>, uma autarquia sob o regime especial e vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A assistência à saúde, como direito fundamental, é regulada pelo Estado por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que possui amplo poder normativo de cunho sancionatório e autorizativo, abarcando desde a autorização dos registros dos planos privados de assistência à saúde até a delimitação do conteúdo básico dos contratos e as condições para reajuste das mensalidades<sup>123</sup>.

Nesse passo, compete à agência reguladora estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras, além de estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras, bem como fiscalizar as atividades das operadoras e o cumprimento das normas, zelando pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar.

A ANS também é a responsável por estabelecer as normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, que foi brevemente tratado no item 2.1, bem como autorizar o registro de planos privados de assistência à saúde e normatizar os procedimentos para a concessão, manutenção e cancelamento de registro de produtos das operadoras.

---

<sup>121</sup> Artigos 197 c/c 199, da Constituição Federal de 1988.

<sup>122</sup> Inicialmente foi criada pela Medida Provisória 1.928/1999, reeditada pela Medida Provisória 2003-1, em 14/12/2009, e, novamente, pela Medida Provisória 2.012-2, em 31/12/1999, e, então, convertida na Lei nº. 9.961/2000.

<sup>123</sup> Artigo 4º da Lei nº. 9.961/2000.

Deve, ainda, fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar.

Ademais, é de competência da ANS estabelecer as características gerais dos contratos, elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica de cobertura para os fins do disposto na Lei nº. 9.656/1998, e suas excepcionalidades.

Nesse sentido, a ANS edita resoluções normativas de tempos em tempos a fim de atualizar esse rol mínimo de cobertura, de acordo com as novas modalidades e técnicas da medicina. A resolução normativa hoje em vigor é a RN nº. 387, de 28 de outubro de 2015, que disponibiliza uma lista de procedimentos cuja cobertura é obrigatória a todos os planos contratados após 1º de janeiro de 1999, ou seja, contratados já na vigência da Lei nº. 9.656/1998, ou a ela adaptados.

A atuação da ANS ainda se presta à análise da saúde financeira das operadoras de planos de saúde, a fim de garantir a segurança dos beneficiários na contratação dos planos, além de ter poder sancionatório quando do descumprimento das normas pelas operadoras de saúde. Nesse sentido:

A atuação da ANS se presta também à defesa da concorrência, ainda que de forma colateral, na medida em que analisa a saúde financeira das operadoras dos planos privados de saúde, de modo a aperfeiçoar o mercado e garantir a segurança dos consumidores na contratação dos planos, de modo que a prestação de serviços se dê a médio e longo prazo. A saúde financeira das operadoras é 'determinante na capacidade de competição dos agentes, influenciando o aspecto concorrencial ao estimular a eficiência de utilização dos recursos disponíveis'.

Ademais, a ANS atua em conjunto com o CADE ao 'autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário'.

A ANS tem, ainda, poder sancionatório, de modo que poderá aplicar sanções às operadoras de planos e seguros privados de saúde, que vão desde aplicação de multa pecuniária até o cancelamento da autorização de funcionamento<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar, op. cit., p. 95. As sanções vão desde a aplicação de multa pecuniária até a possibilidade de cancelamento da autorização de funcionamento. Vide Resolução Normativa da ANS – RN nº 124, de 30 de março de 2006.

A título de exemplo, a ANS muitas vezes suspende temporariamente a comercialização de planos de saúde que descumprem reiteradamente os normativos, como prazos máximos para realização de consultas, exames e cirurgias, ou em caso de negativa de cobertura assistencial, identificando os planos que concentram as reclamações de beneficiários. A listagem das operadoras de saúde cuja comercialização de planos esteja suspensa é trimestralmente disponibilizada no sítio eletrônico da agência, o qual atualiza a listagem mediante monitoramento e de acordo com o risco apresentado pelas operadoras à assistência à saúde.

Embora se preste a regular especificamente a relação privada, sua função atinge não apenas o indivíduo consumidor dos serviços de assistência à saúde, mas também a coletividade, tendo em vista que visa promover equilíbrio na relação entre operadoras setoriais e beneficiários, a fim de coibir abusividades e desrespeito aos direitos constitucionais.

Isso é o que preconiza o artigo 3º, da Lei nº. 9.961/2000, ao estabelecer que “A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

Os pilares da regulação são: modelo assistencial, informação para o cidadão, sustentabilidade do setor e articulação com o SUS. Tratam-se, portanto, de temas estruturantes.

Existem metas estabelecidas em observância aos pilares da regulação, visando maior eficiência e qualidade, relacionadas: a) à qualificação da saúde suplementar, estimulando a qualidade setorial, incentivando os programas de promoção e prevenção e à realização de projetos piloto em linha do cuidado para mudança do modelo assistencial; b) à sustentabilidade do setor, com a elaboração de relatórios periódicos de acompanhamento de desempenho das operadoras de saúde, a realização de reuniões com as operadoras com resultados abaixo do esperado visando o aprimoramento de suas performances, o aprimoramento da verificação do cumprimento dos normativos, o aperfeiçoamento do monitoramento econômico-



financeiro, o estudo e criação de incentivos para a comercialização de planos individuais, a fim de equilibrar a regulação dos planos coletivos frente aos individuais estimulando a concorrência no setor, entre outros; c) à articulação institucional com o setor; d) ao desenvolvimento e aprimoramento institucional.

Os resultados dessas metas são atualizados semestralmente, nos meses de março e agosto, e disponibilizados no sítio eletrônico da ANS para acompanhamento público<sup>125</sup>.

Além disso, a Lei nº. 9.656/1998, em seu artigo 35-A, determinou a criação do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência normativa e fiscalizadora ao lado da ANS, para (i) estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; (ii) aprovar o contrato de gestão da ANS; (iii) supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; (iv) fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre a) aspectos econômico-financeiros; b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima; d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras; (v) deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Sob essa perspectiva, a ANS

[...] acaba por se vincular a diretrizes ditadas pelo CONSU, na medida em que 'sua atuação é controlada por um contrato de gestão, firmado com o Ministério da Saúde e aprovado pelo CONSU. Entretanto, 'tem independência decisória, autonomia financeira, administrativa e gerencial' com diretores nomeados pelo Presidente da República<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/metas-e-indicadores-de-impacto>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

<sup>126</sup> FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar, op. cit., p. 98.

Ao tratar da regulação da saúde, Amélia Cohn afirma que estudos sobre as agências reguladoras no Brasil, em especial a ANS, demonstram “sua incapacidade de regular as provedoras (planos e seguros de saúde) e as prestadoras de serviços de saúde da perspectiva dos princípios e diretrizes do SUS, prevalecendo os interesses desses segmentos do mercado e, quando muito, os interesses do consumidor”<sup>127</sup>.

A grande dificuldade enfrentada pela ANS é a dicotomia que se apresenta no setor privado de assistência à saúde, apontada por Fernanda Massad de Aguiar Fabretti como sendo “enfrentar não só a pressão dos grupos que detém o poderio econômico, ou seja, as operadoras dos planos, mas também deve garantir que estas possam dar continuidade à prestação de serviços e à própria atividade econômica”.<sup>128</sup> Além disso, “ao mesmo tempo, a agência deve atentar para as garantias constitucionais e legais da população como um todo e, mais especificamente, dos consumidores diretos da saúde privada”<sup>129</sup>.

Dentre as obras pesquisadas, é unânime o entendimento de que o problema da regulação dos serviços de saúde está relacionado à questão enfrentada neste trabalho: a garantia de um direito fundamental por uma empresa privada em razão da impossibilidade do sistema público no fornecimento da cobertura universal e a consequente necessidade de regulamentação do setor privado, a fim de proteger o direito do cidadão e preservar a atividade econômica das operadoras.

Nesse sentido:

O problema da regulação dos serviços de saúde é, pois tanto um problema de saúde pública e uma questão social quanto um problema corretivo de contratos de adesão. Como até hoje o sistema público não foi capaz de oferecer cobertura universal, gratuita e adequada – e hoje há os que duvidam que isto seja desejável -, estabelecer alguma harmonia entre o sistema privado e o sistema estatal impõe-se naturalmente. Para isto, porém, é preciso partir de alguns pontos consensuais. O primeiro, e mais evidente deles, seria considerar a

---

<sup>127</sup> COHN, Amélia. Reformas da saúde e desenvolvimento: desafios para a articulação entre direito à saúde e cidadania. In: COHN, Amélia (Org.). *Saúde, cidadania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: E-papers: Centro Internacional Celso Furtado, 2013, p. 226.

<sup>128</sup> FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar, op. cit., p. 101.

<sup>129</sup> Ibid., p. 101.

saúde como um bem distinto de outros bens de consumo, pois esta, além de não ser descartável, e não se separar do corpo e da vida da pessoa, não é compensada adequadamente pela solução tradicional de indenização por perdas e danos. Em segundo lugar, e por consequência, o exercício do comércio na área de saúde requer regras próprias. Isto leva à regulamentação de tais serviços<sup>130</sup>.

Portanto, é imprescindível a regulação estatal do setor da saúde privada por meio de agência reguladora, a fim de atuar tanto na defesa do direito constitucional à saúde e direito do consumidor, como na esfera da atividade econômica, buscando o desafio de encontrar um equilíbrio nessa equação.

Sobre o direito do consumidor, o website da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS<sup>131</sup> disponibilizou um gráfico com dados de classificação das demandas das operadoras de grande porte referente a outubro de 2016 em que se apurou que a maioria das demandas referia-se à assistência, cuja maior reclamação era acerca do gerenciamento das ações de saúde por parte da operadora, que envolve, por exemplo, autorizações prévias, franquias, coparticipação, seguida da reclamação por prazos máximos para atendimento, rede conveniada de atendimento, rol de procedimentos e coberturas, e reembolso.

Em síntese, é responsabilidade da ANS fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº. 9.656/1998 e de sua regulamentação, bem como aplicar as penalidades por seu descumprimento, e, ainda, articular junto aos órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde.

---

<sup>130</sup> FABRETTI *apud* LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. In MARQUES, Cláudia Lima; SCHIMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 161.

<sup>131</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/indice-geral-de-reclamacoes-igr>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

### **3.1. A prestação da assistência à saúde como atividade econômica de empresas privadas**

Ao tratar da prestação da assistência à saúde pelo setor privado, dada sua natureza contratual, são realizados contratos de prestação de serviços entre as operadoras de saúde e os beneficiários contratantes do serviço, contratos estes que limitam a assistência à saúde aos termos contratuais.

A relação contratual para a assistência à saúde é também tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que os contratantes dos planos de saúde são considerados consumidores, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, e as operadoras de saúde são consideradas fornecedoras, nos termos de seu artigo 3º, o qual determina que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que comercializa produtos ou presta serviços, sendo que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza securitária.

As operadoras de saúde devem também observar o Código de Defesa do Consumidor, o qual deve reger a interpretação das normas instituída pela Lei nº. 9.656/1998 e demais resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, inclusive em observância aos seus princípios, como vulnerabilidade, intervenção do Estado, harmonia nas relações, boa-fé, função social do contrato, equilíbrio, etc.

Numa análise conjunta dos dois regramentos, juntamente à Constituição Federal, e após todo o recorrido neste trabalho, constata-se que, embora seja uma atividade empresarial, em razão de seu objeto (que é a saúde e a vida), bem como em razão da relevância pública, a saúde suplementar não poderá limitar determinados riscos sob o fundamento de atividade econômica em detrimento da saúde do beneficiário.

É o caso, por exemplo, do artigo 10 da Lei nº. 9.656/1998, que instituiu o plano-referência de assistência à saúde e determinou a observância às exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 para a contratação do plano de saúde, ou seja, antes da vigência da lei, os planos de saúde comercializados não ofereciam toda a cobertura

de atendimento que foi então definida. Atualmente é proibido comercializar planos de saúde com cobertura inferior à determinada no artigo 12 da Lei nº. 9.656/1998. Eis aí a primeira limitação do Estado na iniciativa privada.

Dentro dessa cobertura, ressaltam-se as despesas de acompanhante no caso de pacientes menores de 18 anos e, após a vigência do Estatuto do Idoso, também para maiores de 60 anos (artigo 16), o que antes não era garantido e objeto de judicialização<sup>132</sup>.

Outro direito legalmente garantido aos usuários da saúde privada é a cobertura assistencial ao recém-nascido durante os seus primeiros trinta dias de vida, quando o plano de saúde de seu pai ou mãe incluir atendimento obstétrico (art. 12, III, a, da Lei nº. 9.656/1998, bem como a inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade,

---

<sup>132</sup> Como exemplo, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Pernambuco nos autos da Apelação nº. 3436226, julgado pela 4ª Câmara Cível, em 11 de junho de 2015, no qual foi relator o Desembargador Jones Figueirêdo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. IDOSO. COBERTURA DE DESPESAS DE ACOMPANHANTE DEVIDA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE EM QUE FOI FIRMADO O CONTRATO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. OBSERVÂNCIA AO ART. 16 DA LEI 10.741/2003, BEM COMO AO ART. 21, INCISO VII, ALÍNEA B DA RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN 338, DE 21/10/2013 DA ANS. LIMITAÇÃO DA COBERTURA DEVIDA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DAS CONDIÇÕES DE COBERTURA DAS DESPESAS DO ACOMPANHANTE DO MENOR DE IDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Doutrina e jurisprudência pátria são uníssonas ao admitir a aplicação da Lei nº 10.741/03 a todos os contratos de plano de saúde, por tratar-se de obrigação de trato sucessivo, sendo, por isso, renovado no período de vigência do Estatuto em comento. Precedentes.

2. Restando incontroversa a imediata aplicação do disposto no Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde, ainda que firmados anteriormente a sua vigência, deve ser observado o teor do seu art. 16, que assim dispõe: "Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico".

3. Demais disso, a Resolução Normativa - RN 338, de 21/10/2013 da ANS, que institui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, estabelece, em seu art. 21, inciso VII, alínea b, a obrigatoriedade do custeio de despesas, incluindo alimentação e acomodação, do acompanhante de idoso.

4. Assim como os menores, o idoso precisa da assistência de um acompanhante, dada sua maior vulnerabilidade e dependência. Trata-se de uma imposição legal que reflete uma real necessidade da pessoa idosa, e não uma sofisticação do plano contratado, o que afasta a tese do apelante de que tal tipo de reembolso só seria devido a quem tivesse contratado o serviço.

5. Considerando que o fundamento para a necessidade de acompanhante ao menor e ao idoso é, em essência, o mesmo: maior vulnerabilidade e dependência de tais segurados, tem-se que o custeio do acompanhante do idoso não deve ser de forma "irrestrita", devendo ser observadas as limitações concernentes a tal tipo de cobertura.

6. Apelo PARCIALMENTE PROVIDO para aplicar, por analogia, na cobertura das despesas do acompanhante idoso, as condições contratuais previstas para o acompanhante do menor de idade, devendo ser observada, sempre, a cobertura de alimentação e acomodação, nos termos do art. 21, inciso VII, alínea b, da Resolução Normativa - RN 338, de 21/10/2013 da ANS. Decisão Unânime.

aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante (art. 12, VII, da Lei nº. 9.656/1998).

A Lei nº. 9.656/1998 também sanou abusividades com relação aos atendimentos de urgência e emergência dentro dos períodos de carência, fixando o prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura nesses casos.

Outrossim, o artigo 13, incisos II e III, proibiu 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. Não havendo a notificação no prazo, a operadora de saúde não poderá rescindir o contrato, mesmo diante da inadimplência<sup>133</sup>.

Além disso, a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato também é proibida durante a ocorrência de internação do titular.

O artigo 14 ainda limitou a liberdade de contratar quando vedou a negativa de contratação pelas operadoras de saúde, não sendo possível impedir alguém de participar de planos privados de assistência à saúde em razão da idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência, desde que se disponha a contratar mediante pagamento. Nesse mesmo sentido é o artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor.

Outra limitação bastante discutida é com relação aos reajustes das mensalidades por mudança de faixa etária. Antes da Lei nº. 9.656/1998, a cláusula de reajuste era

---

<sup>133</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO UNILATERAL. NOTIFICAÇÃO DO SEGURADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ).

2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu não ter sido comprovado o fato de que o segurado foi notificado sobre a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp nº 382.489/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 18/9/2014).

inserida no contrato, que é de adesão, sem qualquer equilíbrio, de forma que, ao chegar aos 60 (sessenta) anos, muitos consumidores deixavam de participar do plano de saúde com o qual muitas vezes contribuía há anos, em razão da inviabilidade financeira. Como exemplo, alguns contratos previam, além de um aumento acima de 150% (cento e cinquenta por cento) quando o beneficiário alcançasse a idade de 60 (sessenta) anos, um reajuste anual de 5% (cinco por cento) a cada novo ano, sem a exigência de qualquer cálculo atuarial que justificasse tamanho reajuste.

Após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, esse reajuste muitas vezes era reconhecido como abusivo com fundamento no artigo 39, X, incluído pela Lei nº. 8.884/1994.

Porém, posteriormente, a Lei nº. 9.656/1998 dispôs sobre o assunto em seu artigo 15, permitindo o reajuste por mudança de faixa etária apenas quando as faixas etárias e os percentuais estivessem previstos em contratos, e nesse sentido também foi incluído o inciso XIII ao artigo 39 o Código de Defesa do Consumidor. A lei dos planos de saúde ainda se adequou ao Estatuto do Idoso e incluiu o parágrafo único ao artigo 15, vedando a aplicação do reajuste por mudança de faixa etária para pessoas com mais de sessenta anos de idade que participassem dos planos de saúde há mais de dez anos.

Não sendo suficiente tal limitação, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou a Resolução Normativa nº. 63, de 22 de dezembro de 2003, definindo limites a serem observados para a adoção de variação de preço por faixa etária, sendo que o valor fixado para a última faixa etária (59 anos) não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária (0 a 18 anos). Além disso, a variação acumulada entre a sétima e a décima faixa (de 44 a 59 anos) não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixa (0 a 44 anos).

E, ainda, há a garantia do direito à informação, previsto no já citado artigo 15, da Lei nº. 9.656/1998 com relação ao reajuste, mas também aplicável à relação contratual, nos termos dos artigos 16 da Lei nº. 9.656/1998, bem como dos artigos 31, 46 e 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Nos aludidos artigos há uma série de informações obrigatórias que deve fazer parte do contrato de plano de saúde, além da proteção do consumidor contra abusividades e limitações de seus direitos. É permitida a cláusula de limitação de direitos, desde que a cláusula não esteja em desacordo com o regramento acerca do assunto e esteja redigida com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Há ainda diversos outros exemplos de limitações impostas pelo Estado à atividade privada, como no caso de doenças e lesões preexistentes, entre outros.

Como se observa, a empresa privada, embora atue de forma suplementar ao Estado, firma um contrato privado com o consumidor, no qual muitas vezes impõe uma série de limitações e garante apenas aquilo que foi contratado pelas partes sob o fundamento de que tudo aquilo que ultrapassar o contrato deve ser exigido do Estado, já que lhe cabe o compromisso constitucional de garantir o direito à assistência à saúde para todos.

Por outro lado, há o fato de se estar diante de um direito fundamental e não de outro direito qualquer, razão pela qual há entendimento no sentido de que a operadora de saúde deve assumir a responsabilidade de atuar de forma suplementar ao Estado, garantindo, portanto, a assistência à saúde de forma plena.

Justamente sobre esse viés é que o trabalho se propôs a discutir os limites da responsabilidade da empresa privada operadora de saúde com relação ao direito fundamental constitucionalmente garantido.

Muitas vezes ao tentar utilizar o plano de saúde contratado, o beneficiário depara-se com uma cláusula excludente de responsabilidade da empresa privada e fica sem a assistência à saúde naquele momento. Tal fato é tão recorrente que ocasionou a propositura de diversas demandas judiciais por esses beneficiários na busca da garantia do direito à saúde pela operadora de saúde contratada, direito esse que é constantemente reconhecido pelo Poder Judiciário, como será abordado no próximo item.



O atual Ministro da Saúde Ricardo Barros, sob o argumento de “desafogamento” dos serviços públicos e economia de recursos para o sistema único de saúde, editou a Portaria nº. 1.482, de 04 de agosto de 2016, instituindo um Grupo de Trabalho para discussão e elaboração de Projeto de Plano de Saúde Acessível, no prazo de 120 dias.

Para a elaboração dessa proposta foi criado um grupo de trabalho composto pelo Ministério da Saúde, pela Confederação Nacional das Empresas e Seguros Gerais, pela Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CnSeg, e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

O Grupo de Trabalho reuniu representantes de mais de 20 instituições ligadas à Saúde Suplementar, durante 60 dias de trabalho e seis reuniões presenciais, com o encerramento de suas atividades em 09/12/2016. De acordo com as informações disponibilizadas pelo Ministério da Saúde, as sugestões apresentadas no Grupo de Trabalho serão avaliadas juridicamente, e, em seguida, serão encaminhadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a fim de avaliar a pertinência das propostas e sua possível implantação<sup>134</sup>.

A proposta, que inclui medidas para a redução de custos (como menor cobertura, atendimento regional, aumento do limite de coparticipação, entre outras), foi bastante criticada, especialmente por órgãos de defesa do consumidor, sob o entendimento de que esse novo plano acessível reduziria a cobertura mínima atual exigida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (embora o custo seja menor ao beneficiário), além de alegações de que a proposta visa apenas beneficiar empresários da saúde suplementar.

Até a conclusão deste trabalho não houve uma definição, nem tampouco posicionamento, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS sobre a possível autorização de venda dos chamados planos acessíveis.

---

<sup>134</sup> Informação obtida no sítio eletrônico do Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/26834-gt-envia-a-ans-sugestoes-para-planos-de-saude-individuais-acessiveis>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

### 3.2. Judicialização da saúde: ações relacionadas à assistência à saúde privada

Ao longo do trabalho diversas decisões judiciais foram apresentadas a título de ilustração e exemplificação do que fora abordado.

O Judiciário cumpre um papel significativo em assegurar a garantia do direito fundamental à saúde, que recorrentemente é violado nas relações privadas de assistência, ocasionando, inclusive, risco de dano à própria vida.

É por esse motivo que, havendo desrespeito a esse direito fundamental pelo Estado, seja por meio do sistema único de saúde ou pela iniciativa privada mediante as operadoras de saúde, muitos cidadãos buscam seus direitos valendo-se de ações judiciais, as quais estão em um ritmo crescente.

De acordo com o relatório Justiça em Números Digital, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ entre os anos 2014 e 2015, foram contabilizados 294.181 (duzentos e noventa e quatro mil cento e oitenta e um) casos novos relacionados à planos de saúde apenas no âmbito do direito do consumidor, sendo que a maioria se concentra no Estado de São Paulo, com mais de 40% (quarenta por cento) desses casos.

Os relatórios abaixo comprovam que, em 2014, foram contabilizados 194.930 (cento e noventa e quatro mil novecentos e trinta) casos novos relacionados a planos de saúde no Brasil, sendo 4.041 (quatro mil e quarenta e um) casos no Superior Tribunal de Justiça, 30.063 (trinta mil e sessenta e três) casos nos Juizados Especiais, 36.792 (trinta e seis mil setecentos e noventa e dois) casos nos Tribunais de Justiça, e 120.891 (cento e vinte mil oitocentos e noventa e um) casos em Primeira Instância:

Casos novos por Assunto										
Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	Assunto - Nome4	Assunto Casos Novos - Instância	1º Grau	2º Grau	Juizado Especial	STJ	Turma Recursal	Total
DIREITO DO CONSUMIDOR	Contratos de Consumo	Planos de Saúde	-		120.891	36.792	30.063	4.041	3.143	194.930
<b>Total</b>					<b>120.891</b>	<b>36.792</b>	<b>30.063</b>	<b>4.041</b>	<b>3.143</b>	<b>194.930</b>

Status da Seleção:

JN - Ano CA 2014

Assunto - Nome Planos de Saúde

Fonte:

<http://paineis.cnj.jus.br/QvAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimio03&name=Temp/d737b0a6ad34407a8aa01d76886fcdca.html>

Casos novos por tribunal conforme os assuntos selecionados								
Tribunal - Tipo Justiça	Tribunal - Nome	Assunto Casos Novos - Instância	1º Grau	2º Grau	Juizado Especial	STJ	Turma Recursal	Total
Estadual	TJ - Acre		21	18	123	-	-	162
	TJ - Alagoas		182	1	-	-	-	26
	TJ - Amapá		14	-	115	-	-	45
	TJ - Amazonas		73	41	139	-	-	44
	TJ - Ceará		1	-	-	-	-	2
	TJ - Distrito Federal		1.196	877	701	-	-	2.774
	TJ - Goiás		7	4	-	-	-	5
	TJ - Maranhão		654	272	306	-	-	21
	TJ - Mato Grosso		81	64	279	-	-	424
	TJ - Mato Grosso do Sul		124	201	71	-	-	42
	TJ - Minas Gerais		1.147	1.103	1.791	-	-	618
	TJ - Pará		58	26	145	-	-	229
	TJ - Paraíba		1.170	127	5.188	-	-	64
	TJ - Paraná		-	359	-	-	-	509
	TJ - Pernambuco		2.254	1.759	1.270	-	-	56
	TJ - Piauí		47	7	80	-	-	12
	TJ - Rio de Janeiro		3.248	4.318	4.458	-	-	1.342
	TJ - Rio Grande do Norte		188	-	723	-	-	911
	TJ - Rio Grande do Sul		3.240	11.283	-	-	-	250
	TJ - Rondônia		47	46	13	-	-	106
	TJ - Roraima		4	-	15	-	-	19
	TJ - Santa Catarina		1.321	788	-	-	-	2.109
	TJ - São Paulo		105.244	15.279	14.277	-	-	6
	TJ - Sergipe		242	64	187	-	-	37
TJ - Tocantins		154	32	42	-	-	9	
	<b>Total</b>		<b>120.717</b>	<b>36.669</b>	<b>29.923</b>	-	<b>3.088</b>	<b>190.397</b>
Federal	TRF 1ª Região		59	52	86	-	-	22
	TRF 2ª Região		-	2	10	-	-	26
	TRF 3ª Região		47	1	3	-	-	51
	TRF 4ª Região		26	30	15	-	-	6
	TRF 5ª Região		42	38	26	-	-	1
		<b>Total</b>		<b>174</b>	<b>123</b>	<b>140</b>	-	<b>55</b>
Superior	Superior Tribunal de Justiça		-	-	-	4.041	-	4.041
	<b>Total</b>		-	-	-	<b>4.041</b>	-	<b>4.041</b>

Status da Seleção:

JN - Ano CA 2014

Assunto - Nome Planos de Saúde

Fonte:

<http://paineis.cnj.jus.br/QvAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimio03&name=Temp/5632da95283c4506a59a5837611e12fd.html>

Já em 2015, foram contabilizados 99.251 (noventa e nove mil duzentos e cinquenta e um) casos novos relacionados a planos de saúde no Brasil, sendo 3.732 (três mil setecentos e trinta e dois) casos no Superior Tribunal de Justiça, 17.823 (dezessete mil oitocentos e vinte e três) casos nos Juizados Especiais, 41.635 (quarenta e um mil

seiscentos e trinta e cinco) casos nos Tribunais de Justiça, e 31.171 (cento e trinta e um mil cento e setenta e um) casos em Primeira Instância, conforme demonstram os relatórios abaixo:

Casos novos por Assunto											
Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	Assunto - Nome4	Assunto Casos Novos - Instância	1º Grau	2º Grau	Juizado Especial	STJ	Turma Recursal	Turma Regional de Uniformização	Total
DIREITO DO CONSUMIDOR	Contratos de Consumo	Planos de Saúde	-		31.171	41.635	17.823	3.732	4.844		46
<b>Total</b>					<b>31.171</b>	<b>41.635</b>	<b>17.823</b>	<b>3.732</b>	<b>4.844</b>		<b>46</b>

Status da Seleção:

JN - Ano CA 2015

Assunto - Nome Planos de Saúde

Fonte:

<http://painéis.cnj.jus.br/QvAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimi003&name=Temp/f818bbbcc0564dd69ce2298afa0804c5.html>

Casos novos por tribunal conforme os assuntos selecionados												
Tribunal - Tipo Justiça	Tribunal - Nome	Assunto Casos Novos - Instância	1º Grau	2º Grau	Juizado Especial	STJ	Turma Recursal	Turma Regional de Uniformização			Total	
Estadual	TJ - Acre		15	16	124	-	-	-			155	
	TJ - Alagoas		206	63	-	-	-	-			269	
	TJ - Amapá		21	3	240	-	-	39	-			303
	TJ - Amazonas		91	72	147	-	-	35	-			345
	TJ - Ceará		273	264	421	-	-	52	-			1.010
	TJ - Distrito Federal		-	1.233	430	-	-	-	-			1.663
	TJ - Espírito Santo		445	386	995	-	-	276	-			2.102
	TJ - Goiás		20	39	104	-	-	41	-			204
	TJ - Maranhão		585	340	233	-	-	82	-			1.240
	TJ - Mato Grosso		107	58	854	-	-	184	-			1.203
	TJ - Mato Grosso do Sul		189	141	61	-	-	28	-			419
	TJ - Minas Gerais		982	1.208	1.611	-	-	509	-			4.310
	TJ - Pará		100	56	305	-	-	43	-			504
	TJ - Paraíba		599	58	23	-	-	52	-			732
	TJ - Paraná		-	622	307	-	-	-	-			929
	TJ - Pernambuco		2.532	2.695	1.381	-	-	-	-			6.608
	TJ - Piauí		36	19	100	-	-	4	-			159
	TJ - Rio de Janeiro		3.383	4.497	3.891	-	-	306	-			12.077
	TJ - Rio Grande do Norte		298	61	688	-	-	191	-			1.238
	TJ - Rio Grande do Sul		2.395	7.474	-	-	-	332	-			10.201
	TJ - Roraima		3	-	12	-	-	-	-			15
	TJ - Santa Catarina		982	672	440	-	-	114	-			2.208
	TJ - São Paulo		17.354	21.369	5.088	-	-	2.476	-			46.287
TJ - Sergipe		239	117	180	-	-	49	-			585	
TJ - Tocantins		164	55	54	-	-	9	-			282	
	<b>Total</b>		<b>31.019</b>	<b>41.518</b>	<b>17.689</b>	<b>-</b>	<b>4.822</b>	<b>-</b>			<b>95.048</b>	
Federal	TRF 1ª Região		67	44	9	-	4	-			124	
	TRF 2ª Região		18	4	42	-	8	-			72	
	TRF 3ª Região		48	23	13	-	1	-			85	
	TRF 4ª Região		18	21	23	-	8	-			70	
	TRF 5ª Região		1	25	47	-	1	-	46			120
		<b>Total</b>		<b>152</b>	<b>117</b>	<b>134</b>	<b>-</b>	<b>22</b>	<b>-</b>	<b>46</b>		
Superior	Superior Tribunal de Justiça		-	-	-	3.732	-	-			3.732	
	<b>Total</b>		<b>-</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>3.732</b>	<b>-</b>	<b>-</b>			<b>3.732</b>	

Status da Seleção:

JN - Ano CA 2015

Assunto - Nome Planos de Saúde

Fonte:

<http://paineis.cnj.jus.br/QvAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimio03&name=Temp/0bee0649a94848cf8d1992f97639810d.html>

Ainda, conforme o relatório Justiça em Números 2016, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, referente ao ano base 2015, em análise dos números acima, verifica-se que os contratos de planos de saúde constaram em 20º lugar no ranking dos assuntos mais demandados no 2º grau, correspondendo a 1,13%. No STJ as demandas corresponderam a 3.732 casos (1,33%), ficando em 13º lugar no ranking.

A judicialização da saúde é um fenômeno que ocorre tanto no âmbito da saúde pública, como no âmbito da saúde privada. Trata-se de um fenômeno social em que se busca acesso aos tratamentos de saúde e medicamentos pela sociedade em razão de uma negativa ou falha de atendimento pelo ente responsável pela prestação da assistência médico-hospitalar ou pela não disponibilização de materiais e medicamentos.

Com relação aos medicamentos, muitos beneficiários de planos de saúde buscam a disponibilização de medicamentos de alto custo da própria operadora de saúde ao invés do SUS, como é possível observar em várias decisões<sup>135</sup>, as quais obrigam as operadoras privadas a oferecerem cobertura desses medicamentos sob vários fundamentos, tais como, abusividade ao se limitar meios curativos, inexistência de vedação expressa ao tratamento prescrito, atribuição do médico na escolha do tratamento, entre outros.

Assim, diante de uma negativa ao tratamento de saúde, a pessoa busca individualmente ou coletivamente o Poder Judiciário no intuito de ter seu direito à assistência à saúde garantido.

---

<sup>135</sup> Como exemplo as decisões: (i) TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº. 1029662-32.2013.8.6.0100, Rel. Des. Giffoni Ferreira, DJe 23/10/2014; (ii) TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Agravo de instrumento nº. 2000769-18.2016.8.26.0000, Rel. Des. Theodureto Camargo; (iii) TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de instrumento nº. 2003053-33.2015.8.26.0000, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, DJe 27/02/2015.

Essa dicotomia da saúde suplementar, atividade econômica *versus* direito social, é uma questão de grande debate, que ainda precisa encontrar um equilíbrio.

De um lado está a empresa privada que, embora atue de forma suplementar ao Estado, desenvolve atividades econômicas com fins lucrativos, ao passo que, do outro lado, está o cidadão consumidor da saúde suplementar, que tem seu direito à saúde garantido constitucionalmente.

O argumento das empresas privadas de saúde suplementar é no sentido de garantir a assistência à saúde nos limites do contrato firmado com o consumidor<sup>136</sup>. Aquilo que extrapolar o contrato deve ser custeado particularmente pelo beneficiário ou poderá ser exigido do Estado, por meio da utilização do sistema único de saúde.

*A contrario sensu* há o entendimento de que a saúde é um direito fundamental e a operadora de saúde, ao escolher prestar esse serviço, deve assumir a responsabilidade de atuar de forma suplementar ao Estado, garantindo, portanto, a assistência à saúde de forma plena. É o que se consegue depreender das decisões condenatórias para fornecimento de medicamentos não cobertos ou para autorização de tratamentos não abarcados pelo contrato, sob o fundamento de que a doença é contratualmente coberta, já que todas as doenças constantes na Classificação Internacional de Doenças – CID estão cobertas, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.656/1998.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não o tipo de tratamento a ser alcançado para a respectiva cura. Além do que, o artigo 10 da Lei nº. 9.656/1998 é claro ao estabelecer que o plano-referência engloba todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças – CID. Isso demonstra que a decisão confirma o entendimento de que a operadora de saúde deverá garantir a assistência à saúde de forma plena, como substituta do Estado<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Nesse sentido: STJ, 4ª Turma, AREsp 510316/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 03/11/2014.

<sup>137</sup> Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.  
1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é

A judicialização da saúde é um fenômeno tão crescente e em constante discussão, que foi criado o Fórum Nacional da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>138</sup>, em abril de 2010, visando o monitoramento e a busca de soluções com relação ao aumento significativo de demandas judiciais relacionadas à área de saúde.

A partir dos resultados da Audiência Pública nº. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009, que já foi citada neste trabalho, o Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde<sup>139</sup>.

Os trabalhos realizados por esse grupo resultaram na aprovação da Recomendação nº. 31, de 30/03/2010, que determina aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Tais medidas incluem celebrar convênios para disponibilização de apoio técnico para auxiliar os juízes na formação de um juízo de valor na apreciação de questões clínicas, evitar autorização e fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, determinar a inscrição do beneficiário no programa correspondente à política pública se existente, entre outras.

Em 02 de fevereiro de 2016, foi criado o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, através da Portaria nº. 08, do Conselho Nacional de Justiça, cujas atividades

---

inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 668216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 265).

<sup>138</sup> O Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi instituído pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 que trata da Reforma do Poder Judiciário, sendo instalado em 14/06/2005, com sede em Brasília e atuação em todo o território nacional. A competência do CNJ está descrita no art. 103, *b*, da Constituição Federal e visa à proposição de ações de planejamento, coordenação, controle administrativo e aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça.

<sup>139</sup> Através da Portaria nº. 650, de 20 de novembro de 2009.

poderão ser desenvolvidas junto a todos os tribunais do país e em parceria com as demais instituições públicas envolvidas com o tema.

Dentre as competências do comitê, destaca-se a condução das atividades, organização da instalação e o funcionamento do Fórum Nacional; a organização de encontros nacionais de membros do Poder Judiciário, com ou sem a participação de outros segmentos do poder público, da sociedade civil e de comunidades interessadas, para a discussão de temas relacionados às suas atividades e para a proposição de medidas que contribuam para a solução de questões relacionadas às demandas de assistência à saúde; a promoção na realização de seminários com a participação de membros do Poder Judiciário, estudiosos e especialistas; entre outras.

Lucília Alcione Prata entende que:

O objetivo dessa nova proposta do CNJ é a formação de um banco de dados sobre as demandas judiciais envolvendo o direito à saúde e a proposição de medidas para o aperfeiçoamento dos procedimentos judiciais e prevenção de novos conflitos judiciais na área da saúde, inaugurando um novo segmento: uma política pública judiciária para análise das demandas judiciais vinculadas ao direito de proteção à saúde<sup>140</sup>.

Segundo a autora, a justificativa desse movimento dentro de um órgão de planejamento de políticas públicas do Poder Judiciário decorre da crescente demanda das ações judiciais de saúde, em razão da não prestação do serviço público pelo Estado:

A Constituição de 1988 instituiu um sistema de proteção ao direito da saúde, incluindo a saúde como um dos direitos sociais sob tutela do Estado Social e Democrático Brasileiro e estruturando um sistema público de saúde representado pelo SUS. A partir dessa tutela constitucional, verifica-se cada vez mais o crescimento de demandas ajuizadas contra o Poder Público visando a tutela dos cidadãos frente as omissões do Estado na prestação do serviço público correspondente<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> PRATA, Lucília Alcione, op. cit., p. 248-249.

<sup>141</sup> Ibid., p. 249.



Especificamente no setor privado, levando em consideração a elaboração de contratos limitadores de responsabilidade, que inclusive são alvo de críticas e discussões no âmbito do direito do consumidor, a judicialização da saúde é crescente.

Isso porque, ao tentar utilizar o plano de saúde contratado, o beneficiário depara-se com uma cláusula excludente de responsabilidade da empresa privada e fica sem a assistência à saúde naquele momento. Assim, ao limitar o direito à saúde por meio de contratos privados, somado à facilidade de acesso ao Poder Judiciário, as operadoras de saúde compõem cada dia mais os polos passivos das demandas judiciais, já que, diante da omissão ou deficiência do Poder Público, o Poder Judiciário acaba por fazer satisfazer o direito tutelado no caso concreto.

O Judiciário, portanto,

[...] acaba por atuar de forma mais concentrada, decidindo questões de um indivíduo ou grupo de indivíduos específicos, razão pela qual fica mais 'fácil' determinar a concessão das medidas garantidoras de saúde", afinal, "ao Judiciário não cabe a previsão econômica da atividade dos prestadores, mas apenas o respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais<sup>142</sup>.

Fernanda Massad de Aguiar Fabretti ainda analisa a questão da judicialização no âmbito privado no sentido de que:

O Judiciário acaba por ultrapassar os limites estabelecidos pela ANS e também da legislação que cuida do tema, aumentando a demanda dos consumidores por provimentos jurisdicionais nesta seara, tendo em vista que, no mais das vezes, há a concessão do provimento esperado, mesmo que o consumidor não faça jus a ele<sup>143</sup>.

Já Kristian Pscheidt entende que

[...] a assistência à saúde é livre a iniciativa privada, conforme dispõe o "caput" do artigo 199 da Constituição Federal, mas quando prestada por esta, integra um sistema que deve assegurar a todos os anseios constitucionais, em especial os direitos sociais (artigo 6º), os princípios gerais da atividade econômica (artigo 170), bem como os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º)<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> FABRETTI, op. cit., p. 101-102.

<sup>143</sup> Ibid., p. 102.

<sup>144</sup> PSCHIEDT, op. cit., p. 8.

Há entendimentos apontando para todos os lados, mas a questão é que, independentemente do lado que se escolha, a questão da judicialização pode ser vista com preocupação, principalmente quando pensada em uma larga escala, nas consequências para toda a sociedade, bem como pode ser vista como positiva no sentido de efetivamente garantir os direitos sociais.

São muitas as questões problemáticas da judicialização da saúde no âmbito privado. Uma delas é a questão financeira referente aos gastos crescentes e não contabilizados previamente para a realização de procedimentos não previstos ou não disponíveis.

José Cechin trata do assunto:

O espaço para a judicialização da saúde, que consome proporção crescente do financiamento público e privado e atropela práticas clínicas estabelecidas, é dado não apenas pela indefinição do direito à saúde, mas também pela ausência de um sistema consistente de avaliação de tecnologias em saúde e o baixo nível de padronização da prática clínica em nosso meio<sup>145</sup>.

Outra questão problemática da judicialização é a concessão de tutelas muitas vezes indevidas, pois o Poder Judiciário, ao analisar as milhares de ações que lhe são remetidas, “no mais das vezes, acaba por conceder a tutela pleiteada pelo consumidor, mesmo quando este requer a prestação de um serviço não contratado e pelo qual não pagou”, sob a justificativa de garantia do direito social à saúde<sup>146</sup>.

Nesse sentido, o Poder Judiciário muitas vezes relativiza a força dos contratos privados de saúde face aos direitos fundamentais da saúde e da própria vida, bem como em decorrência do formato do contrato de assistência à saúde, que é rotineiramente de adesão.

---

<sup>145</sup> CECHIN, José (org. e coord.). *A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

<sup>146</sup> FABRETTI, op. cit., p. 106.

A possível solução para a judicialização da saúde em geral é a formulação de políticas públicas específicas, porém não só a formulação de políticas públicas, como também sua efetiva implementação, sem entraves políticos e burocráticos que acarretam na não efetividade de um programa social.

Neil Patrick Mascarenhas, em sua tese de doutorado, destaca uma menor participação da sociedade em órgãos consultivos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e levanta a hipótese de que isso pode ser explicado pela falta de perspectiva quanto a resultados oriundos das discussões nesses órgãos, “[...] mas também pode ser motivada pela facilidade de se obter judicialmente o acolhimento de demandas de usuários contra limitações de cobertura contratual dos planos de saúde”.

Afirma que:

Os usuários e consumidores não consideram sua participação institucionalmente como integrantes de um mercado cujo regramento está em construção, preferindo buscar a garantia judicial para a resolução de problemas pontuais, sem auxiliar efetivamente na regulação do todo<sup>147</sup>.

Lucilia Alcione Prata entende que “a resposta judiciária às contingências públicas de saúde, por sua vez, não representa indevida interferência do Judiciário nos demais Poderes – Executivo e Legislativo”<sup>148</sup>.

Com relação à judicialização da saúde pública, Angelica Lucía Carlini, em sua tese de doutorado defende que “o direito não pode pretender dar conta de todos os conflitos sociais por meio de sentenças judiciais” no âmbito da saúde pública, “assim como as políticas públicas não podem ser definidas por sentença judicial”<sup>149</sup>.

Em sua conclusão afirma que:

---

<sup>147</sup> MASCARENHAS, Neil Patrick. *Análise de um processo em construção: a regulação da saúde suplementar no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

<sup>148</sup> PRATA, Lucília Alcione, op. cit., p. 260.

<sup>149</sup> CARLINI, Angélica Lucía. *Judicialização da saúde pública no Brasil: Causas e Possibilidades de Solução*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012, p. 198.

É possível acreditar que, num debate dessa natureza, o Direito constitucional estaria cumprindo seu papel fundamental de garantir o Estado Democrático, porém de maneira a permitir aos cidadãos que compreendam que a vida em sociedade não se constrói apenas com o exercício de direitos mas, principalmente, com o cumprimento de deveres<sup>150</sup>.

Ambos trazem em seus trabalhos algumas hipóteses que consideram auxiliar na diminuição da judicialização da saúde tanto no âmbito público como no âmbito privado, sendo a base das propostas as sugestões ao incentivo de um maior diálogo entre os sujeitos da relação, a implementação de políticas amplas e específicas nos setores e uma maior participação da sociedade na construção do direito.

Uma maior efetividade da assistência à saúde pública certamente ocasionaria a diminuição de procura à assistência à saúde privada, de forma que a implementação de políticas públicas nesse sentido será também benéfica à judicialização das questões no âmbito privado.

Sobre a implementação de políticas públicas, merece destaque o programa “Acessa SUS”, criado através de convênio firmado em dezembro de 2016 entre o Tribunal de Justiça de São Paulo, a Secretaria Estadual da Saúde, o Ministério Público de São Paulo e a Defensoria Pública de São Paulo, para um trabalho conjunto entre os órgãos com o intuito de garantir o acesso e o uso racional de medicamentos, bem como visando a redução da judicialização da saúde.

Além de buscar a resolução da questão administrativamente, caso seja proposta ação judicial com pedido de medicamento em face do Estado, os juízes poderão consultar o “Acessa SUS” e verificar a viabilidade de fornecimento do medicamento.

---

<sup>150</sup> CARLINI, op. cit., p. 197.

### 3.3. A necessidade de interação entre a iniciativa privada e a iniciativa pública

A assistência à saúde, como visto, pode ser prestada tanto no âmbito público pelo sistema único de saúde, como no âmbito privado mediante a contratação de seguro ou plano de saúde.

No entanto, os seguros e planos de saúde privados só estão disponíveis para uma parcela da sociedade, que possui condições financeiras para a contratação.

Independentemente do tipo de assistência à saúde que se tem, pública ou privada, é certo que a judicialização dessas questões é crescente, como foi abordado no item anterior, razão pela qual a interação entre a iniciativa privada e a iniciativa pública é de extrema importância, principalmente no intuito de diminuir a judicialização da saúde.

Na busca por lucros, as empresas privadas muitas vezes atuaram de forma abusiva ao longo da curta história da saúde suplementar, o que também pode ter motivado uma conduta defensiva dos consumidores e operadores do direito na busca por um equilíbrio em uma relação que já nascia desequilibrada.

A regulamentação legal do setor privado e a fiscalização pela agência reguladora não foi suficiente para equilibrar essa relação.

Fernanda Massad de Aguiar Fabretti entende que:

Faz-se necessário que a intervenção do Estado no domínio econômico, no que tange à regulação da prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, em especial em sua relação com os direitos do consumidor, seja ampliada de modo a evitar a judicialização, ou seja, evitar que os consumidores tenham que buscar constantemente o Judiciário para ver efetivado seu direito, ou ao menos reduzir o número de demandas nesta seara<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> FABRETTI, op. cit., p. 102-103.

Acredita-se hoje que uma maior interação entre as iniciativas certamente ocasionará melhor prestação dos serviços de assistência à saúde e diminuição das reclamações nesse sentido. Além disso, a intervenção estatal é de extrema importância no setor privado de assistência à saúde, a fim de regular e fiscalizar as ações privadas, resguardando o direito dos consumidores desse tipo de serviço.

O desafio à iniciativa privada persiste: prestar efetivamente os serviços a que se compromete no âmbito da saúde e, ao mesmo tempo, promover ações para manter sua atividade econômica lucrativa.

Da mesma forma, a participação do Estado é fundamental para regulamentar e fiscalizar a prestação desses serviços pela iniciativa privada a fim de garantir a plena efetivação do direito à assistência à saúde.

Somado a isso, a participação do Poder Judiciário também pode ser considerada importante na interação entre as iniciativas pública e privada, não apenas para participar dos diálogos propostos (como muitas vezes já o faz por meio das audiências públicas), mas também para observar eventuais recomendações, bem como avaliar políticas públicas no intuito de verificar se a sua decisão irá de encontro ou não a uma política já existente, e, ainda, se pautar em conhecimentos especializados acerca do assunto.

Isso porque o Poder Judiciário, ao conceder todas as tutelas pleiteadas apenas sob o fundamento de direito social, sem atentar-se às possíveis limitações legais, contribui com a problemática da judicialização da saúde privada fomentando a procura dos indivíduos pela via jurisdicional e contribuindo com o abarrotamento do próprio Poder Judiciário com milhares de ações repetitivas.

Além disso, essa ação poderá contribuir para uma menor interação entre a iniciativa pública e a iniciativa privada, tendo em vista que muitas das decisões judiciais são contrárias às próprias resoluções e normativos expedidos pela agência reguladora, o que impedirá, portanto, a efetivação de todas as diretrizes da Agência Nacional de Saúde Suplementar,

Da mesma forma, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ao regulamentar o setor privado, deve compreender a extensão da judicialização a fim de utilizar como parâmetro os efeitos das decisões para tomar medidas efetivas no sentido de promover melhorias na prestação do serviço de assistência à saúde pela iniciativa privada.

## CONCLUSÃO

O trabalho pretendeu analisar a garantia do direito à saúde pela iniciativa privada, e, para tanto, foi necessário fazer um esboço acerca do direito à saúde pelo Poder Público, abordando a criação do sistema único de saúde, o qual foi instituído baseado na experiência da iniciativa privada que até então já existia, para que se pudesse compreender a questão da complementariedade da assistência.

Desse modo, mencionou-se sobre as duas possibilidades de atuação privada na assistência à saúde, quais sejam, a atuação complementar ao sistema único de saúde, na hipótese de utilização do setor privado em decorrência da ausência de prestação pelo Poder Público, bem como a atuação suplementar pela iniciativa privada mediante a oferta de seguros e planos de saúde diretamente aos consumidores.

O enfoque do trabalho foi em relação à atuação da iniciativa privada que comercializa seguros e planos de saúde a fim de prestar assistência privada à saúde. Porém, não é possível pensar em saúde sem antes salvaguardar de que se trata de uma garantia constitucional e, tão logo, merece proteção e fiscalização pelo Estado.

Em razão disso, com a positivação desse direito e da possibilidade de dar-lhe assistência pela iniciativa privada, a Lei nº. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, uma autarquia sob o regime especial e vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, tendo em vista que a saúde prestada pela iniciativa privada, embora se trate de atividade econômica, é, antes de tudo, uma garantia constitucional.

Também, um pouco antes, foi criada a Lei 9.656/1998, dispondo sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, pois, como visto, a assistência à saúde não é uma prestação de serviços qualquer, devendo ressaltar sua relevância conferida pela Constituição Federal, e, diante de diversas abusividades cometidas antes da edição da lei e a judicialização da questão, foi necessária a regulamentação do setor,



momento em que foi instituído um plano-referência com garantias mínimas. Não obstante a regulamentação do setor pela aludida lei, o Código de Defesa do Consumidor continuou a ser aplicado, tendo em vista que a prestação dos serviços de assistência à saúde configura relação de consumo. Nesse sentido, inclusive, é a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça<sup>152</sup>.

A problemática que acompanhou a pesquisa foi: mas qual seria o limite da atuação pelas operadoras privadas de saúde? Seria um serviço ilimitado apenas por se tratar de assistência a um direito fundamental?

O que se observou é que a assistência à saúde prestada pela iniciativa privada é bem complexa com relação aos direitos das partes. Não se refuta, nem tampouco se despreza, o fato de que se trata de um serviço privado, prestado a título oneroso e que almeja o lucro, até mesmo para que se possa dar continuidade à atividade econômica. Por isso, ao pretender a prestação de um serviço ilimitado, poderia comprometer o próprio serviço, já que a empresa precisa ter condições financeiras suficientes para continuar oferecendo seus serviços.

Por outro lado, os beneficiários de seguros e planos de saúde, não podem ser prejudicados por empresas privadas que buscam o lucro a todo o custo, diminuindo a prestação do direito à saúde dos cidadãos, a partir do oferecimento de um serviço incompleto e muitas vezes até defeituoso, conforme visto.

É preciso, portanto, encontrar um equilíbrio nesta relação jurídica, em que o cidadão contratante do plano de assistência à saúde privado possa ter resguardado seu direito por um preço justo, sem o enriquecimento imoderado das operadoras, mas, também, sem a futura inviabilização da atividade empresarial das empresas de saúde privadas.

Estudou-se a possibilidade de criação de um plano de saúde acessível, em que as coberturas contratuais seriam inferiores àquelas estabelecidas como mínimas na Lei nº. 9.656/98, porém com valores também inferiores. A proposta aguarda a orientação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, mas já conta com diversos

---

<sup>152</sup> Súmula 469, STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

entendimentos contrários, em especial o argumento de violação a direitos sociais em razão da excessiva limitação de cobertura contratual, sendo vista como um retrocesso histórico em relação a um direito tão recentemente reconhecido.

Independentemente da criação do plano acessível analisado, o que não se pode perder de vista é, conforme defendido, a necessidade de um equilíbrio entre o direito à saúde e o direito ao lucro da livre iniciativa.

Logo, qualquer regulação que exista no setor e que atinja as atividades abertas à iniciativa privada, inclusive lucrativas na área da saúde, conforme autorização constitucional, deve ser ponderada e proporcional, tanto em relação à exigência da realização do núcleo do direito à saúde, como também no tocante ao estímulo (e jamais à destruição) das atividades econômicas. Se houvesse tal equilíbrio na formulação e na execução das políticas setoriais, por parte do Poder Público, conforme visto, bem como na sensibilização por parte dos planos de saúde, certamente ocorreria a desejada redução dos males da judicialização na área da saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos B. Pulido. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o Ministério Público. Porto Alegre: *Revista do Ministério Público do RS*, 2009, n. 63.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais – Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARLINI, Angélica Lucía. *Judicialização da saúde pública no Brasil: causas e possibilidades de solução*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

CECHIN, José (org. e coord.). *A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2008.

COHN, Amelia; ELIAS, Paulo Eduardo M. *Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços*. 5 ed. São Paulo: Cortez: CEDEC, 2003.

COHN, Amelia (Org.). *Saúde, cidadania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: E-papers: Centro Internacional Celso Furtado, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi *et al.* *Regulação de medicamentos no Brasil: desafios no contexto do mundo globalizado*. São Paulo: Cepedisa, 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar. *A regulação estatal e o controle judicial da saúde suplementar como fatores de efetivação do direito à saúde: direito social e do consumidor*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. *Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. jan./jul. 2012. Brasília: CMB, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; SCHIMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MASCARENHAS, Neil Patrick. *Análise de um processo em construção: a regulação da saúde suplementar no Brasil*. 2007. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

MERHY, Emerson Elias; MALTA, Deborah Carvalho; SANTOS, Fausto Pereira dos. *Desafios para os gestores do SUS, hoje: compreender os modelos de assistência à saúde no âmbito da reforma sanitária brasileira e a potência transformadora da gestão*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2004. Disponível em: <<http://www.uff.br/saudecoletiva/professores/merhy/indexados-30.pdf>>. Acesso em out. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Políticas públicas e discricionariedade administrativa*. Carta Forense, 2008. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/politicas-publicas-e-discricionariedade-administrativa/2904>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. *Agência Nacional de Saúde Suplementar: o Estado e a saúde privada no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

SÁ, Domício Aurélio de. *Atenção à saúde no Brasil – um estudo do acesso à assistência a partir do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS) 2002*. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça*, nº. 10, jan.-mar. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina Nacional*. out./dez. 2007.

SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 anos de constitucionalismo democrático – E Agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Revista de Direito do Consumidor n. 67, 2008, p. 125-172. Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, UNIFAFIBE, Vol. 2, n. 1, 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.