



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

GRAZIELA TROJAN REPISO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DOS SISTEMAS DE
SAÚDE E DA PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA
SUA EFETIVAÇÃO**

Londrina

2011

GRAZIELA TROJAN REPISO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DOS SISTEMAS DE
SAÚDE E DA PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA
SUA EFETIVAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial (Linha de Pesquisa: Direito e Relações Empresariais) da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial à aprovação do curso e obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Renato Lima Barbosa.

Londrina
2011

GRAZIELA TROJAN REPISO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DOS SISTEMAS DE SAÚDE E
DA PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA SUA EFETIVAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial (Linha de Pesquisa: Direito e Relações Empresariais) da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial à aprovação do curso e obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Renato Lima Barbosa
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón
UEL – Londrina - PR

Londrina, 30 de junho de 2011..

Dedico este trabalho aos meus filhos, Matheus e Sarah, que são a minha força e determinação para seguir meus ideais.

Ao Prof. Dr. Renato Lima Barbosa pelas valiosas orientações e atenção dispensada na realização deste trabalho.

A minha família pela paciência e motivação.

As minhas colegas de docência, Prof. Fernanda Vicentini e Prof. Maria Gabriela Staut pela força e estímulo nas horas mais difíceis.

Ao Prof. Nelson Keller, amigo e colega, que gentilmente leu este trabalho e contribuiu com seus conhecimentos da Língua Portuguesa para aperfeiçoá-lo.

Aos professores e colegas de Mestrado que possibilitaram trilhar, com confiança, esta etapa importante da minha vida acadêmica.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma participaram no processo de elaboração, desenvolvimento e finalização deste estudo.

REPISO, Graziela Trojan. **O direito fundamental à saúde:** dos sistemas de saúde e da participação da iniciativa privada na sua efetivação. 2011, 210f. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial (Linha de Pesquisa: Direito e Relações Empresariais) da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

RESUMO

O presente trabalho procura demonstrar a importância da efetividade do direito à saúde, a estrutura normativa deste direito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a participação da iniciativa privada nesta seara. Traz o direito à saúde e a sua efetividade como uma das condições indispensáveis para o próprio Estado Democrático de Direito. Analisa o ativismo judicial decorrente da ineficácia do Estado no âmbito dos direitos sociais, em especial do direito fundamental à saúde, traçando a evolução histórica do Poder Judiciário no país, bem como o papel atual deste Poder na concretização dos direitos fundamentais sociais. Traz as críticas doutrinárias sobre o ativismo judicial e transcreve algumas das principais decisões brasileiras dos tribunais superiores sobre a efetivação do direito à saúde, focando o impacto político, econômico e social, especialmente o impacto orçamentário de tais decisões nas políticas públicas. Procura demonstrar que, enquanto a saúde, nos moldes constitucionais, for de difícil aplicabilidade, cumprirá ao Judiciário salvaguardar o direito fundamental à saúde, intervindo e promovendo o seu acesso a toda a sociedade e à iniciativa privada a tarefa de subsidiariamente auxiliar na sua efetivação, em razão do Estado não possuir recursos suficientes para investimentos contínuos em tecnologia e infraestrutura que o setor necessita. Disserta sobre as instituições e sistemas de saúde existentes no Brasil, bem como as diferentes espécies de prestação dos serviços de saúde pelas operadoras de saúde privadas. Aborda também a questão do ressarcimento dos serviços de saúde prestados pelo SUS e pela iniciativa privada, bem como procura trazer uma alternativa para equacionar a obrigatoriedade por parte do sistema privado de saúde em atender as decisões judiciais e a satisfação do objetivo econômico precípua de uma atividade empresarial privada.

Palavras-chave: Direito fundamental. Saúde. Judiciário. Sistemas de saúde. Ressarcimento.

REPISO, Graziela Trojan. **The fundamental right to health: health systems and private participation in its implementation.** 2011, 210f. Dissertation submitted to the Master's Program in Law Negotiation (Line Research: Law and Industrial Relations), State University of Londrina - UEL.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the importance of implementation of the right to health, the right regulatory framework of the Brazilian legal system, as well as participation of private initiative in this endeavor. It brings the right to health and its effectiveness as a prerequisite for a democratic state itself. Analyze judicial activism due to the ineffectiveness of the state under the social rights, in particular the fundamental right to health, tracing the historical evolution of the judiciary in the country, as well as the current role of power in the realization of fundamental social rights. Doctrinal criticism brings about judicial activism and transcribes some of the major Brazilian decisions of higher courts on the realization of the right to health, focusing on the impact of political, economic and social development, especially the budgetary impact of such decisions in public policy. Argues that, while health, similar constitutional, is difficult to apply, comply with the judiciary to safeguard the fundamental right to health, intervening and promoting access to the entire society and the private sector to assist in the task of subsidiary to be effective, because the state does not have sufficient resources for ongoing investments in technology and infrastructure that the industry needs. Talks about the institutions and the existing health systems in Brazil, as well as the different species of provision of health services by private health insurance companies. It also addresses the issue of compensation for health services provided by SUS and the private sector, and seeks to bring an alternative to consider the obligation on the part of private health care system to meet the satisfaction of judicial decisions and economic objective of a business activity preciput private.

key words: Fundamental rights. Health. Justice. Health systems. Compensation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABI	Aviso dos Beneficiários Identificados
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIH	Avisos de Internação Hospitalar
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional da Vigilância Sanitária
CADIN	Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal
CF/88	Constituição Federal de 1.988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
LOS	Lei Orgânica da Saúde
MS	Ministério da Saúde
NOAS	<i>Norma Operacional da Assistência à Saúde</i>
NOB	Norma Operacional Básica
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OS	Organizações Sociais
OSCIP	Sociedade Civil de Interesse Público
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
ProUni	Programa Universidade para Todos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TUNEP	Tabela Única de Procedimentos
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	13
1.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.1.1 Fontes e Antecedentes dos Direitos Fundamentais	13
1.1.2 Evolução dos Direitos Fundamentais	15
1.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	19
1.2.1 Evolução do Estado Democrático de Direito	20
1.2.1.1 Breve evolução constitucional brasileira e os direitos fundamentais	21
1.2.1.2 Constitucionalismo do Império	21
1.2.1.3 Constitucionalismo da primeira república	22
1.2.1.4 Constitucionalismo do Estado social – constituições brasileiras de 1.934 a 1.988	22
1.2.2 Aspectos Gerais do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito.....	24
1.2.3 O Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais.....	25
1.2.4 A Democracia e o Estado Democrático de Direito.....	28
1.2.5 O Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo.....	30
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988.....	35
1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	37
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEUS PRINCÍPIOS	
NORTEADORES	49
2.1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1.988	50
2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO	54
2.2.1 O Direito a Prestações de Saúde	62
2.3 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À SAÚDE.....	65
2.3.1 Distinções entre Regras e Princípios.....	67
2.3.2 Colisão entre Princípios e Regras e a Técnica da Ponderação.....	73
2.3.3 Dos Princípios no Direito à Saúde.....	77
2.3.3.1 Dos princípios específicos da Seguridade Social	78

2.3.3.2	Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.....	81
2.3.3.3	Princípio da proibição do retrocesso social e o direito à saúde	86
2.3.3.4	Princípio da universalidade no direito à saúde	93
2.3.3.5	Princípio da integralidade no direito à saúde	94
2.3.3.6	Princípio da igualdade no direito à saúde	97
3	IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA SAÚDE.....	99
3.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	100
3.2	O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	103
3.2.1	A Judicialização da Política e o Impacto no Orçamento.....	106
3.2.2	Considerações Acerca das Críticas ao Ativismo Judicial	115
4	PONDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS DE SAÚDE NO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	123
4.1	DAS MEDIDAS JUDICIAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	125
4.2	INSTITUIÇÕES E SISTEMAS DE SAÚDE NO BRASIL	128
4.2.1	Instituições de Saúde Públicas e Privadas.....	130
4.2.2	Sistemas de Saúde Público e Privado.....	131
4.2.2.1	Sistema de saúde público	131
4.2.2.2	Sistema de saúde privado	135
4.2.2.2.1	<i>Breves considerações acerca das operadoras de planos e seguros de saúde privados.....</i>	138
4.2.3	Reflexões Sobre o Ressarcimento do Serviço de Saúde	140
4.2.3.1	Do ressarcimento ao SUS pela prestação de saúde fornecida a usuário de saúde suplementar	140
4.2.3.2	Do procedimento para cobrança dos valores do ressarcimento ao SUS	144
4.2.3.3	Do ressarcimento de prestação de saúde fornecida pelo sistema privado às custas do Estado – por determinação judicial - a usuário hipossuficiente	146

CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
REFERÊNCIAS	154
ANEXOS	163
ANEXO A - Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.....	164
ANEXO B - Lei n. 9.656 de 3 de junho de 1998.....	181
APENDICE	205
APENDICE A - ENTREVISTA CONCEDIDA NO DIA 17/03/2011, ÀS 08h15min, PELO DR. LUIZ SOARES KOURY, MÉDICO NEUROCIRURGIÃO, DIRETOR DA AEBEL E DO HOSPITAL EVANGÉLICO DE LONDRINA. VICE-PRESIDENTE DA FEDERAÇÃO DAS MISERICÓRDIAS DO PARANÁ.....	206

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são resultado de conquistas da humanidade ao longo do tempo e foram gradativamente consagrados nas Constituições, sendo de singular importância para o Estado de Direito e posicionam-se como valor fundante do ordenamento jurídico, informando e justificando o Estado Constitucional.

A partir do século XX o direito à saúde passou a integrar o rol de direitos fundamentais e a responsabilidade pela saúde da população passou a ser do Estado. O presente trabalho procura fazer uma abordagem sobre o direito à saúde no Brasil, enquanto direito fundamental social e um dever do Estado, analisar os sistemas de saúde existentes e as diferentes formas de prestação de saúde à população, bem como procura demonstrar como ocorre o ressarcimento pela prestação dos serviços de saúde e a participação da iniciativa privada na efetividade deste direito fundamental social.

No texto constitucional de 1988, a saúde é um dos elementos do tripé que compõe a Seguridade Social, que também envolve a assistência e previdência social. No seu artigo 196, determina que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Os Tribunais inferiores passaram a dar aplicabilidade imediata ao artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e o Supremo Tribunal Federal (STF) proclamou o direito à saúde como indissociável do direito à vida, o que representou um grande avanço à defesa do mínimo existencial e do direito à saúde no Brasil.

Propõe-se a dissertar brevemente sobre alguns dos princípios que orientam o direito à saúde insculpidos na Constituição, dentre os quais não há qualquer dúvida de que a dignidade da pessoa humana tem destaque como sendo o princípio matriz de diversos outros direitos e garantias fundamentais consagrados na Magna Carta, máxime o direito à saúde. Com efeito, demonstra-se que o axioma da dignidade da pessoa humana, petrificado na CF/88, acarreta ao Estado a obrigação de garantir um patamar mínimo de subsistência às pessoas.

Preende-se abordar a competência do Poder Público para realizar ações e políticas públicas voltadas para consecução do direito à saúde, bem como a necessidade de ter critérios definidos para determinar quem precisa do auxílio estatal e quem não precisa, de forma a atender à demanda social e universal

existente.

Nesse contexto, o trabalho busca evidenciar que por um lado, cabe ao Poder Público implementar ações e políticas públicas voltadas para consecução do direito à saúde e, por outro lado, surge o Poder Judiciário como o principal meio de efetivar tais direitos, na medida em que a população está cada vez mais tendo acesso à justiça. Entretanto, o Judiciário encontra limites de ordem fática e jurídica para tanto, pois as demandas relativas ao direito fundamental à saúde envolvem tanto o aspecto social, como o econômico (orçamentário) e o político da realidade brasileira. De fato, muitas vezes as decisões judiciais causam entraves para a gestão da saúde pública, na medida em que comprometem recursos orçamentários e desestruturam as políticas existentes de atendimento à saúde da população.

No trabalho procura-se analisar os reflexos do ativismo judicial especificamente no que se refere à efetivação do direito fundamental à saúde e os impactos das decisões judiciais no orçamento público e nas políticas públicas e se a cláusula da reserva do possível pode ou não eximir o Estado da obrigação de garantir e concretizar o mínimo existencial.

A Constituição instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) e a possibilidade da saúde ser prestada pela iniciativa privada para suprir a insuficiência de recursos e meios de infraestrutura para prestação de saúde pelo Estado, admitindo no ordenamento jurídico contemporâneo a necessária participação da iniciativa privada no âmbito da saúde, ao mesmo tempo em que impôs ao Estado a função de regulamentar e fiscalizar os serviços de saúde no Brasil.

Procura-se demonstrar a forma de organização e como funciona a atividade privada no âmbito da saúde, sob a ótica do artigo 170 da CF/88, como atividade econômica-empresarial e a sua subordinação às determinações legais do Estado por ser uma atividade de relevância pública.

Finalmente, utilizando-se do método histórico-dedutivo com base na doutrina brasileira que explora o tema da saúde, a proposta desta pesquisa é enfatizar a questão sobre o ressarcimento dos serviços de saúde prestados pelo SUS e, especificamente, pela iniciativa privada alertando-se para alguns questionamentos quanto a situações fáticas que tornaram-se recorrentes na realidade brasileira diante da precariedade do sistema de saúde público, a escassez de recursos e a ineficiência do Estado na elaboração de políticas públicas capazes de efetivar satisfatoriamente o direito à saúde no Brasil.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A ciência jurídica sempre demonstrou preocupação com direitos relativos à pessoa humana e em especial à solidariedade e fraternidade, os quais fazem parte da denominada consciência coletiva, visando alcançar a dignidade humana em todas as dimensões.

Vale lembrar que nem sempre foi considerado relevante este pensamento de proteção dos interesses coletivos. A evolução dos direitos fundamentais é que desencadeou esta preocupação e possibilitou a consolidação desses direitos constitucionalmente.

1.2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são resultados de conquistas da humanidade ao longo do tempo e foram, gradativamente, sendo consagrados nas Constituições em momentos históricos distintos.

A seguir, sem a menor pretensão de esgotar a abordagem, far-se-á um breve registro das fontes e antecedentes dos direitos fundamentais, com o objetivo de tão somente embasar o tema específico do trabalho e possibilitar sua melhor compreensão.

1.1.1 Fontes e Antecedentes dos Direitos Fundamentais

a) Precedentes históricos:

A prática de registro de direitos em documentos escritos deu-se na segunda metade da Idade Média. Na Europa, existem exemplos de registro de direitos de comunidades locais ou corporações que eram os senhores feudais os quais outorgavam direitos próprios e peculiares aos membros do grupo, através de forais e cartas de franquia, para que fossem respeitados e conhecidos por todos. Tratavam-se, sem dúvida, dos direitos fundamentais.

Observa-se que, embora existindo mecanismos de defesa do indivíduo desde a Antiguidade, o marco histórico das declarações dos direitos fundamentais deu-se com a Magna Carta Inglesa, outorgada em 15 de junho de

1.215, na Inglaterra, por João Sem-Terra, a qual enumerava e garantia prerrogativas a todos os súditos da monarquia, inclusive definindo garantias no caso de violação, limitando, desta forma, o poder do rei. Esse documento garantia, entre outros direitos, a liberdade de ir e vir; a propriedade privada; imposição de pena de acordo com o delito; julgamento na forma da lei. Esse e outros documentos, bem como a jurisprudência inglesa, originaram o *rule of law*¹, ou seja, a sujeição de todos ao império do Direito que se desenvolveu a partir do século XII. (FERREIRA FILHO, 2009)

b) Fontes Filosófico-doutrinárias

Na Antiguidade, existia a referência a um Direito superior dado aos homens pelos deuses. A concepção de um Direito não decorrente da vontade humana prevaleceu durante toda a Idade Média até o final do século XVIII.

Na Suma Teológica de Tomás de Aquino do século XIII existe uma hierarquia de leis. A lei suprema é a lei eterna que só Deus conhece; abaixo desta e lado-a-lado estão a lei divina – revelada por Deus ou declarada pela Igreja – e a lei natural inerente ao homem e desvelada pela razão. Logo abaixo destas está a lei humana que é a lei editada pelo legislador.

A Escola do Direito Natural e das Gentes formulou a doutrina do pensamento iluminista. No entendimento de Hugo Grócio, fundador do jusnaturalismo, determinados direitos decorrem da natureza humana e não são criados e nem outorgados pelo legislador. São identificados pela razão. (FERREIRA FILHO, 2009)

A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França² por volta de 1.770, e, posteriormente em outros países como a Alemanha – que evidencia a partir de então, a relação jurídica que se estabelece entre cidadão e Estado em termos de direitos e garantias individuais. A doutrina, na sua maioria, daí em diante, entende que direitos fundamentais são aqueles positivados no texto constitucional dos Estados. (LEAL, 2009)

¹ O *rule of law* é expressão do Common Law, que inclui o direito judiciário inglês. Desenvolveu-se no século XII quando cortes reais passaram a consolidar o direito consuetudinário dando origem ao *law of de land*. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.11.

² Nesta época a França vivia sob a égide do movimento político que conduziu à revolução de 1789.

No final do século XVII, constitui-se a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais: as liberdades públicas³. A segunda geração ou dimensão surge após a 1ª Guerra Mundial: os direitos sociais. A terceira geração ou dimensão é a dos direitos de solidariedade. (FERREIRA FILHO, 2009). Ver-se-á logo adiante esta evolução.

No final do século XVIII, nasce o Estado contemporâneo com o objetivo claro de inibir os arbítrios dos governantes. Os direitos fundamentais, por sua vez, vêm constituir limitação e vinculação ao poder do Estado. É a fronteira entre o que o Estado pode ou não fazer.

Cumprido ressaltar que a doutrina dos direitos do Homem não nasceu somente no século XVIII, mas teve seu início no jusnaturalismo, desde a Antiguidade. Entretanto, somente faz sentido falar em direitos fundamentais quando da possibilidade de limitação jurídica do poder político, o que somente ocorreu por volta do século XVIII.

2.1.2 Evolução dos Direitos Fundamentais

Foi no século XVIII que a doutrina dos direitos do Homem tornou-se base para a reformulação das instituições políticas e se expandiu. Documentos internacionais e constituições, organizações nacionais e internacionais lhe deram ênfase e importância ímpar.

O Estado de Direito - registra-se que os direitos fundamentais precedem a este -, e o processo de desenvolvimento da sociedade impuseram uma preocupação maior com a proteção do indivíduo e do meio que o cerca, o que se concretizou em documentos que consagraram direitos comuns aos homens, chamados de direitos fundamentais.

Ressalta-se que a expressão “direitos fundamentais” possui sinônimos, dentre os quais destacam-se os termos liberdades públicas, direitos humanos e direitos subjetivos públicos. No entanto, considera-se que referida expressão é a mais precisa pela sua abrangência, pois o vocábulo direito serve para

³ A expressão serve para designar os direitos declarados em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e em outras declarações de espírito liberal, no entanto é pouco adequada num mundo que reconhece entre as prerrogativas direitos no plano econômico e social que vão bem mais longe do que meras liberdades. [...] Todavia, ainda modernamente ela é empregada como sinônimo de direitos fundamentais. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 11 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

indicar tanto a situação em que se almeja a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de carácter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana. (ARAUJO, 2001).

Atualmente, embora alguns textos constitucionais ainda empreguem a expressão direitos do Homem, a terminologia politicamente mais adequada é direitos humanos, direitos humanos fundamentais ou direitos fundamentais⁴. (FERREIRA FILHO, 2009)

Muito embora alguns doutrinadores tracem algumas diferenças entre direitos humanos e fundamentais, percebe-se que em muitas doutrinas são terminologias utilizadas como sinônimos. Alguns afirmam que existe um ponto em comum entre direitos humanos e direitos fundamentais no aspecto material, ou seja, ambos consagram os valores de liberdade e igualdade e visam promover e proteger a dignidade da pessoa humana e, divergem no seu aspecto formal, no que tange a sua posição dentro da ordem jurídica. Quando consagrados no direito interno, chamam-se de direitos fundamentais, quando nos tratados internacionais, no direito internacional, denominam-se de direitos humanos. O que determinará se um direito é fundamental ou humano é a localização desse direito, se na ordem interna ou internacional. (OLIVEIRA, 2008)

Para Coelho, os direitos humanos são inerentes à própria natureza humana e por isso são invioláveis, intemporais e universais. Enquanto direitos fundamentais são os direitos prescritos e vigentes numa ordem jurídica concreta. Para o autor a diferença é se estão ou não estão positivados tais direitos. (2008)

Comparato traz a doutrina germânica para traçar a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos:

⁴ No Brasil, a terminologia utilizada nas constituições foi alternada entre *direitos e garantias individuais, direitos e garantias fundamentais e direitos fundamentais do homem*. Na Constituição Federal de 1988 refere-se, no título II, a *direitos e garantias fundamentais*, cujo capítulo I enuncia *direitos individuais e coletivos* e o capítulo II, *direitos sociais*. Já no artigo 17 traz a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana* e no artigo 60, § 4º, IV, *direitos e garantias individuais*.

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos. (2010, p. 70-71)

Apesar de existir uma discussão doutrinária a respeito da distinção conceitual entre os direitos humanos e fundamentais, traçada em breves linhas, deve-se salientar que no Brasil cabe ao Estado Democrático de Direito defender tanto os direitos fundamentais, positivados no texto constitucional, quanto os direitos humanos positivados nos tratados internacionais em que o Brasil tenha sido parte. Portanto, ambos os conceitos são acolhidos pelo ordenamento jurídico pátrio. (GOMES, 2008)

Os direitos fundamentais possuem, de acordo com José Afonso da Silva, 5 (cinco) características: a) historicidade: porque são direitos que surgem em momentos distintos e se modificam com o passar do tempo, consagrados conforme a demanda da sociedade conquistados pela sociedade e não dados pelo Estado que surgiram no decorrer da história; b) inalienabilidade: por não terem um conteúdo patrimonial, os direitos fundamentais são inegociáveis, intransferíveis e indisponíveis; c) imprescritibilidade: os direitos fundamentais não prescrevem por não serem exercidos, porque não têm um conteúdo patrimonial; d) universalidade: a vinculação desses direitos, a liberdade e a dignidade conduzem a sua universalidade. Isso ocorre porque esses direitos protegem um atributo que todos têm - a dignidade da pessoa humana. Ou seja, existe um núcleo mínimo de direitos fundamentais que devem estar presentes em qualquer sociedade; e) irrenunciabilidade: não se deve admitir uma renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental. Isso não se confunde com a limitação voluntária de um direito. Na irrenunciabilidade, a pessoa não pode abrir mão definitivamente de um núcleo substancial do direito fundamental. A limitação voluntária é possível, pois o titular de um direito fundamental pode limitá-lo. (2002)

Pode-se verificar que a evolução dos direitos fundamentais possui uma classificação gradativa, denominada de geração ou dimensão, em que os

direitos fundamentais foram aos poucos sendo reconhecidos constitucionalmente, dividindo-se em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão. Atualmente já conjecturam-se direitos de quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento, mas que neste trabalho não será abordado em razão da necessidade de delimitar a abordagem.

O critério de classificação dos direitos fundamentais adotado neste trabalho, pela historicidade dos direitos fundamentais, será de gerações ou dimensões⁵ em razão de apresentarem o desenvolvimento histórico das conquistas sociais.

Os direitos de primeira geração surgiram no Estado Liberal e foram concebidos com feição individualista e de defesa dos indivíduos perante o Estado, que embora guardião das liberdades, deveria manter-se distante, não intervindo no relacionamento social. Consagrados no artigo 5º da CF/88, são os direitos e garantias individuais, também chamados de liberdades públicas negativas ou direitos negativos, que exigem a abstenção do Estado, gravitam em torno de liberdade, propriedade e segurança, podendo classificarem-se como direitos civis, individuais ou políticos, resguardando o direito à vida, à intimidade e à inviolabilidade de domicílio. (COELHO, 2008)

Em uma segunda etapa da evolução dos direitos fundamentais e na implantação do Estado Social são reconhecidos os direitos de segunda geração ou dimensão, os quais têm por essência a preocupação com as necessidades mínimas do ser humano para o exercício de uma vida digna. Dessa forma, busca-se a intervenção estatal para alcançar o bem-estar da sociedade. Surgem, então, os direitos sociais, que exigem a participação e atuação ativa do Estado na redução dos problemas sociais, denominando-se de liberdades públicas positivas ou direitos positivos. Acentuando o princípio da igualdade, consideram-se incluídos nesta etapa os direitos sociais, econômicos e culturais, traduzidos como os direitos previdenciários, trabalhistas, à saúde, à educação, entre outros. (NETTO, 2010)

Com o desenvolvimento da humanidade, configura-se a necessidade de uma maior atuação do Estado na preservação de interesses coletivos a fim de

⁵ O autor dessa distinção em dimensões ou gerações de direitos foi Karel Vazak em 1979, mas foi Norberto Bobbio quem deu publicidade a essa distinção (A Era dos Direitos). No Brasil, o principal autor que trata desse assunto é Paulo Bonavides. Quando se fala em geração dá a entender que uma substitui a outra, entretanto, elas coexistem, por isso muitos dizem que são dimensões e não geração. NOVELINO, Marcelo. Aula 1 – Direito Constitucional. LFG, de 02/08/2010.

propiciar uma vida digna a todo ser humano e à sociedade. Surgiram, então, os chamados direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, que abrangem os direitos de solidariedade e fraternidade. Tal etapa encontra-se voltada para toda coletividade, pensando o ser humano não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. O direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, desenvolvimento sustentável, direitos do consumidor, patrimônio comum da humanidade, proteção à infância e juventude, progresso e autodeterminação dos povos são alguns dos direitos juridicamente tutelados neste novo rol de direitos fundamentais. São direitos cuja titularidade é de todo cidadão, ou seja, da coletividade. (COELHO, 2008)

Diante desta evolução, constata-se que os direitos fundamentais foram progressivamente ampliados e atrelados a valores de liberdade, igualdade e cidadania. Percebeu-se que não basta apenas a proteção de liberdades individuais e das necessidades indispensáveis do homem, é mister observar a preservação de direitos da coletividade.

Os direitos fundamentais são de singular importância para o Estado de Direito e se posiciona como valor fundante do ordenamento jurídico, informando e justificando o Estado Constitucional, conforme descreve Netto:

O Estado Constitucional, vertebrado pelos princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade, pode ser designado Estado de Direitos Fundamentais, considerando-se a centralidade assumida pelos direitos fundamentais como fim e medida de estruturação, organização e atuação do Estado e do seu relacionamento com a sociedade e com os indivíduos. (2010, p. 34)

Seguindo os ensinamentos de Ferrajolli, a progressiva conquista de direitos dos mais fracos está consagrada na inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. (2001)

2.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Direito pressupõe a existência de uma Constituição que reconheça os direitos fundamentais e outros direitos.

O constitucionalismo é uma limitação ao poder do Estado que tem na sua essência três ideias básicas, quais sejam: a) a garantia de direitos, no

sentido de proteger os direitos dos indivíduos; b) a existência de um governo limitado; e c) a separação dos poderes com atribuições distintas e específicas para cada um deles.

O Estado Democrático de Direito⁶ é decorrente da evolução do constitucionalismo, em um primeiro momento, quando o Estado de Direito estava ligado ao império da lei e hoje, diante deste novo paradigma de Estado, pressupõe-se a força normativa da Constituição, ou seja, substituiu-se a força da lei pela força da Constituição.

1.2.1 Evolução do Estado Democrático de Direito

O constitucionalismo ocidental surge no século XVII, com a Revolução Inglesa, quando nasce a ideia de um governo respaldado em leis. Surgem, então, os princípios da legalidade e da separação dos poderes, bem como a proteção às garantias e direitos fundamentais.

As revoluções Francesa (1.789) e Estadunidense (1.776) também influenciaram o desenvolvimento do constitucionalismo. A Estadunidense, embora tenha ocorrido antes da Francesa, repercutiu depois.

A Francesa, com ideais liberais calcados na liberdade, igualdade e fraternidade, tem na legalidade e na separação dos poderes seu ponto de partida e acrescenta a universalidade dos direitos e garantias fundamentais. A pessoa humana passa a ser sujeito de direitos e garantias. Nasce, portanto, a concepção de uma Constituição no sentido material, ou seja, aquela que estrutura o Estado e assegura direitos e garantias fundamentais. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

A revolução Estadunidense, por sua vez, manteve a legalidade, a universalidade dos direitos e garantias fundamentais e a separação dos poderes, mas aprimorou o sistema com a criação dos Estados-membros e a federação, ou

⁶ As características principais do Estado Democrático de Direito são: a) o ordenamento jurídico introduz mecanismos de participação do povo no governo do Estado. Ex: plebiscito, referendo, iniciativa popular, ação popular para proteger a moralidade administrativa; b) preocupação não apenas com o aspecto formal (como na Revolução Francesa), mas também com o caráter substancial dos direitos fundamentais. A ideia é trazer esses direitos para fazer com que eles sejam efetivos na sociedade, cumprindo a sua função social; c) a limitação do Poder Legislativo deixa de ser meramente formal e passa a ter, também, um aspecto material; d) jurisdição constitucional voltada a assegurar a supremacia da Constituição e a proteção efetiva dos direitos fundamentais. NOVELINO, Marcelo. Aula de Direito Constitucional de 10 de agosto de 2010. Curso Intensivo I do LFG Londrina-PR.

seja, desconcentraram o poder e descentralizaram as funções. Romperam com a monarquia e criaram a noção de República, com um governo com mandato temporário e com uma bem definida separação das funções de cada poder. A separação dos poderes tem fundamento na especialização funcional e a independência orgânica, onde cada órgão tem sua função governamental e há a possibilidade de intervenção de um poder na esfera de atuação do outro exclusivamente para manutenção do sistema – sistema de freios e contrapesos. (AMARAL JÚNIOR , 2010)

Consolida-se, assim, o constitucionalismo moderno que rompe com o Estado de Política, no qual prevalecia o governo, e inaugura-se o Estado de Direito, em que o direito passa a nortear a política, um modelo de Estado obediente ao princípio da legalidade e limitado por ele.

Diante desta trajetória histórica do constitucionalismo, é possível afirmar que o Estado de Direito está baseado numa Constituição que protege os direitos e garantias fundamentais e a separação dos poderes, além de reger-se pelo princípio da legalidade.

1.2.1.1 Breve evolução constitucional brasileira e os direitos fundamentais

Conforme Bonavides, três fases históricas compõe a evolução constitucional brasileira: a primeira fase o constitucionalismo do império – inspirado no modelo francês e inglês do século XIX; a segunda, o constitucionalismo da Primeira República – atrelado ao modelo norte-americano - e a terceira, o constitucionalismo do Estado Social – com traços do constitucionalismo alemão. (MATIAS, 2009)

1.2.1.2 Constitucionalismo do Império

No período compreendido entre 1.822 e 1.889, foi outorgada a Constituição de 1.824, a mais duradoura da história brasileira, com influência da doutrina liberal, elevava os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Muito distante da realidade do Brasil daquela época, que tinha suas relações sociais, políticas e econômicas sustentadas pela desigualdade. A condição de cidadão só era concedida a homens ricos e livres. Não podiam votar, por exemplo, mulheres,

escravos e homens pobres.

A organização dos poderes era tetradimensional, existindo os Poderes Executivo, Legislativo, Judicial e Moderador. O Imperador detinha os Poderes Executivo e Moderador e o Judicial era totalmente vinculado a eles.

1.2.1.3 Constitucionalismo da primeira república

A Constituição norte-americana passou a influenciar o país. No período de 1.891 a 1.930 o Brasil adotou o presidencialismo e o federalismo americano.

A Constituição de 1.891 manteve o modelo econômico liberal de não-intervenção do Estado nas relações econômicas. Instaurou o sistema republicano, o presidencialismo, a forma federativa de Estado e instituiu as Justiças Federal e Estadual, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Militar.

Adotou a tripartição dos poderes, na concepção de Montesquieu, formada pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na sua vigência deu-se o fim da Primeira Guerra Mundial e surgiu o primeiro Estado comunista – a Rússia, fato que levou as constituições européias a tratarem mais das questões sociais. No Brasil, a legislação trabalhista foi enriquecida, mas as mudanças sociais foram incipientes.

A quebra da bolsa de Nova York, em 1.929, repercutiu em todo o mundo. Em 1.930, é o fim da Primeira República e o Brasil passa a viver sob quatro anos de ditadura – Decreto 19.398/30 de 11 de novembro de 1.930.

1.2.1.4 Constitucionalismo do Estado social – constituições brasileiras de 1.934 a 1.988

A Constituição de 1.934, inspirada nas Constituições do México(1.917) e Alemanha(1.919) é considerada um marco no constitucionalismo brasileiro, trouxe inovações sociais e trabalhistas e instaurou o Estado Social no Brasil. O Estado passou a desempenhar um novo papel, voltado à proteção do cidadão, mais intervencionista na economia e mais receptivo às demandas sociais.

Trazia em seus textos temas como a função social da propriedade,

ordem econômica, salário mínimo, férias remuneradas, entre outros e instituiu a Justiça do Trabalho. Ressaltou o papel do Poder Legislativo e criou as Justiças Eleitoral e Militar.

Em 1.937, sob o regime autoritário, tem-se o chamado Estado Novo, que outorgou a Constituição de 1.937. O país sofre um golpe de estado e passa a ser governado através de decretos-leis, eliminando, de certa forma, a tripartição dos poderes. Reduziram-se, substancialmente, os direitos e as garantias individuais.

A Constituição de 1.946 põe fim à ditadura no Brasil. Instaure-se a redemocratização e com o fim da Segunda Guerra Mundial, floresce o clamor pela democracia. A atenção aos direitos sociais ressurgiu, amplia-se o rol de direitos e das garantias individuais e assegura-se proteção ao trabalhador, à ordem econômica, à família e à educação. A intervenção do Estado no domínio econômico, quando justificada pelo interesse público, deveria respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Após 20 anos, surge a Constituição de 1.967, fruto da Revolução Militar de 64, voltada ao desenvolvimento e segurança nacional. Sua preocupação era a proteção à indústria e ao comércio em detrimento, inclusive, do homem. Os direitos individuais foram restringidos. O Poder Executivo obteve hegemonia absoluta em relação ao Judiciário e ao Legislativo.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1.969, para muitos, foi a outorga de uma nova Constituição por ter alterado substancialmente o texto da Carta de 1.967. Entretanto, manteve a mesma linha econômica e o poder concentrado no Executivo.

E, finalmente, estamos diante da CF/88, a Constituição Cidadã, que rompe com o período político anterior e busca atenuar as injustiças sociais. Opta pelo modelo de produção capitalista, no qual o Estado desempenha papel de agente normativo e regulador da atividade econômica. O novo texto constitucional dá ênfase e garante os direitos sociais.

A organização dos poderes volta às bases de Montesquieu. Traz os três poderes independentes e harmônicos entre si. Para garantir que um poder não interfira na competência do outro emprega o sistema de freios e contrapesos⁷.

⁷ Sistema de freios e contrapesos - *checks and balances*. Este sistema faz com que um poder controle o outro e cada um dependa dos outros dois, impedindo, desta forma, a prevalência de um poder sobre o outro.

Consagra-se o Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Passados mais de 20 anos, a CF/88 já sofreu muitas alterações e ainda tem inúmeras dificuldades para concretizar os direitos sociais fundamentais, fato que contribui, sobremaneira, para desestabilização da Constituição vigente e que insurge a necessidade de reorganização dos poderes do Estado e o fortalecimento da função jurisdicional para proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. (SAMPAIO, 2002)

1.2.2 Aspectos Gerais do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito

No Estado Liberal – meados do século XVIII até fins do século XIX –, o Estado era o guardião das liberdades individuais e o homem era o centro da sociedade. A Constituição limitava o poder dos governantes e era instrumento que conduzia a relação entre o Estado e o indivíduo. Já nas relações privadas, o Código Civil era o instrumento disciplinador. O Estado não interferia na economia e o mercado se auto-regulava, conforme descreve Jucá:

O Estado ausentava-se da economia e tinha o papel de cuidar da defesa exterior, da segurança interna, bem como das propriedades dos seus cidadãos. Ao Estado não era admitida a emissão de leis para regular a atividade econômica. (2009, p. 139)

O poder se concentrava nas leis, tendo a legalidade como característica marcante do liberalismo. No entanto, este modelo de não-intervenção do Estado mostrou-se ineficiente, uma vez que a não interferência acabou desvirtuando o princípio da livre iniciativa. Grupos fortes surgiram e dominaram o mercado e o Estado. Neste quadro de desigualdade, passou a adotar uma postura intervencionista em prol dos grupos de menor potencial econômico.

Surge então a Constituição do México (1.917) e de Weimar (1.919), como resposta às exigências da coletividade, dando destaque aos direitos sociais. Na virada do século XIX, nasce o Estado Social com uma postura intervencionista, voltado para o bem-estar do cidadão. Com ele surgem os direitos de segunda

geração (ou dimensão) entre os quais: direito à saúde, à previdência, à educação. No entendimento de Bonavides, o Estado pode ser denominado de Estado Social quando:

[...] confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a cada própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito [...] em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual. (2004, p. 186)

A partir dos anos 70 o Estado Social entrou em crise, assumiu muitas atribuições e os recursos financeiros disponíveis tornaram-se escassos para fazer frente às demandas da coletividade. Além deste aspecto, o crescimento excessivo de órgãos estatais e a falta de investimento em novas tecnologias também contribuíram para a crise que se instaurou.

A crise do Estado Social desencadeia, assim, o surgimento do Estado Democrático de Direito que, neste contexto, adota a teoria do Estado mínimo, ou seja, o Estado deve garantir o mínimo necessário à dignidade da pessoa humana.

1.2.3 O Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais

Estamos diante da construção de um novo paradigma de Estado, o Estado Democrático de Direito, que tem a Constituição como referência de critérios de justiça e elemento norteador de suas ações, como fundamento maior a defesa da dignidade humana. A democracia legitima os atos do Estado. Enquanto o Estado de Direito era caracterizado pela legalidade, no Democrático prevalece a legitimidade. Jucá preleciona:

Pode-se dizer, portanto, que o Estado democrático de Direito é aquele que visa à realização do bem estar-social sob o amparo de uma lei justa e que assegure a participação dos cidadãos no processo político de tomadas de decisões. (2009, p. 145)

Diante das constituições democráticas, o que se vê é a busca da realização e concretização de valores fundamentais - ao indivíduo e à coletividade - expressos não somente nas regras, mas também nos princípios. Os princípios diante de uma nova concepção foram elevados à categoria de norma jurídica⁸, como veremos adiante, passam a ter normatividade e são reconhecidos como pilar de sustentação do ordenamento jurídico contemporâneo.

A Constituição brasileira admite a existência de direitos fundamentais implícitos, que nada mais são que direitos derivados de uma projeção do princípio da dignidade humana. Esta previsão oferece terreno fértil para controvérsias em relação à fundamentalidade desses direitos, uma vez que prevalece a idéia de que fundamentais são aqueles direitos contidos no texto constitucional.

No entanto, de acordo com os ensinamentos de Alexy, existe uma forma de identificar se o direito é um direito fundamental. Para o autor, um direito fundamental deve manifestar, no mínimo, cinco traços, quais sejam: 1) ser vinculado diretamente à dignidade humana; 2) concernir com todos os seres humanos; 3) ter valor moral. 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um. (apud FERREIRA FILHO, 2009)

Os direitos que manifestarem essas peculiaridades seriam direitos fundamentais materiais, estando ou não positivados no texto constitucional. Os demais serão direitos fundamentais formais. Esta distinção é acolhida pela melhor doutrina de acordo com os ensinamentos de Ferreira Filho. Na Constituição Federal de 1.988, há direitos fundamentais materiais e formais, como exemplo no artigo 5º, respectivamente, direito à vida (caput) e direito a certidões (inciso XXXIV, b).

Grande parte da doutrina constitucionalista brasileira tem se pautado pela concepção de que os direitos fundamentais se apresentam muito mais como direitos subjetivos no sentido negativo, possibilitando ao indivíduo que exija do Estado que ele se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental. No entanto, esta posição do Estado-juiz, ausente no âmbito da garantia e na efetividade dos direitos fundamentais, não pode ser contemplada na sua integralidade, pois despreza as funções que estão atreladas à

⁸ Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social. BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2009, p. 189.

condição de Estado Democrático de Direito e que traz consigo os direitos subjetivos positivos – fundamentais. Não satisfaz a ação estatal de defesa desses direitos, eles necessitam ser efetivados. (GOMES, 2008)

A ideia dos direitos fundamentais, enquanto meros direitos de defesa, mostra-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que advém do próprio texto constitucional. Na ordem mundial contemporânea, principalmente em países como o Brasil, que possui uma conformação política e econômica de exclusão social, não se deve cuidar tão-somente de se garantir liberdade e igualdade ao cidadão em relação ao Estado, mas, principalmente, possibilitar ao cidadão exercitar essa liberdade e igualdade por meio do Estado. Para tal fim, exigem-se políticas públicas adequadas de criação de emprego, de educação, de moradia, de assistência, de saúde, que estão intimamente vinculadas a riscos econômicos, políticos e jurídicos.

Diante desta concepção, a moderna teoria dos direitos fundamentais analisa as condições e possibilidades de o Estado estar obrigado a criar pressupostos fáticos e mecanismos seguros que impeçam o retrocesso social, necessários ao exercício efetivo dos direitos assegurados, bem como ao cumprimento dos princípios constitucionais.

Dentre esses princípios, pode-se invocar como fundamento e a própria finalidade do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental reconhecido e elevado a princípio constitucional vez que positivado no texto da Constituição, tema que se voltará a abordar mais adiante. (GOMES, 2008)

Percebe-se no cenário do direito atual uma incansável luta e ao mesmo tempo união de esforços em defesa da dignidade humana. Para a compreensão e a concretização deste princípio torna-se indispensável a construção de outros elementos que lhe são conexos, como ensina Gomes: “É para salvaguardá-la que se insiste na construção da Democracia, do Estado Democrático de Direito e no respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais.” (2008. p. 225)

Mister reforçar que o quesito indispensável para que se pense a democracia e a ideia de cidadãos e Estado Democrático de Direito é a busca de condições e possibilidades de implementação e efetivação dos denominados direitos fundamentais na ordem jurídica nacional – e internacional. Devem-se garantir as prerrogativas mínimas à coletividade social, a partir das conquistas constitucionais e

políticas da Carta de 1.988.

1.2.4 A Democracia e o Estado Democrático de Direito

A democracia é valor fundamental no convívio do homem em sociedade, é a busca incessante da supressão das desigualdades materiais baseada em princípios de justiça que libertam o ser humano e possibilitam o equilíbrio entre os poderes constituídos e o indivíduo em busca do bem da coletividade segundo fins pré-estabelecidos na Constituição. Esta democracia salvaguarda não só os direitos políticos e civis, com também os direitos econômicos, ambientais, sociais e culturais. (GOMES, 2008)

A exemplo dos modelos de Estado, a democracia pode ser refletida em três momentos distintos: a) Antidemocracia é oposta à compreensão do que seja democrático, que surge sempre camuflada de democracia; b) Democracia liberal que oportuniza a eleição dos representantes do povo, mas nem todos participam, típica do Estado Liberal e, c) Democracia participativa que é modelo e compromisso assumido pelo Estado Democrático de Direito, um modelo de inclusão e participação de todos os cidadãos, que defende a dignidade humana e os direitos fundamentais.

A concepção de antidemocracia fica mais clara quando parte-se da compreensão da ausência ou o contrário de democracia. Tomando-se como exemplo, é muito mais fácil compreender o que é belo tendo-se a referência do feio. Compreender o que é justo, tendo-se a referência do injusto⁹. Antidemocracia, conforme os ensinamentos de Gomes, é “um conjunto de atos que configuram atitudes imprudentes, insensatas e absolutamente contrárias aos princípios democráticos”. (2008, p. 233)

Ainda diante dos ensinamentos do autor já referido:

⁹ Tomando-se, por exemplo, as questões referentes à justiça, percebe-se que a ausência desta na realidade concreta das relações intersubjetivas provoca imediatos e intensos clamores “por justiça”. Assim, em face de um homicídio ou de qualquer outro delito que seja capaz de causar indignação no meio social, a primeira atitude não só dos familiares e amigos da vítima, mas também do senso comum, em geral, consiste em expressar o desejo de que seja feita justiça mediante a punição do autor do crime. GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 232.

Impossível chegar-se ao entendimento e aos consensos, ainda que mínimos, inerentes à forma democrática de convívio, mediante a imposição violenta de uma vontade heterônoma sobre a de outrem, seja este uma pessoa, um grupo, uma nação ou um inteiro país. Compreender isso significa dar o primeiro e fundamental passo em direção à democracia. [...] A irracional imposição à força de qualquer diretriz não tem consistência para perdurar. Isso porque menospreza as potencialidades e características específicas daquele a quem pretende transformar mediante o uso da força ao invés do diálogo. [...] Sem isso, faltarão as condições básicas de possibilidade para a paz e a justiça. E, sem estas, não há democracia. Portanto, pensar na antidemocracia é uma forma de se valorizar a democracia. (GOMES, 2008, p. 235-236)

Já a democracia liberal é indireta, compreendida apenas no âmbito político, tratando-se de uma democracia representativa na qual os eleitores e candidatos sofriam restrições, principalmente de ordem econômica, caracterizada pela baixa participação da população. Nesta democracia, típica do Estado Liberal, eram garantidos os direitos políticos e civis daqueles que detinham patrimônio, que se utilizavam da mão-de-obra escrava para alcançar suas riquezas. O poder era exercido, não pelo povo, mas pelos representantes eleitos por uma pequena parcela da população, visto que uma grande parte desta era excluída da condição de cidadão e não tinha o direito ao voto, como os escravos e mendigos. (GOMES, 2008,)

Percebe-se que a democracia liberal era uma prática de exclusão e que não possibilitava a participação dos cidadãos na vida política do país.

A expressão democracia participativa configura um novo modelo de democracia inaugurando também um novo modelo de Estado, no qual reconhece-se a dignidade da pessoa humana e possibilita-se o exercício pleno da cidadania. Conforme ensina Gomes: “a democracia é incompatível com a imposição e com a dominação. Só pode ser construída por meio do diálogo¹⁰”. (2008, p. 240)

O vocábulo democracia tem origem grega e significa governo do povo. A CF/88 estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É uma Constituição democrática elaborada pelos

¹⁰ “Só aquele que não ouve ou ouve mal, que permanentemente se escuta a si mesmo, aquele cujo ouvido está, por assim dizer, cheio de alento, que constantemente se infunde a si mesmo ao seguir seus impulsos e interesses, não é capaz de ouvir o outro”. GADAMER apud GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 240.

representantes do povo, que é o titular do poder. Na democracia participativa, exige-se um povo consciente de sua cidadania e de sua participação na condução política do país.

O Estado Democrático de Direito não se deve limitar tão somente a um Estado de Direito, mas também de democracia. Tem a democracia como fundamento, função e escopo. Não há democracia sem a concretização dos direitos fundamentais sociais. O cerne do ativismo judicial reside neste ponto. (CANOTILHO, 2002)

A relação entre Estado e indivíduo está alicerçada nos direitos fundamentais. A necessidade de preservação dos direitos fundamentais legitima o poder do Estado, pois é assim que se concretiza o Estado Democrático de Direito.

1.2.5 O Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo

A partir da segunda metade do Século XX, após a Segunda Guerra Mundial, foi possível observar a superação da fase positivista em um movimento de valorização da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, o que reaproximou o Direito dos valores éticos-morais.

Ocorreu uma rápida ascensão do Estado Social, possibilitando a concretização do Estado Democrático de Direito e o declínio do Estado Liberal e da teoria jusprivatista, que teve seu ápice no século XIX.

Desta forma, as atrocidades da Segunda Guerra Mundial contribuíram sobremaneira para renovação das cartas constitucionais, iniciando-se uma fase juspublicística. Nascia assim, o neoconstitucionalismo a partir de uma compreensão jurídico-filosófica. (BONAVIDES, 2008)

Podem-se citar dois marcos históricos que foram relevantes para evolução do neoconstitucionalismo, um relacionado ao direito constitucional na Europa e outro com o direito Constitucional do Brasil.

Conforme já explicitado, o marco europeu liga-se ao pós guerra, já no Brasil¹¹ o marco se deu com a discussão, elaboração e promulgação da CF/88. (BARROSO, 2008)

¹¹ Alguns doutrinadores, entre eles Humberto Ávila, sustentam que o neoconstitucionalismo não se aplica à realidade brasileira.

Todavia, não foram apenas os acontecimentos históricos responsáveis pelo desenvolvimento do neoconstitucionalismo, Barroso identifica três outros marcos:

[...] o neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (2008, p. 113).

No que tange ao aspecto histórico, ocorreu a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, devendo o direito ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, não bastando para validade da lei mero rigorismo do processo legislativo, estreitando assim os vínculos entre direito e política. A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica. (CAMBI, 2007)

Como consequência filosófica do neoconstitucionalismo, apresenta-se o neopositivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação em lacunas e meramente uma função secundária, passam a ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos. Tais mudanças levaram o aplicador do direito a buscar uma nova hermenêutica que tem como escopo a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo Hesse, a Constituição diferenciada com normas abertas e princípios, exige uma nova hermenêutica para que a força normativa converta-se em uma força ativa com as tarefas efetivamente realizadas. (1991)

Assevera Canotilho que o intérprete deverá sempre dar maior valor para as soluções hermenêuticas que garantam a eficácia permanente da norma constitucional ao longo da evolução histórica. (2003)

Quanto ao aspecto teórico destacam-se três vertentes, sendo que a primeira delas corresponde ao desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, conforme acima comentado. Outra, diz respeito ao

reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, o reconhecimento que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. (CAMBI, 2007)

Neste sentido afirma Hesse:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. (1991, p. 19)

O autor ainda destaca alguns requisitos que julga necessário para a efetiva força normativa da Constituição, como o fato dela levar em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo. (1991)

Tal vinculação positiva de todas as normas constitucionais apresenta como consequência a terceira vertente, qual seja, a expansão da jurisdição constitucional.

No Brasil, o exercício da jurisdição é feito através do Poder Judiciário e é assegurado pela CF. Assim, para a resolução de litígios que envolvam matérias constitucionais, bem como para garantir o cumprimento dos preceitos emanados das Constituições, tem-se a jurisdição constitucional.

Segundo Sampaio a jurisdição é uma das formas de demonstração da soberania do Estado. (2002)

Todas as transformações ocorridas na segunda metade do século XX, dentre elas a transformação da Constituição, conforme já mencionado, acarretaram a expansão da jurisdição constitucional, ou seja, houve a necessidade de reorganização dos poderes do Estado e o fortalecimento da função jurisdicional para proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. (SAMPAIO, 2002)

A nova realidade jurisdicional, como resposta a demandas trazidas pela evolução histórica, abarca o controle da constitucionalidade das leis, dos atos administrativos, e das liberdades individuais bem como a defesa e a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. (COMPARATO, 2010)

Desta forma, a jurisdição constitucional vem sofrendo críticas com relação a sua legitimidade em virtude da politização do Judiciário e da judicialização

da política, tema que será abordado posteriormente.

No Estado de Direito, em um sistema que tem por base a lei, o Judiciário deve cumprir a lei. Toda vez que um juiz é chamado a tomar uma decisão política, deve ter por base critérios jurídicos, ou seja, sai do campo do direito e ingressa no campo da política. Este ativismo, muitas vezes com decisões equivocadas, possui raízes profundas como o desprestígio da lei, a ineficiência do Executivo, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais, ineficiência na gestão dos recursos públicos. Cabe ao juiz decidir juridicamente problemas de política pública, faz-se do juiz um verdadeiro legislador. Importante ressaltar que a atuação do Judiciário busca contrabalançar e corrigir decisões políticas quando desprendidas de interesse público. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

Com as conquistas democráticas, o Legislativo passou a desempenhar um papel de protagonista e do Judiciário esperava-se uma atuação discreta, na qual o juiz estaria vinculado a uma interpretação literal e técnica da norma jurídica. Ocorre que o Legislativo mostrou-se incapaz de uma produção legislativa à altura dos postulados de igualdade e justiça. Passou-se ao Executivo a competência para responder aos novos reclamos. Esperavam-se políticas públicas – medidas eficazes – para efetivação dos direitos na área de saúde, educação e previdência.

No Estado Democrático de Direito, desloca-se esse protagonismo. O Poder Judiciário passa a desempenhar um importante papel. Guarnecido pela possibilidade do reexame de decisões de cunho político, dá origem ao fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. A política geradora da lei é passível de julgamento pela própria lei a que deu origem, ou seja, da política vieram as leis que passaram a julgar a própria política. Percebe-se que esta realidade demonstra e traduz uma maturidade político-institucional deste novo modelo de Estado. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

Vale trazer os ensinamentos de Rocha que discorre sobre esta realidade:

É ao passo dessas novas demandas direcionadas ao Poder Judiciário que ele não pode mais eximir-se de prospectar as consequências políticas das decisões que profere, pois já não se trata mais de subsunção ao regime legal posto, mas a ação concreta do mandamento judicial na concretização de fins sociais por meio de demandas de equidade social e obrigatoriedade estatal na prestação de serviços públicos. [...] Este novo perfil do Poder Judiciário vem a reboque da releitura do próprio Estado de Direito quanto à consagração dos direitos individuais e à realização prática dos mesmos em nível coletivo. [...] a relação que deriva do Estado Democrático de Direito entre o juiz e a lei impõe-se, com fundamento na estrutura jurídica constitucional, como uma ação efetivamente muito maior que no Estado Liberal para a consecução dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Constitucional. Nessa senda, a relação Estado de Direito, Democracia e Separação dos Poderes delinea que a aplicação da lei pelos magistrados não pode mais ser tomada ao largo de sua consequência social. (2009, p. 11)

As instituições, no Estado Liberal, tinham uma atuação meramente formal, mesmo quando defendiam interesses coletivos, a preocupação maior era tutelar a liberdade individual frente ao Estado. Nas democracias modernas, o quadro é outro, eleva-se a segregação e as desigualdades sociais; as instituições políticas se mostram impotentes para resolução dos conflitos coletivos e o Poder Judiciário assume outras responsabilidades e um importante papel na efetivação dos direitos dos cidadãos e da sociedade, tópico que será retomado no Capítulo 4 do presente trabalho.

Para Cambi, “o neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais”. (2009, p, 27)

Em síntese, o neoconstitucionalismo brasileiro tem como características a normatividade da Constituição, quando a Carta deixa de ser meramente um documento político para tornar-se um documento jurídico; a supremacia da Constituição e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; a dirigência, ou seja, a Constituição traça programas e ações que devem ser adotados pelo Estado; uma maior abertura para a interpretação e aplicação do direito; e, por fim, o fortalecimento do Judiciário que é o responsável para assegurar a efetividade do texto constitucional.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

A CF/88 é rígida, prevê procedimentos formais próprios de reforma, fato que limita o poder reformador e o legislador infraconstitucional, responsável pela conformação da Constituição à realidade social. Em contrapartida, as limitações dão estabilidade à ordem constitucional e segurança jurídica às relações. (MATIAS, 2009)

As limitações - explícitas ou implícitas – ao poder reformador, as cláusulas pétreas, sob a égide do princípio da proibição do retrocesso social, são elementos garantidores da escolha política fundante da nova ordem constitucional. Os direitos sociais, previstos a partir do artigo 6º, Título II, da CF/88, refletem a ideologia do Estado Social enquanto modelo de organização política voltado para a dignidade da pessoa humana.

O texto constitucional reflete o sepultamento de mais de trinta anos de supressão de liberdades. É, nos dizeres de Marmelstein, “a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada”. (2009, p. 66)

O texto trouxe uma inovação e uma quebra com o passado, ao privilegiar os direitos fundamentais colocando-os nos artigos iniciais da Constituição, o que demonstra, claramente, uma opção em favor dos direitos fundamentais e a vontade do constituinte de fazer valer esses direitos.

Percebe-se, no cenário do direito atual, uma preocupação e ênfase à defesa da dignidade humana. Os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão, previstos no texto constitucional, nasceram de uma reivindicação social que exigia do Estado uma postura de promotor da justiça em busca da redução das desigualdades sociais, através de políticas públicas voltadas para as necessidades da coletividade. Nas palavras de Göttems “os direitos sociais consistem no novo marco que exige do Estado a atividade prestacional para a realização e implementação de condições dignas mínimas de sobrevivência do ser humano”. (2008, p. 32).

Os direitos fundamentais sociais são elementos identificadores do novo modelo de Estado – o Estado Democrático de Direito – que tem por objetivo precípuo a promoção da justiça social e que pretende oferecer para seus cidadãos uma existência digna e plena, proporcionando o mínimo necessário para que esta realidade se torne possível e fática, efetivando inúmeros direitos e garantias

fundamentais sociais entre eles o direito à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à previdência. Esses direitos, centrados no princípio da dignidade humana, compõe o núcleo essencial da CF/88. (MATIAS, 2009)

A CF/88 consolidou muitos avanços no plano dos direitos fundamentais sociais, entretanto, se tem enfrentado muita dificuldade para sua efetivação¹², pois exige-se a prestação por parte do Estado que esbarra, principalmente, na questão orçamentária, na escassez de recursos estatais. Países como o Brasil, no qual o Estado não consegue assegurar o mínimo essencial ao desenvolvimento das pessoas, apresenta problemas na efetivação dos direitos fundamentais¹³.

Os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e envolvem a busca permanente e observância do princípio da dignidade da pessoa humana, vinculando o poder público. Teoricamente, a doutrina considera os direitos sociais, normas programáticas, ou seja, para sua efetivação, necessitam de edição de normas infraconstitucionais. A edição destas normas são dever do Legislativo que deve observar a vedação do retrocesso social e os mandamentos constitucionais.

Entretanto, com amparo no mínimo existencial, é possível considerar os direitos fundamentais sociais normas de eficácia plena. A teoria do mínimo existencial reconhece os direitos fundamentais sociais como normas de eficácia imediata e como sendo o mínimo indispensável para uma existência digna, dispensando, desta forma, a atuação do legislador para sua concretização. Portanto, seguindo este entendimento, têm eficácia imediata todos os direitos elencados no artigo 6º da CF/88, quais sejam: saúde, educação, previdência social, alimentação, moradia, trabalho, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. (SARLET, 2005)

Diante da necessidade dos direitos fundamentais sociais exigirem

¹² É importante distinguir efetividade de eficácia. Nesse sentido, Cambi ressalta que “a eficácia diz respeito à concretização do “programa condicional”, isto é, do vínculo “se-então”, abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal. Já a efetividade concerne a implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa ou a concretização do vínculo “meio-fim” que decorre, abstratamente, do texto legal.[...] a mesma lei pode ter eficácia sem efetividade.” CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

¹³ Sem contar, embora não seja tema específico deste trabalho, o risco de efetividade desses direitos diante da globalização, que diminuiu fronteiras e impôs uma competição feroz pela conquista de novos mercados. Tem-se a impressão de que com menos direitos sociais garantidos aos cidadãos, menor será o custo empresarial e maior o lucro nos investimentos. A globalização passa a ser uma ameaça a efetividade dos direitos sociais. (MARMELSTEIN, 2009, p. 56)

uma prestação positiva do Estado para sua efetividade e das demandas sociais que se apresentam, está o que se denomina de reserva do possível. A concretização desses direitos depende de recursos econômicos, mormente a escassez desses recursos não exclua a obrigação do Estado em garantir um mínimo social, decorrente do princípio supremo da dignidade da pessoa humana. (LEAL, 2009)

Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, Canotilho reconhece a garantia do rendimento mínimo:

[...] é preciso ter critérios firmes na garantia dos direitos fundamentais sociais, tais como: a) uma interpretação das normas legais conforme a Constituição social, econômica e cultural, por exemplo, em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme à realização efetiva desses direitos, a uma “efetividade ótima”; b) a inércia do Estado pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras desse tipo específico de direitos implicam a inconstitucionalidade de normas legais que não desenvolvam a realização do direito fundamental ou realizem diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida; c) e, por último, a proibição do retrocesso social (ou evolução reacionária), querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. (1999, p. 451)

Importa salientar, que a Constituição Cidadã é o esforço de inúmeras gerações de brasileiros que lutam contra o autoritarismo, as desigualdades e a exclusão social e merece reconhecimento pelas suas realizações. Trata-se de um marco histórico do novo direito constitucional no Brasil, levando-se em consideração que, em menos de uma geração, o direito constitucional passou a ser reconhecido como instrumento de verdadeira concretização do Estado Democrático de Direito. (BARROSO, 2009)

1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A inércia do Executivo e do Legislativo na efetivação dos direitos fundamentais torna inviável as transformações e o desenvolvimento da sociedade. A falta de comprometimento do Poder Público, com suporte no texto constitucional - artigo 5º, XXXV -, entrega nas mãos do Poder Judiciário a preservação e a

efetivação dos direitos constitucionais.

O ativismo judicial, como é denominado este processo de intervenção do Judiciário, provoca inúmeros questionamentos e consequências, entre os quais um dos mais preocupantes é o impacto que causa no orçamento público. O Poder Judiciário quando avoca a função de determinar políticas públicas, função do Poder Executivo, interfere, diretamente, no orçamento público. Isto acontece toda vez que o Judiciário é acionado para solucionar problemas concretos diante das necessidades dos indivíduos.

Consagrando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem na vida um direito inalienável, outras questões - sejam políticas, econômicas, sociais ou jurídicas - deveriam ser desprezadas quando se tratasse de direitos fundamentais sociais. Tendo-se, como exemplo, a reivindicação do cidadão ao direito à saúde, via de regra, se está diante de uma situação extrema que exige do Estado uma ação positiva no sentido de concretizar ao indivíduo-enfermo a devida assistência à saúde, sob o risco de impor-lhe uma pena de morte. Porém, o Estado, amparado na cláusula da reserva do possível, demonstra que existem limitações orçamentárias para o atendimento indiscriminado e a impossibilidade de efetivação daquele direito pleiteado. (AMARAL JUNIOR, 2010)

Em contrapartida, os direitos fundamentais sociais são mandamentos vinculativos que exigem do Estado a sua prestação, não cabendo análise de conveniência e oportunidade. As políticas públicas exigidas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais demandam recursos, mas não pode o Estado eximir-se de sua responsabilidade, constitucionalmente atribuída, com suporte na teoria da reserva do possível.

Esta teoria - da reserva do possível - surgiu na Alemanha, por volta dos anos 70, e consistia na efetividade dos direitos sociais - prestações materiais - que dependiam da capacidade financeira do Estado. Esta noção passou a traduzir “a ideia de direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado”. (SARLET, 2008, p. 29)

O que se verifica é que, como salienta Amaral, “a escassez, divisibilidade e homogeneidade nos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos” (2001, p. 135). Como conjugar orçamento e a distribuição igualitária para aqueles que necessitam da saúde? Percebe-se um impulso legislativo para concretizar o acesso universal à saúde de uma forma

gradual. Uma sociedade em desenvolvimento, como a brasileira, tem como característica a gradualidade na concretização dos direitos sociais. Até que se alcance a efetiva consolidação dos direitos sociais, especificamente o direito à saúde - objeto do presente trabalho - necessária será a intervenção do Judiciário para suprir as demandas dos hipossuficientes¹⁴ que se socorrem, subsidiariamente deste poder para fazer cumprir o que constitucionalmente é dever do Estado. (AMARAL JUNIOR, 2010)

Ressalta-se que o orçamento e a distribuição dos recursos devem-se pautar pela conveniência e oportunidade – discricionariedade – da Administração, de modo a atender a todos com a predominância do interesse público, porém esta discricionariedade não pode ser admitida na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Para dirimir qualquer dúvida em relação à postura do Estado diante das exigências de efetividade dos direitos fundamentais sociais, o STF já decidiu que o não-cumprimento das decisões judiciais por exaustão financeira/reserva do possível só é cabível com a combinação razoabilidade da pretensão individual e disponibilidade financeira do Estado.

Para o STF, a exaustão financeira envolve não só a falta de recursos para cumprimento das decisões judiciais, como também a justificativa que existem inúmeros programas que concorrem na busca de uma parcela dos recursos do orçamento: saúde, educação, erradicação da pobreza, moradia entre outros.

A vinculação orçamentária é imperativo constitucional, conforme se observa nos dispositivos constitucionais como nos artigos 167 e 169. Na área da saúde, foco do presente trabalho, o texto constitucional em seu artigo 198, § 2º, estabelece os recursos mínimos que devem ser aplicados na saúde. Os recursos são meticulosamente distribuídos no orçamento público, de acordo com a política adotada pela Administração e de forma discricionária.

¹⁴ O Sistema Único de Saúde (SUS) visa atendimento universal daqueles que não têm condições de custear atendimento de saúde na rede privada sem comprometer a subsistência própria e da sua família. Na realidade brasileira, embora vise atendimento universal, percebe-se que não há como o SUS atender toda e qualquer situação daqueles que se socorrem do sistema. Tratando-se de financiamento público, indispensável que os gastos não sejam maiores que os recursos, o que na prática prioriza o atendimento de pessoas carentes, os chamados hipossuficientes que, via de regra, acabam recorrendo ao Judiciário para terem acesso ao direito à saúde. LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (orgs.) Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109.

Sabe-se não se podem alocar todos os recursos públicos na saúde, ou na segurança pública, ou na educação. Para garantir o desenvolvimento nacional cada um desses programas tem sua função primordial. Entende-se e ratifica-se que descabe ao Judiciário realocar recursos, proferindo uma decisão de cunho político, exceto quando da omissão ou inércia estatal, na análise de casos concretos e no iminente risco de dano irreparável à vida, sob pena de provocar um colapso estatal. (AMARAL JUNIOR, 2010)

Manifesta seu entendimento sobre a temática Carvalho e explicita:

[...] não há direitos sem recursos; os recursos existentes servem para garantir, pelo menos nos limiares mínimos, os direitos previstos constitucionalmente; a utilização destes recursos devem seguir regras, sob pena de se solapar alguns direitos em detrimento de outros, estas regras devem ser seguidas para não levar o Estado à ruína financeira. (apud AMARAL JUNIOR, 2010, p. 39)

Neste mesmo sentido, assevera Sandoval Alves da Silva “o direito não pode promover a realização senão do que seja econômica e financeiramente possível”. (2007, p. 182)

Nos anos 70, na Alemanha, de acordo com Cambi, Peter Håberle e W. Martens já alertavam sobre o alto custo dos direitos sociais:

Peter Håberle formulou a ideia da “reserva das caixas financeiras” para explicar que os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que constituem prestações financiadas pelos cofres públicos; ii) W. Martens, por sua vez, escreveu que os direitos públicos subjetivos somente são passíveis de serem garantidos no âmbito do possível e do adequado. (2009, p. 381)

A efetivação dos direitos sociais geram um custo para o poder público e para toda a sociedade e o crescimento das demandas na esfera judiciária, bem como as decisões que obrigam o Estado a concretizar esses direitos tem levado a uma maior reflexão e discussão no sentido de como cumprir essas decisões, quais são os impactos no orçamento público, tornando indispensável um maior planejamento do governo, pois é nítido que há menos recursos do que o necessário para atender a todas as demandas.

A cláusula da reserva do possível não pode ser impeditiva da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, devendo existir uma ponderação entre os argumentos em prol da efetividade do direito e os argumentos da não-possibilidade de efetivação em razão do orçamento. A *reserva do possível* é uma limitação dos recursos do Estado para a implementação dos direitos, de acordo com Cambi:

[...] É um limite jurídico-fático dos direitos fundamentais, mas também uma garantia da máxima eficácia e efetividade destes direitos, para que se possa assegurar, na hipótese de colisão de direitos, recursos necessários à implementação do *mínimo existencial* ou para salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito. (2009, p. 382)

Os direitos fundamentais sociais são direitos que concedem ao ser humano condições mínimas para sua existência, são direitos voltados a diminuir as desigualdades materiais. O ideal é que houvesse disponibilidade financeira para custear todas as demandas sociais.

De outro lado, o Estado depara-se com o mínimo existencial que significa o Estado, observando as limitações orçamentárias, efetivar os direitos fundamentais na maior medida possível gerando o mínimo de condições para que o ser humano alcance a dignidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não determina o que compõe o mínimo existencial, cabendo aos intérpretes do direito o preenchimento desta lacuna. Segundo Cambi “o conceito de mínimo existencial deve ser buscado no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade”. (2009, p. 391)

Para Sarlet, o mínimo existencial está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, para ele “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (2008)

Como já visto, o ordenamento jurídico brasileiro não conceitua mínimo existencial, no entanto, muitos doutrinadores trazem diferentes direitos sociais que abarcaria a sua indispensabilidade. Ferrajoli denomina de mínimo vital

os direitos sociais à saúde, à educação, à subsistência e à previdência (apud CAMBI, 2009)

Para Barcellos, o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, que integram uma estrutura lógica:

[...] A educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (2008, p. 288)

Neste sentido, de acordo com os ensinamentos de Barcellos, a educação e a saúde são o primeiro passo para assegurar a dignidade da pessoa humana, a partir daí a pessoa tem condições de construir sua própria autonomia. A assistência aos desamparados é evitar a indignidade, ou seja, alimentação, vestuário e abrigo. Todos esses elementos podem ser prestados simultaneamente. O elemento instrumental é o acesso à Justiça, ou seja, para a eficácia dos demais elementos do mínimo existencial.

O direito fundamental ao mínimo existencial não depende de expressa previsão constitucional para ser reconhecido porque decorre da dignidade da pessoa humana. É o núcleo dos direitos fundamentais, porém a dignidade não pode ser pensada como valor absoluto, ou seja, trata-se de um valor relativo porque o conjunto de condições mínimas de subsistência, que devem ser asseguradas pelo Estado, variam de acordo com o momento histórico, as necessidades devem ser contextualizadas, vão depender de fatores como o tempo, lugar, condições sociais, econômicas. (BARCELLOS, 2008)

Com esta concepção de mínimo existencial tem-se que se o indivíduo tem direito à educação, saúde, assistência, acesso à Justiça e que o Estado tem o dever jurídico de oferecer tais serviços. Partindo dessa premissa, cumpre salientar que este direito não será só daqueles que recorrerem à Justiça, mas de todos aqueles que se encontram em situação análoga. Então, o que se espera do Poder Público são decisões políticas e orçamentárias que alberguem tais direitos.

Para Torres, que muito bem explora o tema, a proteção do mínimo

existencial está ligada à ética e se fundamenta na liberdade

nas condições para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos, nos princípios da igualdade mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. [...] o mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação. [...] Se nada há de excessivo no mínimo existencial, que desborde a sua base, segue-se que ele é insuscetível de ponderação e de restrições pelo legislador. (2009, p.13-89)

Para este autor, a afirmação do direito ao mínimo existencial e sua positivação está na CF e nas leis infraconstitucionais, complementares e ordinárias. Segue o autor, “são os seguintes os direitos que compõem positivamente o mínimo existencial: direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica”. (2009, p. 244)

Importante salientar que a CF/88 não prevê que apenas o mínimo seja garantido, as diretrizes constitucionais orientam no sentido de implementar ao máximo os direitos sociais. A teoria do mínimo existencial serve para determinar quais os direitos sociais que, independente de qualquer argumento, devem ser prestados pelo Estado a fim de assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade. (MALMERSTEIN, 2009)

O direito ao mínimo existencial nada mais é que a garantia de condições materiais básicas para uma vida digna e, para Sarmento, este direito ostenta duas dimensões: positiva e negativa. Destaca o autor:

Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraiam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. (2008, p. 576)

A alegação da reserva do possível não pode servir de suporte para a supressão ou restrição de direitos consagrados na Constituição. A noção de mínimo existencial foi desenvolvida para identificar um conjunto de prioridades que o Estado tem dever de prestar à coletividade, diante do qual o argumento estatal da impossibilidade fática da prestação face à reserva do possível torna-se sem efeito,

ou seja, o Estado tem a obrigação de destinar recursos para o custeio da implementação desses direitos fundamentais sociais. No entendimento de Nunes Junior, a limitação da reserva do possível tem um caráter contingente, só sendo aplicável

[...] diante de certas condições: a primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda. (2009, p. 175)

Cambi apresenta duas decisões judiciais que demonstram que os Tribunais Superiores estão atentos à proteção dos direitos fundamentais sociais e que o argumento da reserva do possível não pode ser apenas retórica, não encontram possibilidade de restrição válida, e quando argüida deve ser comprovada pelo Estado. (2009)

Na primeira decisão apresentada, prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi mantida uma liminar contra o Município de Lagoa Vermelha, no Rio Grande do Sul, que atribuiu obrigação ao ente federativo em realizar cirurgia redutora de estômago, no prazo de 30(trinta) dias, ou depositar o valor de R\$ 13.600,00(treze mil e seiscentos reais). Referida decisão fundamentou-se no fato de que o município não demonstrou, de forma inequívoca, prejuízo à ordem ou à saúde públicas, principalmente porque o custeio urgente da cirurgia envolvia uma única pessoa e não teria o potencial de causar danos concretos aos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.437/1992. Ademais, justificou o órgão colegiado que em casos como o apresentado, excepcionalmente deverá ser concedida suspensão de liminar, ou seja, somente quando demonstrada grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 15 Lei 12.016/2009, 4º da Lei 8.437/1992 e 1º da Lei 9.494/1997).

Quanto à segunda decisão, proferida pelo STF, observa-se que mais uma vez foi mantida a liminar, porém, em ação civil pública, cuja obrigação imposta ao ente federativo determinava a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), dos 61(sessenta e um) municípios que compõe a macrorregião de Sobral (CE), para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades. Determinando ainda a instalação

de 10(dez) leitos de UTIs adultas, 10(dez) leitos de UTIs neonatais e 10(dez) leitos de UTIs pediátricas.

Para manter a liminar, além de invocar o direito fundamental à saúde (artigo 196 da CF); foi usado como fundamentação o fato do direito à saúde ser indispensável à realização da dignidade da pessoa humana e compor o “mínimo existencial”, bem como, não ser o art. 196 da CF apenas uma norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo Poder Público.

Argumentou-se que o artigo 196 da CF é capaz de gerar direito público subjetivo e impor ao Estado o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

Ressaltou-se a importância e legitimação da atuação do Poder Judiciário que ao deferir uma prestação de saúde, incluída entre as políticas sociais e econômicas, formuladas pelo SUS (Portaria MS/GM 1.101, de 13.06.2002), não cria políticas públicas, mas sim, verifica se a não prestação decorre de omissão legislativa ou administrativa, considerando que a proteção ao direito fundamental à saúde, deve ser assegurada, não só por instituições de saúde públicas, mas também por instituições privadas, com padrões adequados de eficiência e qualidade.

Ademais, segundo a decisão proferida, a suspensão da liminar causaria graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da população, a qual deve ser garantida a otimização do direito fundamental à saúde, o direito à equidade no acesso à saúde, direito a tratamento em prazo clinicamente razoável, entre outros, e que somente serão alcançados através de um gerenciamento adequado dos recursos públicos e privados, e não decorrem simplesmente de sua previsão no texto constitucional.

Certo é que a ausência de previsão orçamentária ou a inexistência de políticas públicas não impedem a efetivação do mínimo existencial pela via judicial. Para concretizar o mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais, o Judiciário pode invalidar opções orçamentárias, desde que, após um sopesamento dos atos praticados pelo Executivo, fique demonstrado que a opção do administrador foi inconstitucional¹⁵.

¹⁵ [...] a aplicação dessas técnicas processuais somente se justifica quando verificada a omissão inconstitucional e desde que sejam criteriosamente motivadas. As decisões políticas, impugnadas judicialmente, devem ser, evidentemente, incompatíveis com a Constituição. Porém, nem sempre é

Assim, o Judiciário poderá determinar que o Executivo e Legislativo procedam ao remanejamento dos gastos públicos para tornar possível a efetividade do direito fundamental social. Neste sentido, Cambi traz a decisão do STF que determina que “a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de *justo motivo objetivamente auferível* – não pode ser invocada pelo Estado, quando se trata da efetivação de direitos fundamentais que possam ser enquadrados dentro do mínimo existencial”. (2009, p. 431, grifos do autor)

O STF, em inúmeros acórdãos, demonstra o entendimento já consagrado de que descabe a simples alegação de impossibilidade financeira para a prestação do direito fundamental à saúde para eximir o Poder Público de prestá-lo. Em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello este entendimento é bem claro:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade deste dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado o dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, que ora recorridos, que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (RE 267.612/RS – Relator Ministro Celso de Mello)

fácil demonstrar que a opção política é inconstitucional, devendo o Judiciário considerar inválidas as políticas manifestamente ineficientes, corroborar as indubitavelmente eficientes, bem como examinar, cautelosamente, as dúvidas quanto à eficiência/deficiência daquelas que integram a zona cinzenta ou de incerteza. Além disso, deve restar demonstrada a precariedade dos serviços públicos indispensáveis para a promoção do mínimo existencial. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 412.

Não há como deixar de considerar que, seja em relação aos direitos sociais de um modo geral, seja relativamente à garantia do mínimo existencial, um dos principais obstáculos à concretização dos direitos sociais é a dimensão econômica que se afigura na sua efetivação, por se tratarem de prestações. Com efeito, os ensinamentos de Sarlet:

[...] argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo. (2008, p. 27)

Por fim, o respeito a este conjunto básico de direitos fundamentais sociais contribui para o exercício da cidadania. O quesito indispensável para que se pense a democracia e a idéia de cidadãos e Estado Democrático de Direito é a busca de condições e possibilidades de implementação e efetivação dos denominados direitos fundamentais sociais na ordem jurídica nacional – e internacional. Devem-se garantir as prerrogativas mínimas à coletividade social, a partir das conquistas constitucionais e políticas da Carta de 1.988.

A concretização dos direitos fundamentais sociais não se esgota com um mero agir do Estado, exige os deveres de respeito, proteção e promoção, ou seja, o Estado não pode violar esses direitos; não pode permitir que esses direitos sejam violados e deve proporcionar as condições básicas para o pleno exercício desses direitos. (MALMERSTEIN, 2009)

O Estado, diante de suas limitações orçamentárias e financeiras que o impedem de assegurar a prestação estatal a todos, de forma igual e com a mesma qualidade, deve adotar critérios para esta prestação a fim de tornar possível a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Os elementos norteadores do Estado Democrático de Direito, a justiça social, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, prescritos no texto constitucional exigem a adoção desses critérios. Ora, diante deste contexto, principalmente diante da realidade social e

econômica brasileira, considerando que o fundamento dos direitos sociais é a emancipação do ser humano, nada mais aceitável o Estado adotar como um dos critérios, a exigência de insuficiência de recursos e a comprovação da carência para a prestação estatal. (CAMBI, 2009)

Portanto, para a proteção e tutela estatal do mínimo existencial devem ser consideradas as circunstâncias concretas de cada pessoa, a fim de assegurar o patamar mínimo de existência àqueles que por si só não possuem condições financeiras de alcançarem o mínimo de dignidade e atenderem os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Historicamente, o direito à saúde nem sempre teve natureza de direito público subjetivo. Na Idade Média, quando predominava a religião, a doença era um castigo divino. Foi com a Revolução Industrial que nasceu a necessidade de desenvolver algumas ações no sentido de proteção aos trabalhadores a fim de não interromper a produção em razão de doenças.

No Brasil, a saúde pública inicia-se com a vinda da Corte portuguesa no século XIX, quando algumas ações de combate à lepra e à peste foram realizadas. Entre 1.870 e 1.930, o Estado pratica algumas outras ações, sendo a mais significativa da época, o controle de doenças epidêmicas que erradicou a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro. Neste período, as ações curativas eram reservadas à entidades privadas ou de caridade. Somente nos anos 30 é que o Estado passou a fornecer ações curativas e o sistema público de saúde foi estruturado. (BARROSO, 2008)

A saúde, como direito humano, teve destaque na Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão da ONU, em 1.946, que dispôs no preâmbulo de sua Constituição que “saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de outros agravos”.

A Constituição brasileira não define saúde, porém pauta seu entendimento na OMS, conforme destaca Piovesan:

O texto constitucional não traz a definição de saúde, mas sua análise sistemática revela a adequação da adoção da definição acima. Ademais, o Brasil é membro da Organização Mundial da Saúde, aderindo, pois, no âmbito internacional, à definição dada por essa instituição. (2010, p. 343)

Este conceito de saúde, fornecido pela OMS, é o que prevalece no meio jurídico que manteve na definição de saúde a ausência de doença. (GÖTTEMS, 2008)

2.1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1.988

O direito à saúde surge com a conquista dos direitos sociais. A previsão do direito à saúde nas constituições brasileiras anteriores, nas Cartas de 1.934 e 1.967, era voltada à saúde dos trabalhadores filiados ao regime previdenciário. Ao Estado cabia dar assistência médica e hospitalar ao trabalhador, mediante comprovação de sua filiação.

A inserção do tema saúde no texto constitucional de 1.988, como direito fundamental, é reflexo do Estado Democrático de Direito, que rompeu barreiras liberais e se apresentou de forma mais ativa na sociedade, avocando para si o dever de agir de forma a efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à saúde de toda a sociedade.

A partir da CF/88, fica demonstrada uma significativa transformação atribuída à proteção do direito à saúde no Brasil. Eleva-se a saúde a um direito fundamental do indivíduo. Um direito público subjetivo que exige do Estado uma postura ativa para garantir o direito à saúde a toda sociedade.

No texto constitucional, a saúde é um dos elementos do tripé que compõe a Seguridade Social¹⁶, que também envolve a assistência e previdência social. Seguridade é o termo amplo que descreve um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, de forma integrada, destinadas a efetivar os direitos à saúde, à previdência e à assistência Social, conforme o artigo 194 da Constituição.

Existem duas dimensões para a saúde: a coletiva e a individual. A coletiva diz respeito aos marcos mínimos de defesa e fiscalização da saúde pública pelo Estado (vigilância sanitária para produtos de consumo humano, controle da produção de medicamentos, etc); a individual tem enfoque preventivo e reparador e desenvolve-se na esfera prestacional. (HORVATH JÚNIOR, 2005)

Cumprе salientar que a CF/88 valorizou os direitos e garantias fundamentais como meio de alcançar os objetivos da República Federativa (artigo 3º

¹⁶ A Seguridade Social compreende as ações nas áreas da saúde, da assistência social e da previdência social. Essas ações são de responsabilidade dos Poderes Públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que devem inserir recursos em suas leis orçamentárias para garantir o desenvolvimento dessas ações, bem como da sociedade, que responde de forma direta e indireta. Para se obter as ações da seguridade social nas áreas da saúde e da assistência social, não é necessário contribuir para um sistema securitário. A Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF) e que a assistência social será prestada a quem dela necessitar (art. 203, CF). Porém, para se obter as prestações da previdência social (benefícios e serviços) a contribuição é obrigatória.

da CF): a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos. (GÖTTEMS, 2008)

Resta evidente que, ao valorizar os direitos e garantias fundamentais, o legislador originário prestigiou o direito à vida¹⁷, tendo como elemento norteador o princípio supremo da dignidade da pessoa humana. Não há como se falar do direito à saúde despido da proteção do direito à vida digna. (TEIXEIRA, 2008)

Desta maneira, consagra-se e evidencia-se constitucionalmente o direito à saúde dentre os direitos sociais em seu artigo 6º e, de forma imperativa, em seu artigo 196 contempla diretamente o bem da vida inserindo-se entre os mais importantes direitos consagrados na CF/88.

A CF/88 consagrou a saúde como direito fundamental. Prescreve em seu artigo 196 que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em seguida, no artigo 197, enuncia que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar tal matéria, devendo sua execução ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros.

A legislação que regula todas as ações e serviços de saúde no Brasil está disposta na chamada Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1.990: que prescreve:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter

¹⁷ “Vida” é direito individual abrigado pela Constituição, podendo ser compreendida em sentido biológico (direito ao nascimento, vedação à pena de morte, comercialização de partes do próprio corpo, etc., conforme arts. 5º, XLVII, “a” e art. 199, § 4º), em sentido de intimidade e privacidade (vida privada, art. 5º, X) e em sentido qualitativo (existência digna, art. 170). Já a “saúde” é direito social (art. 6º, caput, da Constituição), integrando a Seguridade Social (juntamente com a previdência e assistência social, conforme arts. 194 e seguintes da Constituição). FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.861.

permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Esta Lei dispõe sobre as condições para o cumprimento do artigo 197 da Constituição, tratando da matéria em saúde e da organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Determina em seu artigo 3º que:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Por sua vez, o artigo 198 esboça a forma de organização do sistema de saúde no Brasil, impondo a responsabilidade pela saúde à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, reforçando o caráter preventivo das ações e incluindo a participação da sociedade neste processo. Em seus parágrafos define as regras de financiamento do sistema único de saúde.

O SUS foi instituído em 1.990, pela Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90) que, por sua vez, traz as diretrizes para a efetividade da saúde no Brasil. Em seu artigo 4º define o SUS como “um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por seus órgãos e instituições públicas, federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, podendo a iniciativa privada atuar em caráter supletivo.” (HORVATH JÚNIOR, 2005, p. 92).

Significa dizer que nosso ordenamento autoriza a possibilidade de prestação de saúde pela iniciativa privada, entretanto a fiscalização e controle cabem ao Poder Público. A Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1.999, criou a Agência Nacional da Vigilância Sanitária (ANVISA) vinculada ao Ministério da Saúde que é a responsável pela promoção e proteção da saúde da população, bem como garantidora da qualidade de produtos e serviços inseridos no mercado. Enquanto a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/00, é

responsável pela regulação, controle, normatização e fiscalização das atividades de assistência suplementar à saúde realizadas pela iniciativa privada.

A Lei nº 8.080/90, além de fixar atribuições e estruturar o SUS, definindo a atribuição de cada ente federado, estabelece princípios que devem nortear a atuação na área de saúde, destacando-se o princípio da universalidade – acesso a todos – e o da subsidiariedade e da municipalização. Neste sentido, Barroso ensina que o princípio da subsidiariedade e municipalização procura “atribuir prioritariamente, a responsabilidade aos Municípios na execução de políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)”. E destaca que:

[...] os Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas públicas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. [...] a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. (2008, p. 886)

A previsão do custeio do sistema de saúde encontra-se no artigo 198 do texto constitucional, que determina que dar-se-á através de recursos¹⁸ do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O artigo 198, § 1º, prevê que “o sistema único de saúde será financiado nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento de seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. A Lei nº 8.080/90 disciplina a participação dos três entes no financiamento do SUS. A questão do custeio da saúde será abordada de forma mais específica adiante.

A participação da iniciativa privada no SUS dar-se-á, segundo o artigo 199 e § 1º, de forma complementar, mediante contrato de direito público ou convênio, dando-se preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

¹⁸ A previsão no artigo 198, § 1º de custeio da saúde por “outras fontes”, autoriza o Poder Público a recorrer-se de outras formas de arrecadação como, por exemplo, a criação e exigência da CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos de Direitos de Natureza Financeira. A obrigatoriedade desta contribuição gerou muita discussão em todas as esferas do Poder Público e na sociedade. Foi criada especificamente para custear a saúde, a previdência social e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Passou a vigorar em 23 de janeiro de 1997 e foi extinta em 13 de dezembro de 2007. Na época, o governo apresentou uma proposta de destinar toda a arrecadação da CPMF à saúde pública, com uma alíquota de 0,25% e com permanência até 2010, o Senado rejeitou a proposta.

Voltaremos a esta questão adiante ao examinarmos a forma de prestação da saúde no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 29/2000¹⁹ veio assegurar o mínimo de recursos necessários ao custeio das ações e serviços de saúde, vinculando recursos financeiros da União, Estados, Distrito Federal e Municípios aos gastos em ações e serviços públicos de saúde. Autorizando, desta forma, a intervenção da União nos Estados, bem como dos Estados nos Municípios com a finalidade de cumprir a determinação constitucional de investimentos mínimos de uma parcela da receita dos impostos arrecadados na área de saúde.

Todas essas questões terão uma abordagem mais específica, adiante, quando trataremos dos sistemas de saúde no Brasil.

2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA EFETIVAÇÃO

A respeito do conceito de saúde, a doutrina, como já foi dito, parece convergir para a definição da OMS que define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade”. Isto significa que saúde não é apenas ausência de doença, não se limita apenas ao corpo, mas também inclui a mente e as relações sociais; envolve a economia e necessariamente a implementação de políticas públicas²⁰.

O direito à saúde, bem como os demais direitos sociais, possui duas naturezas distintas: uma positiva, que exige do Estado prestações voltadas à prevenção e reparação (tratamento) de doenças e a outra negativa que exige do Estado a abstenção de qualquer ação que venha prejudicar a saúde. (SILVA, 2002).

Na natureza positiva ou prestacional, segundo Oliveira, considera-se que a função primordial deste direito fundamental social é a prestação material do

¹⁹ Com status constitucional, a EC 29/2000 “estabelece vinculações de percentuais da receita de impostos e de transferências para a execução do orçamento ligada à saúde. Para os Estados, estabeleceu um percentual de 12%, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios, e, para os municípios estabeleceu um percentual de 15%”. (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010, p. 18)

²⁰ Políticas Públicas são um conjunto de ações através do qual são elaborados e implementados programas de ações públicas, isto é, dispositivos político-administrativos coordenados com base em objetivos explícitos [...] também podemos dizer que é um programa de ação governamental num determinado setor da sociedade e/ou num determinado espaço geográfico. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de,...[et al.]. Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Editora revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 176.

Estado. Enquanto que, na natureza negativa deste direito, está o direito de defesa, ou seja, quando se exige a abstenção de ações lesivas à saúde. Um exemplo trazido pelo autor é o caso das Testemunhas de Jeová que, conscientemente, mesmo sendo necessária, não se submetem à transfusão de sangue. Esta escolha deve ser respeitada porque a recusa faz parte da dignidade da pessoa. É um direito de defesa do indivíduo. (2008)

Sarlet esclarece que:

Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. (2007, p. 289)

A natureza prestacional²¹ do direito fundamental à saúde é a que causa mais desconforto no âmbito administrativo porque impõe ao Estado a obrigação de promover condições materiais para o acesso da sociedade à saúde a fim de possibilitar a sua fruição e dar efetividade a este direito fundamental social. Entretanto, diante da escassez de recursos frente às demandas pela sua efetivação o problema se torna praticamente insolúvel. De um lado, temos as possibilidades econômicas do Estado – reserva do possível, de outro, as demandas da sociedade para a efetivação dos direitos fundamentais, que almejam muito mais que uma igualdade formal lançada pela CF/88.

O direito à saúde, como direito fundamental social reconhecido na Magna Carta, tem aplicabilidade imediata como já visto e como leciona Sarmento:

²¹ Quanto aos direitos sociais prestacionais, em qualquer que seja o Estado, a efetivação há de encontrar algumas barreiras, dentre as quais destacamos a já anunciada escassez de recursos do Estado e a ingerência nas políticas públicas de atenção aos direitos fundamentais da coletividade. As questões da reserva do possível e do mínimo existencial mantêm sua sede de discussão neste campo, na efetivação dos direitos prestacionais. OLIVEIRA, Márcio Dias de. Direito fundamental à saúde e suas faces: uma análise conjunta à irretroatividade do direito fundamental social à saúde. In GÖTTEMS, Claudinei J; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coord.). Direitos Fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008, p. 212.

Conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem como o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de *todos* os direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas. (2008, p. 566, grifo do autor)

Neste sentido, Francisco comenta:

As previsões constitucionais sobre vida e saúde versam sobre direito fundamental individual, de natureza social, dotadas de aplicabilidade imediata, até porque, em grande parte de suas previsões, a concretização depende tão somente de atos administrativos ou privados, desvinculados de edição de lei (e, em assim sendo necessário, o mandamento constitucional potencialmente seria norma de eficácia contida ou relativa restringível). (2008, p. 863)

O entendimento de que os direitos sociais - o direito à saúde - tem eficácia imediata já está sedimentado pela força normativa da Constituição, portanto impõe-se ao Poder Público dever de prestação positiva – um fazer - do serviço de saúde, o qual, como já foi dito, também deve criar condições para o exercício deste direito. As políticas públicas de saúde devem levar em conta a demanda global, ou seja, deve garantir acesso a todos e de forma igualitária, para não privilegiar alguns em detrimento de uma grande maioria.

Os direitos fundamentais sociais são mandamentos que produzem efeitos em todo o ordenamento jurídico. A justiça social é o fundamento ético da responsabilidade do Estado de suprir as carências ou as necessidades dos indivíduos e envolve formulação e execução de políticas públicas econômicas e sociais voltadas a sua realização. Este é o posicionamento do STF conforme trechos do voto do Ministro Celso de Mello:

[...] Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional

consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. [...] não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional". (Agravo de Instrumento 457.544-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2004)

Pelo prisma constitucional, a saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, afigura-se como uma das condições essenciais à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. (LEAL, 2009)

Deve-se considerar que a concretização do direito fundamental ao mínimo existencial, apesar de estar intimamente ligada à realidade social e econômica do país, deve ser realizada para a promoção da vida e para assegurar condições indispensáveis à emancipação do ser humano. Esta é a essência do Estado Democrático de Direito. (CAMBI, 2009)

Como já dito, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, considerando as limitações orçamentárias e financeiras do Estado, é necessário a adoção de critérios para a efetiva prestação estatal. Na proteção do direito fundamental à saúde, não é diferente, como ver-se-á no presente trabalho, que pretende abordar o tema do direito à saúde como direito fundamental social, considerando a saúde uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, mormente diante do princípio da dignidade na condição de princípio fundante da ordem constitucional brasileira. (LEAL, 2009)

A saúde é uma das condições para o alcance da justiça social no Estado Democrático de Direito, portanto dever do Estado, não lhe sendo permitido negar o direito fundamental à saúde sob a alegação de ausência de recursos orçamentários ou financeiros.

Entende-se que cabe ao Estado criar mecanismos para prover as demandas da saúde, através da implementação de políticas públicas capazes de tutelar o bem jurídico saúde pública de toda a sociedade brasileira. Cumpre ressaltar

que também é dever público adotar critérios para determinar quem é carecedor do auxílio do Estado no âmbito da saúde. Cabe ao Estado analisar as situações que se apresentam e exigem a sua prestação. Duas variáveis devem ser apreciadas pelo Estado para a prestação do serviço de saúde segundo Leal:

(a) as variáveis normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira. (2009, p. 152)

Atenta-se, portanto, que quando se fala em saúde pública é importante aferir dois aspectos: o conteúdo axiológico do mandamento, levando em conta que a norma se dirige a todos e não somente àqueles que tiveram a iniciativa de recorrerem ao Poder Público para a satisfação da sua demanda; e o que o sistema jurídico dispõe sobre responsabilidades nesta matéria.

Quando o Poder Público não adota critérios para a prestação do serviço de saúde, torna-se impossível o atendimento razoável à demanda social e universal existente que envolve fornecimento de medicamentos, internações, consultas, tratamentos à população. Em um país em desenvolvimento e de dimensões continentais como o Brasil, torna-se inviável a prestação da saúde a toda a população, não só tecnicamente, mas também economicamente, considerando que os recursos financeiros são sempre escassos, insuficientes para a cobertura das demandas sociais.

Tal raciocínio é embasado nos ensinamentos de Comparato. Para ele:

[...] é indispensável que o sistema de saúde como um todo, sobretudo em países subdesenvolvidos ou profundamente inigualitários, seja organizado e supervisionado pelo Estado, e que os equipamentos públicos – hospitais, centros de pesquisa e laboratórios – sejam utilizados, prioritariamente, no atendimento de pessoas carentes. (2010, p. 369)

Verifica-se que para a efetividade e atendimento ao direito

fundamental à saúde é preciso identificar quais são as prestações de saúde exigíveis perante o Estado. Volta-se a questão do chamado mínimo existencial, ou seja, as condições materiais básicas para uma existência digna, tendo sempre como valor fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana. O que seria mínimo no âmbito da saúde?

Sem qualquer pretensão filosófica ou exatidão deste questionamento, entende-se que é possível se falar de um consenso sobre o mínimo necessário para a emancipação do homem. Este consenso é assegurado pela própria CF/88, são decisões políticas fundamentais que envolvem, entre outras, a garantia de um mínimo de direitos aos indivíduos. Dois são os objetivos maiores de uma Constituição democrática: garantir o mínimo existencial e a liberdade democrática, onde o povo decide os rumos do país. (BARCELLOS, 2008)

Por exemplo, faz parte do consenso geral que uma pessoa que não tem acesso à educação, saúde básica, alimentação, vestuário, moradia, não tem respeitada a sua dignidade. Este é um consenso, é o núcleo mínimo²² de efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade humana. Para Barcellos, “a proteção e a promoção da dignidade podem ser identificadas com a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como das condições materiais necessárias para seu bem estar mínimo e para o exercício da cidadania”. (2005, p. 236)

Para determinar o mínimo existencial em saúde e as prestações exigíveis do Estado nesta matéria deve-se adotar mais um critério, acrescido à carência, que é considerar este direito diante das prestações de saúde disponíveis. Neste sentido, Barcellos faz a seguinte colocação:

[...] se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de

²² Embora também façam parte do núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana os direitos da liberdade, como as liberdades de expressão, religiosa, de locomoção, de propriedade, não serão abordadas no trabalho por já estarem consolidadas no texto constitucional e não serem objeto deste estudo.

prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte ou a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma. Praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá enquadrar-se nesse critério [...] Daí porque a maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial deve estar relacionada às **prestações de saúde disponíveis** e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. Assim, quando se cuida do mínimo existencial em saúde, se está tratando das prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios para executar a prestação. (2008, p.308-309, grifo do autor)

A CF/88 estabelece quatro prioridades para a área da saúde, que são: a) a prestação do serviço de saneamento (arts. 23, IX; 198, II; e 200, IV); b) o atendimento materno-infantil (art. 227, § 1º, I); c) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e d) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200,II).

Cabe ao Poder Público executar essas prioridades, através da formulação e implementação de políticas públicas que visem proporcionar o acesso à saúde a todos os seus cidadãos. O direito à saúde é um direito fundamental que assiste a todas as pessoas e está umbilicalmente ligado ao direito à vida e, mesmo diante das limitações de toda ordem, o Estado não pode se furtar às demandas e ser indiferente aos problemas de saúde da população.

Comentando sobre as prioridades estabelecidas pela Constituição e a intervenção do Judiciário, Barcellos destaca:

[...] o particular poderá exigir, e o Judiciário determinar, que o sistema público de saúde realize gratuitamente, *e.g.*, o parto, forneça a vacina necessária, faça o acompanhamento pós-natal da criança, ofereça o atendimento preventivo de clínica geral e especializada, entre outros. Também o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão, com grande proveito para os interesses coletivos e/ou difusos e produzindo um impacto coletivo mais relevante (CF, art. 129, III), pleitear judicialmente que tais serviços estejam à disposição da população na quantidade e qualidade necessárias, em cada localidade e de forma permanente, ainda que para isso seja necessária a inclusão obrigatória da despesa no orçamento seguinte. (2008, p. 811-812)

Consequentemente, quando o Estado não atender ao mínimo

existencial na área de saúde, o Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde fundamentado no texto constitucional, independentemente de iniciativa dos outros dois poderes. (BARCELLOS, 2008)

Por outro lado, a relação do mínimo existencial em saúde às prestações de saúde disponíveis, exige por parte do Judiciário escolhas bastante difíceis nos casos concretos. Existem, nesta concepção, situações que podem e outras que não podem ser exigidas do Estado na esfera judicial. Isto significa que, mesmo que a prestação de saúde pleiteada judicialmente seja indispensável para a manutenção da vida da pessoa, o magistrado não poderá conceder a prestação pretendida por não estar disponível na rede pública de saúde.

Em síntese, o Judiciário poderá ser acionado para se exigir o direito fundamental à saúde, entretanto, quando a prestação exigida judicialmente não compuser o mínimo existencial e nem tiver qualquer outra disposição legal sobre a matéria, a prestação não será concedida pelo Judiciário. Voltar-se-á a este tema no capítulo sobre o ativismo judicial no âmbito da saúde.

Neste sentido, Cambi ressalta que:

O fornecimento gratuito de remédios e tratamentos básicos dever ser privilegiado, por exemplo, em detrimento da imposição de cirurgias plásticas de natureza meramente estética e, no limite, a realização de cirurgias mais caras (v.g., a bariátrica, para redução do estômago) ou o fornecimento de medicamentos de custo mais elevado deve considerar o valor constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) , a fim de que sejam selecionados somente aqueles que não dispõem de condições econômicas para custear o produto ou o serviço fora da rede pública. (2009, p. 437)

Com efeito, para Cambi, o Judiciário ao se deparar com casos concretos deverá analisá-los com base nos postulados da razoabilidade, da ponderação e da concordância prática, evitando, desta forma, decisões judiciais fundamentadas na caridade. O papel a ser desempenhado pelo Judiciário nesta matéria é decidir baseado nas razões de justiça social. Não se pode pretender que ao Judiciário seja transferida a responsabilidade de implementar políticas públicas de saúde ou transferir a ele a fila de atendimento da rede pública de saúde. (CAMBI, 2009)

Em sentido contrário ao posicionamento de Cambi, está a

constatação de Sarlet que afirma que se confundem direitos individuais com sociais e assenta que:

[...] há no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o *direito à saúde* previsto no art. 196 da Constituição, através de um sistema de Justiça Constitucional difusa. Fazem de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. (2008, p. 166, grifos do autor)

Salienta-se que a interpretação que vem sendo dada pelo STF é a de que o direito à saúde é um direito de todos, porém, pode ser considerado individualmente e pode ser gozado diretamente por cada indivíduo e não somente através de uma política pública.

2.2.1 O Direito a Prestações de Saúde

As prestações de saúde são oponíveis e exigíveis perante o Estado brasileiro que tem o compromisso fundamental de dar condições mínimas para o alcance e efetividade do princípio supremo da dignidade da pessoa humana. É evidente que se espera do Poder Público muito mais que atender as prestações mínimas de saúde, porém quando se trata de mínimo existencial em saúde existe a obrigatoriedade do Estado e a possibilidade de lhe ser exigida a prestação pelo Poder Judiciário, uma vez que a eficácia do mínimo existencial decorre do próprio texto constitucional e independe de intervenção legislativa nesse sentido. (BARCELLOS, 2008)

O artigo 196, caput, da CF/88 preceitua que o direito à saúde é direito de todos, com acesso universal e igualitário, portanto, qualquer pessoa poderá reclamar esse direito, seja nacional ou estrangeiro, residente ou não no Brasil, independente de idade, cor, sexo, ou seja, o texto constitucional não estabelece qualquer requisito específico para acesso ao direito à saúde. Seja dona de casa, estudante, criminoso, todos têm direito à saúde no Brasil.

Cumprе salientar que o acesso à saúde independe também da condição econômica da pessoa. Estando a prestação de saúde inserida no SUS,

deverá ser prestada e, caso a prestação seja fornecida apenas pela iniciativa privada, o acesso ao direito à saúde poderá ser reclamado do Estado desde que seja uma prestação imprescindível e a pessoa seja, comprovadamente, hipossuficiente, ou seja, sem condições de custear com recursos próprios a prestação sem comprometer a sua sobrevivência. (FRANCISCO, 2008)

Em síntese, qualquer pessoa pode pleitear tratamento de saúde, independente da sua situação financeira. Quando a prestação é fornecida pela rede pública - SUS, poderá ser reclamado, mesmo que a pessoa tenha condições de custeá-lo. Quando a prestação pleiteada não é fornecida pelo SUS, o Estado passa a ter responsabilidade subsidiária e, portanto, só disponibilizará o tratamento na rede privada para pessoas que não podem, comprovadamente, custeá-lo.

O Judiciário entende que o artigo 196, caput, quando prescreve que “saúde é dever do Estado”, refere-se à responsabilidade solidária de todos os entes da Federação, quais sejam: União, Estado, Distrito Federal e Municípios. Mormente, a prestação de saúde, o tratamento público ou privado, imprescindível para a vida da pessoa, poderá ser exigido de qualquer um dos entes ou de todos ao mesmo tempo. A responsabilidade pela promoção da saúde é de todos os entes, sobre esse tema trechos da decisão do STJ:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV. 2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença. 3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS

[...] A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade. 6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de

modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público. [...] Recurso improvido. (RESP 325.337. STJ. Relator Min. José Delgado – 1ª Turma)

A responsabilidade pela garantia do direito à saúde é do Poder Público, mas diante da escassez de recursos estatais para a cobertura de todos esses riscos sociais e da obrigatoriedade do Estado em prestar o mínimo existencial, o legislador originário colocou a Seguridade Social como dever da sociedade e do Estado, responsabilizando todos pela preservação da vida e da saúde, bem como determinou a participação de todos no financiamento da Seguridade Social.

Os recursos que sustentam o sistema de saúde pública são derivados, basicamente, de tributos²³ e das contribuições da Seguridade Social. Além das fontes orçamentárias, prevê o custeio por “outras fontes” como já foi dito, que estão na sociedade, por exemplo: uma das fontes trata dos empreendimentos privados²⁴ que atuam na saúde que devem reembolsar o Estado quando seus segurados são atendidos na rede pública ou em hospitais conveniados pelo SUS. Esses planos privados deverão efetuar o ressarcimento à entidade prestadora do serviço e ao SUS como veremos no decorrer deste trabalho.

A solicitação de tratamento ou de qualquer prestação de saúde deverá ser realizada perante o SUS. Não havendo o tratamento ou o medicamento na rede pública, ou sendo ineficaz ou insuficiente para a defesa da saúde, a solicitação para custeio estatal na rede privada (no Brasil ou no Exterior) deverá vir comprovada através de laudo pericial ou atestado médico consistente expedido por médico do SUS ou particular, desde que idôneo e que tenha formação específica na área do tratamento de saúde pleiteado, a fim de evitar-se desperdício de recursos

²³ Os tributos que custeiam a saúde são cobrados dos empregadores e das empresas, entre eles o PIS (LC 07/70), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (Lei 7.689/89) e a COFINS (LC 70/91). Podendo existir a criação de tributos transitórios para o custeio da saúde, como foi o caso da CPMF (Lei 9.311/96). Diante da importância da saúde e para viabilizar um sistema eficiente, a CF de 1988 possibilitou fontes complementares de custeio da Seguridade Social. FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.870.

²⁴ Lei 9.656/98. Esta lei exige valores a título de reembolso ou ressarcimento aos hospitais conveniados ao SUS quando estes realizarem atendimento a segurados de planos privados de assistência à saúde. Existe uma tabela de procedimentos que é aprovada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) e para o ressarcimento a ANS repassa aos planos privados a discriminação dos procedimentos realizados pelo seu segurado. A operadora de plano de saúde tem o prazo de 15(quinze) dias, após cobrança da ANS, para efetivar o pagamento.

estatais em despesas com tratamento ou medicamentos que apenas tragam alívio emocional, sem qualquer eficácia terapêutica. (FRANCISCO, 2008)

A negativa da prestação de saúde pela via administrativa, possibilita a tutela jurisdicional. Em juízo, o autor deve comprovar que é portador de doença (da mesma forma descrita acima) e que a medicação ou tratamento não é provido pela rede pública. Além do que, deve demonstrar a não possibilidade de custeá-lo, sendo também, indispensável, que fique demonstrado que o tratamento ou a medicação requerido na rede privada é eficaz para combater a doença.

Presentes os requisitos, o magistrado deverá deferir o pedido judicial, mesmo diante da alegação do Poder Público de escassez de recursos – reserva do possível, pois frente ao mínimo existencial – vida e saúde - e a hipossuficiência de quem necessita da prestação, nada há que se falar em custo ou falta de previsão orçamentária.

A obrigação solidária no custeio de medicamentos e tratamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, faz com que, diante de uma decisão judicial, aquele ente contra o qual foi impetrada a ação e que, por esta determinação, está obrigado a disponibilizar a prestação de saúde requerida, tenha o direito de ser compensado pelos demais entes.

Para assegurar a defesa da vida e da saúde e para evitar desvios, a prestação de medicamentos ou de tratamentos determinados judicialmente, preferencialmente, será fornecida diretamente pelo Poder Público ao requerente.

2.3 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição reflete os anseios de uma sociedade e deve estar em sintonia com a realidade social. A sociedade está em constante evolução e o texto constitucional deve ser interpretado de forma a atender às necessidades desta sociedade. Nas lições de Konrad Hesse, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (1991, p. 14)

Antes de ser meramente protetiva, a Constituição deve estar voltada aos seres humanos. A tutela constitucional deve ter como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana. Cambi destaca que “a ela há de se atribuir a concepção mais ampla possível, a fim de se extrair a *máxima efetividade* e

aplicabilidade dos casos concretos". (2009, p. 36, grifos do autor)

A CF/88 é a primeira a trazer os direitos sociais como direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são consequência de muita luta, de conquistas sociais ao longo da história, o que determina a sua característica de historicidade, por isso é que a tutela dos direitos fundamentais exige uma interpretação que vá ao encontro do contexto histórico-social. No que se refere ao direito à saúde e a sua relevância no cenário nacional, destacam-se os ensinamentos de Barata:

A determinação constitucional expressa um valor que nossa sociedade escolheu como ideal, uma vez que a saúde é compreendida como condição essencial à vida, ao bem estar dos cidadãos, à redução das desigualdades e, também, fundamental para o desenvolvimento da nação: não existe país desenvolvido que não tenha se preocupado em garantir, de uma forma ou outra, o atendimento às necessidades de saúde de seus cidadãos. (2010, p. 60)

A CF/88 é um fenômeno contemporâneo. A Carta passou a ser o centro do sistema jurídico. Neste fenômeno, inclui-se a atribuição de normatividade aos princípios e a exigência de uma nova hermenêutica constitucional. Assim manifesta-se Piovesan:

O que deve, então vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei – lei constitucional. Possuem “eficácia jurídica positiva e simétrica”, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitando-lhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana” (2010, p. 426)

Os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, conforme o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição. No que tange ao direito à saúde, constitucionalmente está calcado em duas características: é reconhecido como um direito fundamental social (artigo 6º, caput) e o estabelecimento das regras e dos princípios que devem conduzir as políticas públicas de saúde (artigos, 194,

196 e 198).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito da saúde é tratado como normal constitucional e, sendo um direito fundamental social, tem aplicabilidade imediata, é por isso que é importante trazer em tela a classificação das normas e traçar a distinção entre regras e princípios, para que se possa discutir a eficácia do direito fundamental à saúde e a sua exigibilidade perante o Estado.

2.3.1 Distinções entre Regras e Princípios

Nosso sistema constitucional é composto de princípios e regras. Existem muitas discussões teóricas envolvendo este tema a fim de distingui-los enquanto espécies de enunciados normativos. O estudo sobre o tema surgiu diante da teoria dos princípios de Dworkin, na obra “Levando os direitos à sério”, a qual foi bastante difundida no final do anos 80 e ao longo da década de 90 no Brasil e, posteriormente com Alexy que ordenou a teoria em sua obra intitulada a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Existe, entretanto, um consenso de que regras e princípios são categorias normativas²⁵. Barcellos traz uma forma bastante simples de apresentá-los:

[...] as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins. [...] as regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem (2005, p. 170-172)

Os direitos fundamentais são expressos em regras ou princípios. Esta distinção é merecedora de destaque conforme os ensinamentos de Alexy. Para

²⁵ José Afonso da Silva discorda desta categorização e argumenta que para se compreender essa doutrina seria necessária uma conceituação precisa de regras e princípios, o que não vem ocorrendo, sendo obscuro seu ensinamento. Segundo o autor, “as *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais (grifos do autor). SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 91-92.

o autor, sem a distinção entre regras e princípios não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente sobre o papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico. (apud OLIVEIRA, 2008)

Para Alexy, regras e princípios são normas:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión e la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de debe ser aun cuando sean razones de um tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. (1993, p. 83)

Para o autor, existem inúmeros critérios de diferenciar regras de princípios, mas a generalidade talvez seja o critério mais utilizado, segue em seus ensinamentos:

El el de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según él, los principios são normas de um grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas com um nível relativamente bajo de generalidad. Um ejemplo de una norma de nível relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma según la qual todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos tiene um grado relativamente bajo de generalidad. Según el critério de generalidad podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla. (1993, p. 84)

A diferença entre regras e princípios no entendimento de Oliveira:

Princípios buscam estabelecer normas de otimização que, a depender dos fatos e do direito, apresentam-se mais ou menos concretas, enquanto regras prescrevem uma exigência que pode ou não ser cumprida. Assim, os princípios sujeitam-se a conflitos, sem que um sucumba completamente ao outro, como ocorre com as regras, que se excluem em caso de contrariedade (antinomia). (2008, p. 203)

Segue o autor, trazendo a posição de Canotilho quanto à antinomia:

[...] os princípios conduzem normas de otimização, sendo importante que não se excluam para que haja o balanceamento de valores e interesses, diferentes das regras, que prescrevendo exigências contrárias não podem incidir simultaneamente. (2008, p. 203)

Os princípios possuem um enorme conteúdo axiológico, o que os torna fundamentais como critério de decisão em toda e qualquer discussão normativa.

Inicialmente, cabe referir que princípios são, nos dizeres de Flores da Cunha,

[...] aquele conjunto de idéias, expressas ou não, que estão na origem de toda a nossa conduta e do nosso raciocínio, que nos impulsionam a agir ou nos omitirmos, sempre em busca de um objetivo que tem valor superior ao dos objetivos meramente pessoais, e razão pela qual deles não pode nos afastar em quaisquer circunstâncias, sendo aquilo que prevalecendo garantirá a paz social, o bem estar comum de nossa espécie e do nosso Universo, e que não sendo obedecido gerará os conflitos morais e possivelmente de direito positivo. (2006, p. 17)

Na mesma esteira, consoante ensinamento clássico de Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (2004, p. 841-842)

De acordo com o entendimento doutrinário já citado, a norma se constituiria em um gênero do qual a regra e o princípio seriam espécies. Para Rocha e Baltazar Junior vale dizer que as regras se constituiriam em normas que:

Presentes certos pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem exceção, ou são cumpridas ou desobedecidas. Por sua vez, os princípios apresentam-se dotados de

uma maior generalidade, o que permite o seu cumprimento em diferentes graus, mas a medida da sua execução será determinada por possibilidades reais e jurídicas. (2006, p. 31)

Cumpra referir que os princípios não estabelecem conseqüências automáticas, atuam apenas como uma espécie de seta a apontar o norte a ser tomado em uma determinada decisão. A utilização de um determinado princípio em detrimento de outro não significa a exclusão deste último. Conforme o caso concreto, poderá haver uma valoração entre os vários princípios existentes, através da técnica de ponderação que será analisada adiante.

Como é sabido, os princípios fundamentais são aqueles inseridos na CF, razão pela qual se nos traduzem mais importantes de nosso ordenamento jurídico, conferindo a este harmonia, estrutura e coesão. Nesta senda, é o ensinamento de Pinho:

Toca aos princípios conferir estrutura, coesão e harmonia ao sistema constitucional, para que ele componha, juntamente com as demais normas, um conjunto unitário, equilibrado e proporcional. Daí porque falar em hierarquia dos princípios: primeiro os estruturantes, que informam os constitucionais gerais, que condicionam outros, como os constitucionais específicos, e assim até as regras mais particularizadas. (2007, p. 40)

Neste mesmo sentido, é o posicionamento de Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (2004, p. 842)

Para Carvalho, os princípios apresentam-se no ordenamento jurídico, ora como valores, ora como limites objetivos. A autora traz os ensinamentos de Barros que afirma existirem quatro definições para o termo princípio: 1. Norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; 2. Norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; 3. Valores incertos em regras

jurídicas de posição privilegiada, mas independente das estruturas normativas e 4. Limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, sem levar em conta a estrutura da norma. Em todas as definições sempre temos uma norma jurídica. Se o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas de um país e se os princípios são elementos do direito, portanto princípios são normas jurídicas. Esses princípios podem aparecer na forma de enunciados, proposições ou normas jurídicas.

Para a autora, princípios são as regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema. É o intérprete que, valorando o sistema, diz qual princípio considera mais relevante na construção de sentido. Princípio é norma, porque aplicar um princípio é aplicar uma norma que pertence ao sistema. Não existe diferença entre princípio e regra. Consequentemente, a hierarquia das regras não há que se discutir porque vai depender dos referenciais do intérprete. Cada sujeito constrói o seu sistema jurídico, as normas serão aplicadas de acordo com o critério de valoração de cada um. (CARVALHO, 2010)

A diferenciação entre regras e princípios é importante porque a ordem constitucional é a junção dessas duas estruturas, são valores interdependentes que resultam no equilíbrio do sistema jurídico. A regra fornece segurança, previsibilidade e estabilidade às relações sociais; enquanto os princípios fornecem os instrumentos para a realização da justiça. Portanto, as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça. Para Barcellos, “uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá segurança e justiça suficientes”. (2005, p. 185-187)

Traçando a distinção entre regras e princípios, Alexy explica que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen

determinaciones em el âmbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio. (1993, p. 86)

Para a eficácia dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde, é importante esta classificação das normas, pois as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, consoante o artigo 5º, § 2º, da CF/88.

Pode-se verificar que as regras e os princípios se concretizam à medida que vão sendo positivados no ordenamento legal e, assim, vão ganhando uma melhor compreensão. Neste sentido, valem os ensinamentos de Ávila:

Essas ponderações têm por finalidade demonstrar que a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios só na medida máxima. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (2007, p. 63)

A forma de solução na existência de conflitos e colisões é a principal diferença entre regras e princípios. De acordo com os ensinamentos de Alexy, princípios são mandados de otimização, enquanto as regras constituem-se em mandamentos definitivos, portanto, na solução de conflitos devem-se utilizar instrumentos diferentes: aplica-se a ponderação para conflitos entre princípios, sobre a qual abordaremos no tópico seguinte, e a subsunção para conflitos entre regras, ou seja, diante de um fato ou a regra é válida e deve-se aceitar suas conseqüências jurídicas ou a regra não é válida e, neste caso, não incidirá sobre o fato.

2.3.2 Colisão entre Princípios e Regras e a Técnica da Ponderação

Destaca-se, no entanto, que a principal distinção entre regras e princípio para a teoria dos princípios de Dworkin e Alexy é quanto ao modo de aplicação. As regras se aplicam no tudo ou nada, ou seja, ocorrendo o fato descrito, a regra irá incidir e produzirá efeitos. Não cabe ao intérprete aplicar ou não regra, exceto quando inválida ou quando incidir outra regra em seu lugar. É por isso que se diz que regras são mandados definitivos e que garantem direitos (ou determinam deveres). Enquanto os princípios possuem um enorme conteúdo axiológico, abrigam um direito fundamental e coexistem, mesmo que apontem em direções diversas, como ocorre no nosso ordenamento jurídico. Os princípios são, portanto, mandados de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior intensidade possível, podendo tais direitos serem exercidos em princípio e na medida do possível, denominados de direitos *prima facie*.

Existem inúmeras situações fáticas que demonstram colisão entre os princípios. Barroso aponta para três tipos de entrechoques:

- a) Colisão entre princípios constitucionais, como, e.g., a livre iniciativa *versus* a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de um medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, e.g., o direito à vida e à saúde de uma pessoa *versus* o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambas necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, e.g., o direito à saúde *versus* a separação dos Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos. (2008, p. 880)

Para Barroso, como todas essas normas possuem a mesma hierarquia, não se aplica o tudo ou nada, devendo verificar-se a “dimensão de peso” que assumem diante de situações específicas. Para tanto o legislador ou intérprete utilizar-se-á da ponderação diante da existência de colisão dessas normas. (2008)

Diante das normas, cabe ao intérprete a tarefa de dar a maior efetividade concreta e eficiência aos preceitos constitucionais explícitos e implícitos. Deve-se dar a maior abrangência possível aos preceitos, em especial aos direitos e garantias fundamentais, que são indispensáveis à realização e alcance da dignidade da pessoa humana. (FRANCISCO, 2008)

Quando um direito fundamental é definido na Constituição, pode ser

exigido do Poder Público, inclusive na esfera judicial. Ocorre que existem situações nas quais um direito fundamental deve ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios. Quando ocorrerem essas colisões e constatada que a técnica da ponderação foi utilizada com critérios válidos e compatíveis com a Constituição, cabe a todos o respeito pela escolha, inclusive ao Judiciário, diante do princípio democrático. (BARROSO, 2008)

Os direitos sociais possuem natureza principiológica, como destaca Sarmiento:

Os direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação dos poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerá do resultado da ponderação [...] Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas levam em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo. (2008, p. 567)

A técnica da ponderação²⁶, utilizada para solucionar a colisão entre princípios, deve levar em conta dois aspectos, o fático e o jurídico e a escolha deve ter como objetivo a maior efetividade possível do princípio no caso concreto, ou seja, o intérprete deverá fazer prevalecer ou um ou outro valor e sua escolha deverá estar pautada na solução menos traumática, de um lado a mais compatível com a realidade e, de outro, com o sistema jurídico. (POZZOLO, 2006)

Alexy destaca a importância da técnica da ponderação:

Uno de los principales temas em el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales Es el papel de la

²⁶ A interpretação constitucional desenvolveu a técnica da ponderação como meio capaz de produzir uma solução adequada diante da colisão de normas hierarquicamente iguais. É uma técnica de decisão jurídica empregada na busca de solução para casos difíceis. O Supremo Tribunal Federal exercita esta técnica da ponderação de forma rotineira. Na doutrina esta técnica de ponderação – associada à justiça – não é imune às críticas e não surge como remédio para todas as situações de conflito. Alguns autores a situam dentro do princípio da proporcionalidade, vez que socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para sopesamento dos valores e interesses em conflito – e preservação de cada um deles o máximo possível – ou para fazer a escolha daquele que irá prevalecer, no caso de impossibilidade de compatibilização.

ponderación e el balanceo. La ponderación juega un papel central em la practica de muchos tribunales constitucionales. En el derecho constitucional alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: El principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se conforma por otros três subprincipios: El de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalid en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de la proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir como principios e no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realce com la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. (2006, p. 2)

Por fim, a resolução de conflitos de regras ocorre por via da invalidade ou exceção²⁷, quando inválida, a regra preterida é eliminada, quando por exceção exclui-se a genérica. Na colisão entre princípios, não se admite antinomia e a resolução ocorre na dimensão de peso, um apenas afasta a aplicabilidade do outro frente às possibilidades fácticas e jurídicas de um serem mais abrangentes que a de outro quando da ponderação diante do caso concreto.

Barcellos sugere três etapas distintas que o intérprete deve percorre na técnica da ponderação: 1. Identificação dos enunciados normativos, aparentemente, em conflito e o seu agrupamento visando à solução do caso concreto; 2. Análise das circunstâncias concretas do caso e repercussões sobre os enunciados normativos encontrados na fase anterior e, 3. No momento da decisão devem ser observados: 3a. o compromisso com a universalização dos argumentos empregados; 3b. encontrar a solução que imponha a menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos em discussão, denominada de concordância prática; 3c. quando a decisão envolva direitos fundamentais, não se pode suprimir o núcleo essencial, construído a partir de parâmetros doutrinários e jurisprudenciais dos direitos em questão. (2005)

Em síntese, embora os riscos deste método serem inevitáveis,

²⁷ Sobre o tema, Alexy cita um exemplo bem esclarecedor: “Um ejemplo de um conflicto de reglas que pude ser eliminado através de la introducción de uma cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar La sala antes de que suene timbre de salida y La orden de abandonarla em caso de alarma de incendio. Si todavía no há sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre si. Este conflicto se soluciona introduciendo em La primera regla uma cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio”. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1993, p. 88.

devem ser tomados alguns cuidados para reduzir a margem de subjetivismo na solução de colisões de direitos fundamentais. O Judiciário, ao decidir, deve estar fundamentado na aplicação coerente dos princípios e regras e sua decisão deve ser suscetível de generalização, ou seja, a decisão judicial adotada, diante de um caso concreto, deve poder ser aplicadas a todas as situações que contemplem as mesmas circunstâncias fáticas. Deve também oportunizar às partes do processo iniciativas para formular e influenciar o convencimento do juiz. (CAMBI, 2009)

Cumprido destacar o ensinamento trazido por Cambi neste sentido:

[...] A jurisdição constitucional, ao resolver a colisão de direitos fundamentais, deve observar, nos juízos de ponderação, limites inerentes ao Estado Democrático de Direito, como os princípios da igualdade, da proibição de excesso ou da proteção da confiança, tendo como vetor hermenêutico essencial a dignidade humana, da qual devem emanar todos os princípios interpretativos. (2009, p. 453)

Observa-se, com o intuito de destacar a responsabilidade do Judiciário na solução de conflitos de regras e colisões de princípios, que a atividade judicial torna-se ainda mais complexa diante de cláusulas gerais, de conceitos vagos e imprecisos, presentes em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Parece que o legislador delegou ao Judiciário a incumbência de determiná-los, quando abre uma ampla margem na aplicação da norma diante de casos concretos. Ressalta-se que este fato não autoriza o intérprete a criar direitos, pois as cláusulas gerais indicam convenções sociais, princípios éticos norteadores para a concretização do direito e obrigam o magistrado a fundamentar de forma criteriosa o seu posicionamento, especialmente quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados (artigo 93, IX, CF/88).

As cláusulas gerais presentes em nosso ordenamento, e que geram a necessidade de interpretação, são o elo entre os direitos fundamentais, previstos na Constituição, e os direitos infraconstitucionais. Nas palavras de Cambi, “cláusulas gerais são aberturas, presentes na legislação, para a penetração dos valores constitucionais”. Esses valores são valores jurídicos consagrados constitucionalmente. (2009, p. 475)

O autor cita alguns exemplos de cláusulas gerais, entre os quais se destacam: os bons costumes (artigo 13, 122, 187, 1.336, IV, 1.638, III, do Código

Civil); a boa-fé (artigos 113, 128, 164, 187, 422, 1.242, 1.243, 1.561 do Código Civil); o interesse público (artigos 1.278 do Código Civil; 82, III, 155, I, 405, § 2º, I, 555, § 1º, 888, VIII, do Código de Processo Civil); ato obsceno (artigo 233 do Código Penal); analfabeto (artigo 14, § 4º, CF). São alguns exemplos de conceitos abertos que devem ser interpretados pelo juiz para a solução diante de um caso concreto e que demonstram o grau de responsabilidade que é dada ao Judiciário quando da decisão de aplicar esta ou aquela norma, além de exigir dos magistrados uma capacidade argumentativa suficientemente capaz de fundamentar a sua decisão baseada na formulação de critérios racionais de decisão a fim de evitar-se o arbítrio judicial.

Na concepção de Dworkin, o ordenamento jurídico é um sistema de normas legais e princípios que incorporam exigências de justiça e dos valores éticos. Para Piovesan, “esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico”. (2010, p. 32)

Para Marmelstein, a técnica da ponderação impõe dois momentos ao jurista: o primeiro, no sentido de que deve tentar conciliar ou harmonizar os interesses em conflito, através do que se denomina de princípio de concordância prática²⁸. Não sendo possível esta conciliação, num segundo momento, cabe ao jurista partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita. (2009)

Cumprido salientar que a técnica da ponderação, utilizada para a solução de colisão entre princípios, é muito importante para o planejamento do Estado, para a elaboração de políticas públicas, bem como para as opções orçamentárias com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais sociais.

2.3.3 Dos Princípios no Direito à Saúde

O SUS norteia-se por princípios específicos, com previsão na Constituição e na Lei nº 8.080/90 em seu artigo 7º. O presente trabalho abordará alguns destes princípios, entretanto, para fins metodológicos, embora o foco do presente trabalho não seja a Seguridade propriamente dita, é importante trazer,

²⁸O princípio da concordância prática ou da harmonização é um princípio instrumental que é utilizado para solução dos conflitos. No entendimento de Marmelstein, “trata-se, portanto, de uma tentativa de equilibrar (ou balancear) os valores conflitantes, de modo que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada. O papel do jurista é precisamente tentar dissipar o conflito normativo através da integração harmoniosa dos valores contraditórios. (MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 390)

mesmo que de forma sucinta, os princípios da Seguridade Social, da qual a saúde é uma de suas vertentes para, posteriormente, adentrar nos princípios norteadores do direito à saúde mais especificamente.

2.3.3.1 Dos princípios específicos da Seguridade Social

Os princípios da Seguridade Social encontram-se inseridos em inúmeros dispositivos da CF/88. Todavia, é nos artigos 194 e 195 da Carta que se dá a inserção da maioria deles. No artigo 194, em que pese seja utilizada a expressão “objetivos”, verifica-se que ali estão elencados verdadeiros princípios constitucionais, haja vista que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.212/91 (Plano de Custeio da Seguridade Social) os denomina de “princípios e diretrizes”.

No parágrafo único do art. 194 da Constituição estão arrolados os seguintes princípios norteadores da Seguridade Social:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em face da universalidade da cobertura, tem-se que a proteção social deve atingir todos os eventos cuja reparação seja premente, com o intuito de garantir e manter a subsistência de quem dela necessite. A universalidade do atendimento, por sua vez, significa que as ações, prestações e serviços de Seguridade Social devem ser oferecidos a todos que deles necessitem, seja em termos de Previdência Social - observando o princípio contributivo – seja na Saúde ou na Assistência Social.

A uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais dizem respeito ao fato de que deve haver tratamento uniforme aos trabalhadores urbanos e rurais, com o oferecimento de idênticos benefícios e serviços para os mesmos eventos encobertos pelo sistema. Importante salientar que este princípio não quer dizer, entretanto, que haverá idêntico valor para os benefícios, porquanto equivalência não é sinônimo de igualdade. Vale dizer, os critérios para concessão das prestações de Seguridade Social serão os mesmos, todavia, em se tratando de Previdência Social, o valor de um benefício pode ser diferente do valor de outro.

No princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, observa-se que a seletividade tem por pressuposto a concessão de benefícios a quem efetivamente necessite, motivo pelo qual a Seguridade Social deve indicar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços. Inexiste um único benefício ou serviço e sim vários, concedidos e mantidos de forma seletiva de acordo com a necessidade de cada pessoa. O princípio da distributividade, inserido no contexto da ordem social, deve ser entendido em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar social, porquanto com a concessão de benefícios e serviços visa-se ao bem-estar e à justiça social (art. 193 da CF).

Pelo princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, tem-se que um benefício legalmente concedido não pode ter seu valor nominal reduzido. Na mesma esteira, o art. 201, § 2º, da CF/88 estabelece o reajustamento periódico dos benefícios, a fim de preservar-lhes o seu valor real em caráter permanente.

A equidade na forma de participação no custeio constitui-se, essencialmente, em uma norma de natureza principiológica, uma vez que a participação eqüitativa dos trabalhadores, dos empregadores e do Poder Público no custeio da Seguridade Social, trata-se de uma meta, um objetivo, e não uma regra concreta. Também denominado princípio da solidariedade contributiva, está concretizado no art. 195 da CF/88, o qual dispõe que a Seguridade Social será financiada pelo Estado e por toda a sociedade. Desta forma, tem-se que a responsabilidade pela manutenção financeira é compartilhada entre o Estado e a sociedade civil.

Consoante lição de Martinez:

No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação, é o ser humano a usufruir.

Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários. (2001, p. 75)

Com a diversidade da base de financiamento, o constituinte firmou a possibilidade de a receita da Seguridade Social ser arrecadada de várias fontes pagadoras, não restando adstrita apenas a trabalhadores, empregadores e Poder Público, mas, sim, devendo ser distribuída entre o maior número de pessoas capazes de contribuir. Importante salientar a natureza jurídica tributária das contribuições sociais para financiamento da Seguridade Social, incluídas as contribuições para a Previdência, possuindo, desta forma, caráter compulsório.

No que tange ao caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, importa referir que, para a consecução deste objetivo, foram criados órgãos colegiados de deliberação, como o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) - art. 3º e seguintes da Lei nº 8.213/91; o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) - art. 17 e seguintes da Lei nº 8.742/93; e o Conselho Nacional de Saúde (CNS) - Lei nº 8.080/90). Estes conselhos possuem composição paritária, sendo integrados por representantes do Governo, dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados.

A CF, em seu artigo 195, ainda estabelece princípios específicos relativos ao custeio da Seguridade Social, que são: I - Orçamento diferenciado, pelo qual restou estabelecido que a receita da Seguridade Social constará de orçamento próprio, distinto daquele previsto para a União Federal (art. 165, § 5º, III; art. 195, §§ 1º e 2º), sendo vedada a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, (folha de salários), e II (dos trabalhadores e demais segurados da Previdência Social), para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do RGPS (art. 167, XI, da CF, acrescentado pela EC 20/98). Nesse caso, verifica-se que o legislador constituinte buscou, mediante este dispositivo, evitar que ocorresse um desvio dos recursos da Seguridade Social para despesas públicas que não integrassem as suas respectivas áreas de atuação, sendo que no anterior regime constitucional não havia esta distinção; II – Precedência da fonte de custeio, pelo qual nenhum benefício ou

serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio (§ 5º do art. 195 da CF/88).

Além dos princípios expressamente elencados no texto constitucional, acima referidos, existem princípios implícitos que decorrem dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos nos artigos 1º e 3º da Constituição.

Em relação a estes princípios implícitos, Duarte refere que:

[...] em virtude da dignidade da pessoa humana, da adoção dos valores sociais do trabalho, do objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, fala-se em princípio da hipossuficiência princípio do 'in dúbio pro mísero', princípio da solidariedade, princípio do não-retrocesso social. (2007, p. 29)

Dentre os princípios mais importantes relativos à preservação dos direitos fundamentais, mas que não se encontram expressamente previstos na Constituição para a Seguridade Social e em especial para o direito à saúde, podem-se destacar os princípios da dignidade da pessoa humana, do não-retrocesso social, da universalidade, da integralidade e da igualdade, os quais serão tratados nos tópicos seguintes.

2.3.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde

A dignidade humana e os direitos fundamentais conferem, ao sistema jurídico brasileiro, suporte axiológico que orientam a busca e a concretização da justiça e dos valores éticos. Os princípios, como já dito, contêm uma carga axiológica importante e servem como critério de interpretação para todo o ordenamento jurídico. O entendimento de que os princípios fundamentais são verdadeiras normas constitucionais, de caráter genérico e, portanto devem ser aplicados na sua máxima abrangência no ordenamento; deve nortear a atividade do intérprete na concretização dos direitos, sob pena de ter a sua ação impregnada de inconstitucionalidade.

O sistema jurídico tem na dignidade da pessoa humana seu núcleo axiológico, é um valor supremo, o que autoriza a afirmação, nas palavras de

Piovesan, que a dignidade da pessoa humana é o verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica. Para a autora, “a dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”. (2010, p. 424)

Na Constituição Federal Brasileira vigente, por todo seu texto, é possível verificar o apelo pelas idéias humanistas, priorizando os valores humanos acima de qualquer coisa e é, sem dúvida, por esse motivo que estabeleceu como princípio fundamentador do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. De acordo com Novellino, o texto constitucional deve ser observado não só pelo Estado, que tem o dever de assegurar o exercício de valores supremos, mas também por toda a sociedade que deve agir de forma não conflitante com o princípio em pauta. (2008)

Tal axioma encontra albergue na Constituição, em seu art. 1º, que assim dispõe:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifos nossos).

Não há qualquer dúvida de que, dentre os princípios inseridos na Constituição, a dignidade da pessoa humana tem destaque como sendo o princípio matriz de diversos outros direitos e garantias fundamentais consagrados na Magna Carta, máxime o direito à saúde. Com efeito, o axioma da dignidade da pessoa humana, petrificado na CF/88, acarreta ao Estado a obrigação de garantir um patamar mínimo de subsistência às pessoas.

A lição de Sarlet é muito concludente neste sentido:

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais,

inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa) é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial.

Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise.

Considerando que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa retomar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas na decisão colacionada. (2008, p. 81)

A dignidade da pessoa humana, positivada na Constituição como princípio fundamental do Estado, impõe a este – e à sociedade como um todo – o dever de proporcionar aos cidadãos uma vida digna, com o mínimo existencial e com a garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais consagrados no texto maior.

Cabe aqui, mais uma vez, trazer à colação as palavras de Sarlet:

Dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. (2008, p. 81)

Desta forma, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se constitui, sem qualquer dúvida, no fundamento maior, cuja observância se faz mister à garantia e à preservação dos direitos sociais conquistados, em especial no âmbito da saúde, não podendo ser ignorado por ocasião de eventuais omissões do Poder Público nesta seara.

A propósito, este é o entendimento de Nunes Junior que destaca:

Os direitos sociais que integram o mínimo vital, posto que intrínsecos

à dignidade humana, não se submetem a eventuais restrições orçamentárias, uma vez que, dotados de valor absoluto, não podem ser mitigados frente à eventual interesse público secundário da administração pública. (2009, p. 221)

A dignidade humana exige que o Estado viabilize e proporcione condições mínimas para uma existência digna. Ou seja, vincula-se a um conjunto mínimo de condições indispensáveis para a vida da pessoa, denominado de mínimo existencial. O mínimo existencial é imprescindível para a concretização de outros direitos que envolvem a liberdade e a igualdade do ser humano, como é o caso do acesso à saúde. Portanto, cabe ao Poder Público prover os meios necessários para a efetivação do direito fundamental à saúde. O acesso a tratamentos de saúde decorre da prerrogativa da dignidade da pessoa humana. (FRANCISCO, 2008)

A dignidade da pessoa humana, como já dito, é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e deve nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro a fim de viabilizar e assegurar o mínimo existencial a todo ser humano. Deste princípio irradiam-se os direitos fundamentais e sociais, apesar de ser um valor absoluto, é passível de ponderação.

Para Torres, o próprio texto constitucional demonstra a abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] do art. 1º se projeta para o catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º - *direito à vida*), para o capítulo da ordem econômica (art. 170 - *existência digna*), para o planejamento familiar (art. 226, § 7º - *princípio da dignidade da pessoa humana*) e para a proteção da criança e do adolescente (art. 227 - *direito à vida e à dignidade*). (2009, p. 153, grifos do autor)

Percebe-se que, apesar da dignidade da pessoa humana não ter hierarquia sobre os demais princípios fundamentais, serve de referencial na aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, ao referir-se à dignidade da pessoa humana, Piccirillo comenta que:

[...] a dignidade da pessoa humana, é o centro ideológico da

Constituição Federal, fundamentando todo o sistema jurídico brasileiro e orientando toda a atuação estatal, pois se encontra o referido princípio, na situação de valor fonte da fórmula política constitucional, demonstrando qual o caminho que o Estado Brasileiro deveria trilhar após sua promulgação em 1988 e que somente trilhando esse caminho ele estará legitimado. (2008, p. 235)

Conceituar a dignidade da pessoa humana é uma tarefa árdua, pois se trata de um conceito que está em permanente processo de construção e, sendo um conceito jurídico-normativo – aberto, impõe-se esta tarefa de concretização e delimitação a todos os entes estatais.

Assim, convém destacar o ensinamento de Barroso:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de que o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso a justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (2009, p. 253)

Não se pode olvidar de que a preservação da dignidade humana está intimamente ligada ao direito à saúde. Não se pode compreender uma vida digna sem que seja assegurado à pessoa o acesso a tratamentos de saúde e medicamentos. Do princípio da dignidade da pessoa humana emanam outros direitos que impõem ao Estado a tarefa de viabilizá-los. Nas palavras de Barroso, embora não se tenha um conceito definitivo de dignidade, inúmeras decisões e elaborações jurisprudenciais vêm definindo o perfil jurídico do princípio e sua abrangência enquanto núcleo essencial dos direitos fundamentais. (2009)

Todo ser humano tem direito a ter direitos, seguindo os

ensinamentos de Arendt²⁹. O ser humano deve ser visto como um fim e não como meio. Os direitos fundamentais sociais são indispensáveis para a preservação da dignidade das pessoas. Quando um tratamento de saúde é disponibilizado a um enfermo está sendo preservada a sua dignidade. (NUNES JUNIOR, 2009)

Propondo uma conceituação acerca da dignidade da pessoa humana, Sarlet aponta:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2008, p. 63)

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana tem como premissa que o ser humano é um fim e não um meio. Sendo ela inerente a todo ser humano e inserida em todo e qualquer direito fundamental, inclusive os sociais e ainda, mais especificamente, no direito fundamental à saúde. Por todo o exposto, o direito à saúde consagra o princípio da dignidade humana como pilar do sistema constitucional brasileiro.

2.3.3.3 Princípio da proibição do retrocesso social e o direito à saúde

No momento em que a dignidade da pessoa humana é guindada a fundamento constitucional, dá-se o surgimento do denominado princípio do não-retrocesso social³⁰, também chamado, por alguns doutrinadores, de aplicação

²⁹ Filósofa política alemã. Hannah Arendt foi aluna do filósofo Heidegger - com quem teve um relacionamento amoroso - na universidade alemã de Marburgo, e formou-se em filosofia em Heidelberg. Conhecida como a pensadora da liberdade, Hannah Arendt viveu as grandes transformações do poder político do século 20. Estudou a formação dos regimes autoritários (totalitários) instalados nesse período - o nazismo e o comunismo - e defendeu os direitos individuais e a família, contra as "sociedades de massas" e os crimes contra a pessoa. Disponível em <http://educacao.uol.com.br/biografias/ult1789u616.jhtm>. Acesso em 08/03/2011.

³⁰ Embora o presente trabalho reconheça e defenda o princípio da proibição do retrocesso social como um princípio implícito na Constituição e concretizador do princípio supremo da dignidade humana, o reconhecimento deste princípio não é unânime. Doutrina e jurisprudência têm posicionamentos divergentes e são bastante prudentes ao se manifestarem a respeito de tal princípio. Inúmeros são os argumentos pela não aceitação do princípio da proibição do retrocesso

progressiva dos direitos sociais, visando a garantia e progresso dos direitos fundamentais alcançados pela sociedade.

Esta linha de pensamento foi desenvolvida por Canotilho, para quem “o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social”. Para o referido doutrinador, este princípio também tem sido denominado como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária.

Canotilho ensina, ainda, que:

Os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos. (2002, p. 336-338)

Prossegue o célebre doutrinador:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.

Em linhas gerais, isto significa dizer que em relação aos direitos sociais e econômicos – direitos trabalhistas, previdenciários, à assistência, à educação, à saúde –, uma vez obtido determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Registra-se que o referido princípio foi expressamente recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Pacto de São José da Costa Rica (1.969), do qual o Brasil é signatário, e constitui-se na impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

social, destacando-se entre eles o princípio democrático; a hierarquia das normas; a eficácia dos direitos fundamentais e a reserva do possível. NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio de proibição do retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-137.

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, mormente no âmbito do direito fundamental à saúde, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar, em seu todo ou em parte substancial, a essência da norma constitucional, a qual buscou tutelar e concretizar um direito social resguardado em seu texto. A inclusão de tal proibição na ordem jurídica veio impedir a violação do núcleo essencial do nosso pergaminho maior e, via de consequência, a supressão ou redução de normas de justiça social.

Acerca do princípio da vedação do retrocesso social, ora em estudo, a obra de Castro e Lazzari nos traz a seguinte lição:

Princípio bem retratado por Marcelo Leonardo Tavares, 'consiste na impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais já realizadas' Impõe-se, com ele, que o rol de direitos sociais não seja reduzido em seu alcance (pessoas abrangidas, eventos que geram amparo) e quantidade (valores concedidos), de modo a preservar o mínimo existencial. Tal princípio, como salienta Villian Bollmann, ainda que não expresso de forma taxativa, encontra clara previsão constitucional quando da leitura do §2º do art. 5º da Constituição e mais, ainda, a nosso ver, no art. 7º, 'caput', o qual enuncia os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, 'sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social'. Diante de tal princípio, padecem de inconstitucionalidade, em tese, normas infraconstitucionais como as que limitam o pagamento de salário-família e auxílio-reclusão aos segurados de baixa renda. (2006, p. 108)

Com efeito, é cediço que, num Estado Democrático de Direito, o legislador disponha de uma determinada margem de liberdade para sua atuação, todavia, não é possível ignorar o bojo da Constituição e legislar no sentido de dissolver a vontade do legislador originário, com a redução de direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional.

Assim, tem-se que a proibição do retrocesso social consiste em uma conquista de suma importância para os cidadãos, vem fortalecer e sustentar os direitos fundamentais alcançados, em especial no âmbito da saúde no Brasil.

A proibição do retrocesso é uma das características dos direitos fundamentais. Mesmo diante da reserva do possível, da escassez de recursos orçamentários, a não-reversibilidade deve ser respeitada. No entendimento de

Oliveira, este princípio funciona como uma arma protetora dos direitos fundamentais sociais, conquistados pelo Estado Social, como é o caso da saúde:

O direito fundamental à saúde, tal como previsto na Constituição brasileira, é “dever de todos e obrigação do Estado” (Art. 196) e, sendo as normas definidoras dos direitos fundamentais de aplicabilidade imediata (Art. 5º, § 1º), as restrições de acesso a tratamentos de saúde por normas infraconstitucionais, por pretenderem restringir o acesso a um direito fundamental social, ditando as cores de um retrocesso inaceitável. (2008, p. 217)

Cumpre salientar que o estabelecimento de critérios, de parâmetros limitadores na prestação do direito à saúde não serão considerados restrições ou retrocesso, pois diante de situações fáticas objetivam o equilíbrio entre as necessidades dos cidadãos e as possibilidades do Estado em atendê-las. A grande questão é o quanto de saúde pode ser exigida do Estado. Por exemplo, a negativa do Estado em prestar um tratamento de saúde em fase experimental e único no mundo, bastante dispendioso para os cofres públicos, em desfavor da coletividade, não se trata de retrocesso; já se o tratamento for viável e eficaz para a manutenção da vida do paciente e, mesmo que não esteja no rol dos serviços de saúde prestados na rede pública, caberá ao Estado provê-lo, para não incorrer em restrição ao direito fundamental à saúde. A proibição refere-se ao retrocesso gratuito. (OLIVEIRA, 2008)

Diante de toda a evidência, não reconhecer o princípio do não retrocesso social significa, em outras palavras, dar permissão ao Poder Público – ainda que estes se encontrem subordinados à obrigação de cumprimento dos direitos fundamentais e das normas constitucionais em geral – para disporem de um poder total de decisão, mesmo que em flagrante afronta à vontade expressa do constituinte.

Em relação à saúde, diante da CF/88, a sociedade brasileira conquistou direitos importantes e que merecem estar protegidos pela irreversibilidade. A criação de um sistema público de saúde, com atendimento universal e integral são conquistas que não podem ser suprimidas.

O princípio da proibição do retrocesso em direitos sociais está

relacionado à segurança jurídica³¹. Entre as obrigações do Estado está a de propiciar segurança e estabilidade aos seus cidadãos. Importante a lição que Sarlet traz neste sentido:

Parece-nos que um dos desafios principais a serem enfrentados e vencidos é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.

[...] E necessário será justamente o Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social. (2008)

Segue o autor a discorrer sobre esta temática:

Importa lembrar, nesta quadra, a oportuna lembrança de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que, ao sufragar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que ‘as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares’. Tal assertiva merece ser levada ainda mais a sério quando estiver em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz com a salvaguarda do mínimo existencial, em outras palavras, do conjunto de condições para uma vida saudável e, portanto, para uma vida com dignidade.

Com efeito, há uma insegurança constante no âmbito do direito à saúde decorrente de uma demanda crescente por prestações sociais, mormente no caso do Brasil, em que há uma enorme exclusão social e de um decréscimo da

³¹ O princípio da proibição do retrocesso social tem sentido quando é possível a ponderação entre os princípios também implícitos, da segurança jurídica, da confiança e da máxima efetividade das normas constitucionais. Os princípios da segurança jurídica e da confiança tem por fim a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio serve como parâmetro para a proteção dos direitos fundamentais sociais e define o núcleo essencial dos mesmos, coibindo medidas retrocessivas. CONTO, Mario de. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 91.

capacidade de prestação do Estado e da sociedade.

É de ser trazido à baila, por oportuno, a fim de ilustrar o tema em exame, o que diz Almeida acerca da necessidade de, ante eventuais reformas legislativas ou administrativas, restarem preservados os direitos fundamentais sociais, à luz dos axiomas da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso:

Diante da transição paradigmática que a sociedade contemporânea passa buscando a afirmação e a fundamentação dos direitos, o princípio da vedação de retrocesso dos direitos sociais é um corolário para o que o ser humano deve dar valor: a sua dignidade. É indissociável a idéia de que a Constituição foi criada para propiciar cidadãos dignos, garantindo-lhes a mínima proteção para que lhes seja assegurada uma vida boa, uma vida feliz.

[...] Note-se que os próprios limites materiais no tocante ao poder de reforma da Constituição significam um entrave à sanha reformista do legislador, sempre preocupado, como se observa no Brasil, em criar novas leis ou reformular as antigas, dando pouca atenção à efetividade e à Constituição.

[...] O direito à proibição de retrocesso social consiste numa importante conquista civilizatória. O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível brecar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais. Funciona até mesmo como forma de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo. (2007)

A concretização dos direitos fundamentais sociais, muitas vezes, depende de ações administrativas. O direito à saúde, principalmente na sua dimensão prestacional, depende exclusivamente da atuação administrativa. A proibição do retrocesso impede que estas ações possam suprimir ou reduzir direitos e a atividade prestacional, sob pena de caracterizar a inconstitucionalidade destas ações.

O princípio de vedação de retrocesso social não tem previsão expressa no texto constitucional, ou seja, é um princípio implícito, que pode ser extraído, de acordo com o entendimento de Sarlet, das normas constitucionais previstas no artigo 1º, III, princípio da dignidade da pessoa humana; no artigo 5º, § 1º, princípio da máxima efetividade; nos artigos 1º, 3º e 6º, princípio do Estado Democrático de Direito. A impossibilidade de supressão ou diminuição dos direitos fundamentais sociais é um limite para o Poder Público que, através do Executivo e Legislativo, tem a atribuição de concretizar tais direitos.

Este princípio vincula todos os poderes estatais e afirma o Estado Democrático de Direito. Sob a sua égide, o Legislativo tem mantida, porém diminuída, sua liberdade de conformação legislativa, pois o referido princípio é garantidor de um núcleo essencial dos direitos fundamentais; o Executivo deve elaborar políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais sociais observando a impossibilidade de retrocesso naquilo que já foi conquistado, salvo mediante compensação; e o Judiciário deve controlar os atos dos outros dois poderes a fim de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais. (CONTO, 2008).

Registra-se que, ao decidir pela inconstitucionalidade de atos normativos que venham suprimir ou reduzir direitos fundamentais sociais já implementados, o princípio da proibição do retrocesso social tem recebido prestígio nos Tribunais brasileiros, como demonstra trecho do voto do Ministro Celso de Mello em julgamento de ADIn:

É por essa razão que se tem proclamado – em face dos postulados da confiança do cidadão no Estado e da segurança jurídica, que a edição de resolução estatal superveniente e gravosa, ainda que impregnada de retroatividade em seu grau mínimo, traduz situação de inconstitucionalidade [...].

Refiro-me, nesse passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização, tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC 41/2003, aos inativos e aos pensionistas) impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...] Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócenas nas espécies – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (STF. ADI 3.103-8)

A vedação ao retrocesso social garante a estabilidade do ordenamento jurídico. Estabilidade esta muito importante porque gera confiança dos cidadãos no Estado. A CF/88 é um instrumento que busca a estabilização bem como é uma afirmação das liberdades públicas em face do poder e o princípio da proibição

do retrocesso social é uma limitação que impede o Poder Público de adotar medidas de cunho retrocessivo.

2.3.3.4 Princípio da universalidade no direito à saúde

O constituinte de 1.988 estabeleceu diversos princípios ao tratar da saúde, influenciado pela 8ª Conferência Nacional de Saúde³², especialmente nos artigos 196 a 200 da CF/88. No artigo 196, estabelece que o acesso à saúde é universal extinguindo, assim, a obrigatoriedade de contribuição para os usuários do sistema público de saúde.

Portanto, a partir de 1.988, todos, indistintamente, têm acesso às prestações de saúde por parte do Estado. A universalidade garante o acesso de todos a todos os níveis de assistência, não podendo ser condicionado a qualquer critério seja de idade, cor, sexo, poder aquisitivo.

Entretanto, seguindo os ensinamentos de Sarlet e de muitos outros doutrinadores, universalidade não implica gratuidade, este autor contesta a gratuidade dos serviços de saúde de forma ampla e abrangente, muito embora o ordenamento jurídico em vigor não permita a cobrança de qualquer ônus ou contrapartida daqueles que necessitam dessas prestações, independentemente de sua condição econômica. É o que determina a Lei nº 8.080/90 em seu artigo 43: “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. (HENRIQUES, 2008, p. 830)

Destaca-se o entendimento de Santos neste sentido:

³² A 8ª Conferência Nacional de Saúde, um marco na saúde do Brasil, foi realizada em 1986 e contou com mais de 4 mil participantes. O relatório desta conferência serviu de subsídio para muitas das decisões dos constituintes nesta seara e que estão elencadas no texto constitucional. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In In SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 830. A Conferência de Saúde, a qual se reúne a cada quatro anos, avalia a situação de saúde e propõe diretrizes para a formulação da política de saúde. TEIXEIRA, Elaine Cardoso de Matos Novais. A Proteção do Direito à Saúde após a Constituição Federal de 1988. In ALENCAR, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti de. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008, p. 33.

Não podemos nos esquecer de que a Constituição garante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. A universalidade do acesso mencionada no art. 196 é a garantia de que todas as pessoas — sem barreiras contributivas diretas ou outras — têm o direito de ingressar no SUS. A universalidade compreende todos quantos queiram ir para o SUS. (RADIS, 2006)

Cumprido salientar que esta gratuidade deve ser entendida em relação àqueles serviços oferecidos pelo sistema público de saúde, elencados na Lei nº 8.080/90, ou seja, prestações ofertadas pelo SUS. Tratando-se de prestação não explicitada como obrigação estatal, deverá exigir-se a demonstração de que o usuário ou sua família não dispõe de recursos financeiros próprios para o custeio do tratamento sem colocar em risco sua sobrevivência.

Em relação à prestação de saúde concedida pelo Judiciário, também se deve atentar para o princípio da universalidade, pois a prestação concedida pelo magistrado a uma pessoa deve ser estendida a todas em igual situação, porque todas as pessoas têm direito à saúde, independentemente de recorrerem ou não ao Poder Judiciário. (BARCELLOS, 2008)

Entende-se que prestações concedidas, diante de casos concretos, apenas a autores determinados - ações individuais - enquanto pessoas morrem por falta daquela prestação de saúde, caracteriza afronta aos ditames da democracia e da Constituição.

2.3.3.5 Princípio da integralidade no direito à saúde

O artigo 198, II, da CF assevera que o sistema público de saúde deve garantir atendimento integral, priorizando as ações preventivas, sem prejudicar os serviços assistenciais. Esta mesma previsão consta na Lei nº 8.080/90, em seu artigo 5º, III, como objetivo do SUS. Nesta mesma Lei, encontra-se o conceito de integralidade. O artigo 7º, II, prescreve:

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.

Deste inciso, de acordo com o entendimento de Henriques, depreende-se que o princípio da integralidade abarca duas dimensões à assistência estatal à saúde: a) ações preventivas e curativas devem se complementarem; b) diante de todo e qualquer caso em concreto, o Estado tem a obrigação de atuar, independentemente de sua gravidade ou complexidade.

Mais uma vez torna-se importante ressaltar que o princípio da integralidade não significa impor ao Estado a obrigatoriedade de prestar ou custear todo e qualquer tratamento médico³³ ou medicamento que concorra para a saúde do usuário. Tratamento clínico ou cirúrgico experimental que não tem comprovado cientificamente a sua eficácia ou medicamentos que não passam pelo crivo da vigilância sanitária - para liberação de consumo e comercialização desobriga o Estado a sua concessão. (HENRIQUES, 2008)

O princípio da integralidade não pressupõe que o Estado esteja obrigado a prestar o melhor tratamento, com os melhores profissionais, melhores equipamentos e medicamentos de última geração. Deve ser compreendido como a obrigatoriedade de prestar os serviços de saúde disponíveis no sistema público de saúde, nos padrões de atendimento, recursos humanos e materiais existentes no território nacional. O sistema seria injusto se contemplasse situação diversa. A integralidade, prevista no artigo 6º, *d*, e artigo 7º, II, da Lei nº 8.080/90, significa a obrigatoriedade estatal de prestar à saúde, dentro de suas possibilidades e de forma que a mesma prestação possa ser dispensada, de forma idêntica, a todos que necessitem do mesmo serviço.

Ao administrador cabe a tarefa de, após critérios de avaliação de seus benefícios versus custos, incorporar novos tratamentos e tecnologias ao sistema público de saúde. Enquanto ao magistrado caberá a tarefa de controlar a decisão administrativa e declará-la inválida quando comprovadamente contrária aos fatos, como por exemplo, a escolha de um medicamento de eficácia ínfima por um preço alto em detrimento de um medicamento de eficácia alta pelo mesmo preço.

Importante trazer à tona o entendimento da doutrina especializada

³³ Em diversos julgados, percebe-se que os juízes, diante de argumentos de que este ou aquele tratamento ou medicamento é a única chance do paciente sobreviver, desconsideraram a não-comprovação científica de tratamentos médicos ou a aprovação dos medicamentos e acabam por concedê-los, condenando o Estado a custeá-los. Entretanto não é possível aceitar que magistrados profiram decisões substituindo os pareceres de autoridades técnicas, verdadeiros conhecedores dos benefícios ou malefícios que um tratamento ou medicamento possa conter e que portadores de políticas públicas voltadas para este fim. Decisões deste teor afrontam os mandamentos constitucionais.

no tema sobre a vedação de instrumentalização do sistema público pelo sistema privado, isto implica dizer que não pode o usuário recorrer ao sistema público apenas para obtenção de medicamentos ou tratamentos que foram prescritos por médico particular.

Neste sentido, importante destacar os ensinamentos de Santos:

O que não pode na saúde pública é o paciente buscar um mesmo tratamento nos dois sistemas ao mesmo tempo: consulta privada, exames públicos. Diagnóstico privado, cirurgia pública. Isso rompe com o conceito de integralidade da assistência, uma vez que os profissionais de saúde do SUS não poderão ficar a mercê da terapêutica exigida pelos profissionais de saúde do setor privado, complementando-o. Ou se adentra ao SUS e submete-se aos seus parâmetros técnicos, científicos, administrativos; ou se opta pelos serviços privados. (STF, 2006)

Para que se entenda o acesso como integral é necessário que o usuário submeta-se integralmente ao regime público, ou seja, a indicação deste ou daquele tratamento ou medicamento deve ser diagnosticado por médico afiliado ao SUS, pois este profissional é compromissado com os objetivos da política pública de saúde existente. (HENRIQUES, 2008)

Ressalta-se o entendimento de Santos quanto à integralidade:

Integralidade da atenção é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público da saúde. A primeira imposição para que a integralidade ocorra é o paciente observar as regras do SUS no tocante ao acesso. Pode acessar os serviços, mas tem que respeitar seus regimentos.

Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula a cirurgia, a fisioterapia, os exames complementares a uma prescrição de profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público complementar ao sistema privado em vez de um sistema público integral. (RADIS, 2006)

Sob este prisma, a integralidade do sistema público reside na assertiva de que o SUS não é complementar ao sistema privado e, se o usuário opta pelo setor privado deverá pagar por esta prestação, ao passo que se opta pelo regime público, não pagará nada, mas deverá submeter-se a suas regras, protocolos técnicos e administrativos.

2.3.3.6 Princípio da igualdade no direito à saúde

O princípio da igualdade deve ser visto sob dois aspectos: o formal e o material. A igualdade formal é aquela expressa nos textos legais e está atrelada, diretamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, tanto que na Declaração Universal da ONU dispõe que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. No aspecto material deve ser compreendido como tratamento igual e uniforme a todas as pessoas, oportunizando-se as mesmas possibilidades de acesso a todos. No texto constitucional, encontram-se inúmeros dispositivos que visam à diminuição das desigualdades materiais.

Bandeira de Mello tem entendimento muito esclarecedor sobre o princípio da igualdade:

[...] este princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. (1993, p. 11)

O direito à saúde privilegia a igualdade. O princípio da igualdade é semelhante ao princípio da universalidade, porém não podem ser confundidos porque a universalidade diz respeito à titularidade do serviço, a quem se prestará o serviço de saúde, e a igualdade refere-se na forma como este serviço será prestado,

devendo ser igualitário, sem quaisquer privilégios ou discriminações sem fundamentos.

Entende Santos:

Por sua vez, a igualdade da assistência mencionada na Constituição, art. 196 e definida no art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90, impede a existência de preconceito ou privilégios de qualquer espécie nos serviços de saúde. Não se pode oferecer tratamento diferenciado às pessoas em razão de credo, cor, classe social, ou seja, em nome de critérios que não sejam epidemiológicos, de urgência e emergência ou terapêuticos etc. (Muitas ordens judiciais que garantem determinados serviços poderão estar ferindo o direito à igualdade, por garantir, muitas vezes, um direito não-abrangido pelo SUS). (STF, 2006)

O princípio da igualdade ou da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e de desigualmente os desiguais, aliás, esta compreensão nasceu com o filósofo Aristóteles e já está incorporada no ordenamento jurídico. A própria CF traz algumas hipóteses³⁴ de tratamento diferenciado com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos fundamentais sem, entretanto, ferir o princípio da isonomia.

³⁴ Cite-se como exemplos os artigos 40, III, e 201, § 7º: aposentadoria idade inferior e mesmo tempo de contribuição para a mulher; artigo 143, § 2º: exclusão de mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz; artigo 53: imunidades parlamentares artigo 12, § 3º: exclusividade para brasileiros natos em determinados cargos. Quando houver pressupostos lógicos e racionais que possam justificar a não equiparação (baseados no princípio da razoabilidade), pode-se citar alguns: a) assentos reservados a idosos e gestante em transporte coletivo; b) altura mínima para concurso em carreira militar (desde que previsto em lei); c) sexo masculino para concurso de carcereiro em penitenciárias para homens e do sexo feminino para penitenciárias para mulheres. Existem outros casos que buscam preservar o direito a vida e à dignidade humana em face do princípio da isonomia. Disponível em <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/constitutional-law/1618909-princ%C3%ADpio-da-isonomia/>. Acesso em 05/03/2011.

3 IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA SAÚDE

Para fins didáticos, pode-se definir o ativismo judicial como uma participação mais intensa do Judiciário na efetivação dos valores estabelecidos na Constituição, quando da omissão ou inércia dos outros poderes legalmente constituídos. Pode ser visto como uma invasão do Poder Judiciário no âmbito dos demais poderes, especificamente na função do Poder Legislativo – criação normativa, diante da necessidade de concretizar, efetivamente, os direitos e garantias constitucionais.

A origem do ativismo é norte-americana. De natureza conservadora, foi utilizado para fins diversos da atualidade, servindo de amparo para segregação racial e para invalidação dos direitos sociais. Foi somente na década de 50 que o fenômeno produziu jurisprudência progressista em relação a direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, o ativismo, como forma de interpretar e criar políticas públicas traz o risco de se criar um Estado Jurisdicional - onde o Judiciário tem preponderância sobre os demais poderes formadores do Estado. Por outro lado, a passividade do Judiciário coloca em risco o próprio Estado de Direito – no qual a Constituição é suprema e deve ser respeitada por todos os poderes. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

Na atuação do Judiciário, um dos temas mais complexos da atualidade é o direito à prestação de saúde. Diante de avanços tecnológicos, a longevidade das pessoas, a escassez de recursos orçamentários, o surgimento de novas doenças, o acesso à saúde, cada vez mais, tem sido buscado na esfera judicial, e o Judiciário, guarnecido pela possibilidade do reexame de decisões de cunho político, dá origem ao fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. A política geradora da lei é passível de julgamento pela própria lei a que deu origem, ou seja, da política vieram as leis que passaram a julgar a própria política. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

A efetividade do direito fundamental à saúde depende de um conjunto de prestações de saúde que podem ser exigidas do Estado. Por força e consequência da Constituição, quando o Estado denega ou não disponibiliza o acesso a estas prestações de saúde, elas são exigíveis perante o Judiciário. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passa a desempenhar um importante papel, devendo interpretar o texto constitucional e as leis

infraconstitucionais, de forma a respeitar o ordenamento jurídico. A obrigação de prestar a saúde independe de opção política, seja qual for o governo ou a orientação política, a Constituição protege os direitos à saúde e à vida, e ao Judiciário cabe a tarefa de assegurá-los. (BARCELLOS, 2008)

Antes de analisar o atual papel do Judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde necessário um breve relato histórico do mesmo.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O Poder Judiciário no Brasil pode ser compreendido em duas fases: a do Império e a da República.

Primeiro, com a Constituição brasileira de 1.824, foi instituído o Supremo Tribunal de Justiça composto de juízes letrados. Ficou estabelecido que o Poder Judicial seria independente, e composto de Juízes e Jurados, os quais teriam lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinavam. (VELLOSO, 2001)

Em decorrência da inexistência, na Carta Política do Império, do controle de constitucionalidade das leis e da Administração Pública pelo Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça não se firmou como poder, pois não tinha característica de poder político.

Com a proclamação da República, em 1.889, o Decreto nº. 510, de 22 de junho de 1.890 e promulgação da Constituição Republicana, em 1.891 surgiu o Supremo Tribunal Federal como poder, nos moldes da Suprema Corte americana, com a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis. A Constituição de 1.891 instituiu não somente a forma republicana de governo, mas também, a forma de Estado Federal.

Com a Carta de 1.937, ocorreu a supressão da Justiça Federal de primeira instância, deixando de ser um sistema dual, e sim o da Justiça única, estadual, salvo a competência do Supremo Tribunal. (VELLOSO, 2001)

A Justiça Federal de primeira instância foi restaurada através do Ato Institucional nº. 2, de 1.965 e a Constituição de 1.967 estabeleceu, em seu artigo 107, os seguintes órgãos do Poder Judiciário: a) Supremo Tribunal Federal, com 16 ministros; b) Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; c) Tribunais e Juízes

Militares; d) Tribunais e Juízes Eleitorais; e) Tribunais e Juízes do Trabalho. A justiça dos Estados-membros foi consignada no artigo 136.

Atualmente, com a CF/88, fazem parte do Poder Judiciário os seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e seus territórios. Também, restou prevista a criação dos Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

O Judiciário passou a ser um poder político com controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional de liberdade.

Neste diapasão, foi ampliado o controle normativo do Poder Judiciário, surgindo a prerrogativa e o dever de implementar e viabilizar os direitos fundamentais. (GRAU, 2002)

Países como o Brasil, onde o Estado não assegura o mínimo essencial ao desenvolvimento das pessoas, apresenta problemas na efetivação dos direitos fundamentais.

O papel do Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, na concepção de Barroso. (2008)

O artigo 5º, inciso XXXV, da CF, garante o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Conforme já relatado, a jurisdição constitucional exerce um importante papel no controle jurídico do poder político, uma vez que os direitos fundamentais são posições tão importantes que a sua tutela não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar. Assim, toda violação ou ameaça de violação de direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que possui o poder-dever de aplicar o direito da forma mais eficaz possível. O Judiciário está vinculado, de forma imediata, à realização dos direitos fundamentais e, diante da omissão do legislador ou do administrador, não pode quedar-se inerte. (CAMBI, 2009)

O artigo 5º, XXXV, da CF, deve ser interpretado não apenas como direito de acesso à justiça, mas como um direito fundamental à tutela jurisdicional

adequada, célere e efetiva e dessa forma a responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.

Portanto, quando o Poder Executivo ou o Poder Legislativo não exercem suas funções de forma a garantir o cumprimento dos direitos sociais, cabe ao Judiciário o dever de fazê-lo, dando cumprimento às normas que versam sobre tais direitos. Os órgãos do Poder Judiciário não apenas se encontram vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, também exercem o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais. (SARLET, 2008)

Resta claro, portanto, que a função do Poder Judiciário, não se restringe à tarefa de subsunção do fato à letra de lei, mas apresenta uma atuação em favor da concretização das normas constitucionais, especialmente as de direitos sociais, inovando na interpretação das normas constitucionais, porém, nos limites impostos pela própria CF. (CAMBI, 2009)

No entanto, alguns doutrinadores consideram tal atuação como ativismo judicial, como uma extrapolação de suas funções dentro do cenário jurídico, ou seja, que a atuação do Judiciário representaria uma usurpação de competências do Legislativo e Executivo, tema central da presente discussão e que será abordado adiante.

A esse respeito Cambi apresenta importante observação:

No entanto, há de se evitar os riscos de se transformar a *desneutralização* política do Judiciário no indesejável *governo dos juízes*. Isso seria lamentável, não só pelo fato dos juízes não terem sido eleitos, ao contrário dos membros do Poder Executivo ou Legislativo, mas também por não terem os magistrados *mandatos fixos* e, mais, por gozarem de garantias de vitaliciedade e da inamovibilidade, somente poderiam ser retirados de seus cargos por medidas extremas e excepcionais. (2009, p. 196)

Em suma, as transformações sociais implementadas pela CF/88, concederam ao Poder Judiciário a prerrogativa e o dever de concretizar os direitos fundamentais, conseqüentemente, a cada juiz foi atribuída a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais, por meio da aplicação e da integração que confirmam às normas a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.

Desta forma, o juiz social esbarra na adoção de uma postura mais ativista, devendo estar fundado em postulados de justiça, buscando aplicabilidade

imediatamente dos direitos fundamentais.

3.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A mudança de paradigma jurídico-político provocada pela constitucionalização do direito, pelo advento da Carta de 1988 e do Estado Democrático de Direito, gerou para o Poder Judiciário o poder-dever de zelar e concretizar direitos fundamentais, surgindo uma nova função traduzida como ativismo jurisdicional, que permite à magistratura uma atuação com base em procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

Foi necessário que ocorresse um processo de desneutralização do Poder Judiciário, que liberou o juiz do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva. Diante disso, foi imposta uma responsabilidade prospectiva, relacionada à efetividade dos direitos fundamentais. (CAMBI, 2009)

Preliminarmente, é indispensável diferenciar, sem qualquer pretensão maior, os termos judicialização e ativismo judicial. Judicialização “corresponde ao ato de transferir para o Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais poderes da República (Legislativo e Executivo)”. (GANDINI, 2010, p. 260)

De acordo com Gandini, o ativismo judicial corresponde:

a uma postura a ser adotada pelo magistrado [...] Trata-se, pois, de uma verdadeira mudança de postura do Poder Judiciário, que passa a ter uma participação mais ativa na concretização dos valores consagrados na Constituição Federal. (2010, p. 260)

Note-se, que o ativismo judicial liga-se ao processo de interpretação e concretização dos direitos fundamentais sociais. Considerando que a tutela jurisdicional somente é prestada quando devidamente provocada, frisa-se a importância no desenvolvimento de mecanismos processuais.

Considerando que o exercício da jurisdição depende de sensível pré-compreensão das questões que envolvam a efetivação dos direitos fundamentais, o magistrado não está mais condicionado a estrita legalidade, ou seja, o Judiciário não restringe mais sua função à tarefa de subsunção do fato à letra de

lei e assume, ao lado do Poder Executivo e Legislativo, a responsabilidade pela concretização dos direitos fundamentais. (CAMBI, 2009)

Todavia, não deve o juiz comportar-se como legislador, mas sim à postura de um juiz, que utiliza de sua interpretação para concretizar fins estabelecidos pela própria Constituição.

Tal atuação judicial deve respeitar os limites impostos pela Constituição, não cabendo aos juízes o papel de criação de normas, prolação de sentenças impossíveis de serem cumpridas ou mesmo de utilização de sua atuação como meio para encobrir arbitrariedades.

Nos ensinamentos de Cambi:

[...] para tanto o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Compete ao judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou omissão inconstitucionais, vale dizer quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais. (2009, p. 201)

Assim, se o Poder Executivo não desempenha suas funções de forma eficiente, assegurando o respeito a direitos fundamentais mínimos, caberá, no Estado Social, ao Poder Judiciário determinar o reconhecimento e efetivação de referidos direitos.

Ocorre que o Judiciário não pode ser menos nem mais na tutela dos direitos fundamentais, ou seja, não pode deixar de tutelar direitos que podem ser promovidos com a sua atuação, nem pode promover os direitos de um em detrimento do direito, da mesma natureza, de todos os demais. As políticas públicas de saúde têm o objetivo de diminuir as desigualdades econômicas e sociais, disponibilizando acesso à saúde para todos aqueles que dela necessitam, no entanto, quando o Judiciário decide diante de uma situação concreta, está implementando essas políticas para aqueles que, por conhecerem seus direitos e por terem acesso à justiça, recorrem a ele e acabam sendo privilegiados com tal decisão. (BARROSO, 2008)

Neste sentido é o entendimento de Barroso:

[...] a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo leis e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente interferir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ser a marca da autocontenção. (2008, p. 891)

A força normativa da Constituição e a busca pela efetividade dos preceitos constitucionais são características do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Na efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, o Judiciário pode e deve intervir.

O enfrentamento direito e política está intrínseco no neoconstitucionalismo. A CF/88 deflagrou uma nova forma de se fazer política. Tornou o acesso à jurisdição menos difícil e com isso efetivou o sucesso do Estado democrático – cidadãos com melhores vias e meios de acesso ao sistema de justiça para efetivação dos direitos – e muitos - consagrados na Carta. Ao mesmo tempo em que deixou o Estado fragilizado, visto às dificuldades deste Estado Social em prover tantas demandas.

Neste contexto surgem e renovam-se questionamentos acerca da crise do Estado. Primeiramente, porque a satisfação das pretensões sociais é parca ou insuficientes, em um segundo momento, como consequência desta realidade, inevitável o enfrentamento da estrutura organizacional do Estado. O Poder Judiciário passa a exigir do Poder Executivo aquilo que o Poder Legislativo prometeu ou se absteve de regulamentar.

Diante da não implementação de políticas públicas, a contento, por parte do Executivo e Legislativo, a discussão vai para a seara judicial. Inobstante o embate das três esferas do Poder, há que se respeitar a legitimidade e os limites de atuação de cada uma delas para prevalência do modelo da tripartição das funções do Estado. (STRECK, 2009)

Deve-se salientar que, num Estado Democrático de Direito, à luz da Constituição, a democracia pressupõe a separação e independência entre sistemas político e jurídico. (CAMPILONGO, 1997)

Significa que as decisões políticas – exceto as eivadas de

inconstitucionalidade – não podem ser submetidas ao controle judicial. Neste mesmo sentido, as decisões dos Tribunais também não podem depender da aceitação do parlamento.

Muito embora as numerosas demandas judiciais oriundas, na maioria das vezes, da desigualdade social que assola nosso país sinalizem uma ameaça à democracia representativa, deve-se perseguir o equilíbrio entre os sistemas e é com este objetivo que juristas estão debruçados. Para Bonavides, ora predomina a dimensão política, ora a política. Há dois sistemas que precisam conviver, harmoniosamente, um não pode predominar sobre o outro, senão o sistema predominado terá prejuízos. (2002)

Deve haver a conciliação entre sistema jurídico e político e buscar-se a solução mais justa e adequada à sociedade, sem desprezar um ou outro, tendo como referência a norma. A interação entre os sistemas pode ser consubstanciada pelo estudo do direito constitucional, que é principiológico.

No que se refere ao direito à saúde, a concretização deste direito se deu pela atuação política dos três Poderes constituídos: o Poder Legislativo editou a Lei Orgânica da Saúde (LOS nº 8.080/90) e outras leis federais como a que criou a Agência Nacional de Saúde (ANS Lei nº 9.961/2000) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA – Lei nº 9.782/99); o Poder Executivo elaborou políticas públicas de saúde e, através de um conjunto de ações, concretizou o direito à saúde; e o Poder Judiciário ao proferir sentenças que interferem nas políticas oficiais de saúde, atua politicamente e dá início, assim, a polêmica judicialização das políticas públicas de saúde. (MARRARA, 2010)

3.2.1 A Judicialização da Política e o Impacto no Orçamento

Devido à expansão do rol de direitos ocorrida com o desenvolvimento do Estado, houve um considerável aumento de demandas e uma escassez de recursos estatais para o seu atendimento integral. Diante de tal situação, o Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição, foi chamado para que, no exercício de suas prerrogativas, garanta a efetivação e concretização de direitos assegurados constitucionalmente.

Nos ensinamentos de Castro:

[...] a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse público', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos'. (1997, p. 151)

Assim, entende-se que a judicialização da política ou a politização do judiciário ocorre quando certas situações, de grande repercussão política ou social, são levadas para os órgãos do Poder Judiciário não mais para as instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

No Brasil, o processo de judicialização da política iniciou com o advento da CF/88, por meio de medidas inovadoras e democráticas, produzindo, dentre outras inovações, normas de direitos e garantias individuais. Diante deste cenário, ocorreu uma redefinição das relações entre os três Poderes e o Supremo Tribunal Federal passou a intervir no sentido de julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que venha a violar a Constituição.

Para Cambi, a própria Constituição é o estatuto jurídico político, podendo-se inclusive afirmar que Direito Constitucional é Direito Político. (2009)

Apresentando a perspectiva luhmanuniana, o autor refere-se à Constituição como produto de diferenciação funcional entre o direito e a política. Ainda conforme os ensinamentos de Cambi:

O direito Constitucional judicializou a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados, passou a ser temas de direito público. Pode-se dizer que há uma relação de complementaridade entre o direito constitucional e a política. (2009, p. 211)

Cittadino, refletindo sobre a atuação do Poder Judiciário, aduz que:

Se hoje nos permitimos discutir o processo de 'judicialização da política' é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno dos princípios jurídicos universais [...]. Para isso, o processo de 'judicialização da política' não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus

princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer. (2003, p. 39)

Segundo Canotilho, o Poder Judiciário faz política quando se proclama o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade. (2007)

Todo processo de decisão exige que o juiz interprete a norma para, posteriormente, aplicá-la no caso concreto, devendo interpretá-la e valorá-la dentro de determinada situação; no momento em que o intérprete da lei faz a escolha entre as normas, entre as interpretações, com seus pré-juízos e pré-conceitos, existe uma atuação política e, é claro, jurídica nesta decisão.

Várias são as ocasiões em que o STF é levado a se manifestar no tocante a questões de natureza política, por meio de um comportamento ativista, o que gera uma redefinição dos limites de sua própria competência. Tal tema será explorado em tópico próprio, com base na conceituação de ativismo judicial e de suas conseqüências nas decisões do STF.

Diante do fato do Judiciário ser chamado a intervir em ações que deveriam ser implementadas pelos outros poderes deste cenário, fala-se em uma crise dos poderes que compõem o Estado.

Ao tratar da expansão do Poder Judiciário, Cittadino argumenta que esse processo de judicialização não pode extinguir, exterminar com a democracia, sendo necessária uma harmonização, onde o Judiciário atuaria com base nos preceitos constitucionais e através da concretização do constitucionalismo.

Todavia, inevitáveis são as críticas no sentido de que essa atuação do poder judicial intervindo em esferas de outros órgãos afeta a ideia de representatividade.

Neste sentido, Amaral alerta que deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Ao contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias, para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento. (2001)

A Jurisdição Constitucional é a justiça política no sentido de que tem que enfrentar objeto político (direito constitucional político) e seus membros são designados por instâncias políticas e suas decisões têm efeitos políticos mais ou menos amplos. Assim sendo, o direito constitucional é justiciável não só em seu conjunto, senão que o próprio Tribunal Constitucional tem que se manifestar sobre a violação da Constituição nos casos que se apresentem. Certo é que não pode deixar de atuar sob a alegação de que a decisão implicaria em judicialização.

Falar em judicialização no direito à saúde é pleonasma, visto que a concretização deste direito, dá-se, não raras vezes, pela intervenção do Judiciário, e isto independe de uma postura ativista do magistrado, pois a ele cabe o exercício da atividade jurisdicional na concretização de valores consagrados na CF. São milhares de ações judiciais ajuizadas contra o Poder Público nas quais o Judiciário é provocado a condenar e a intervir no âmbito da Administração a fim de prestar ou custear determinado tratamento, exame ou insumo terapêutico. (GANDINI, 2010)

O ativismo judicial provoca inúmeros questionamentos e conseqüências, entre os quais se poderia citar um dos mais relevantes, o impacto que causa no orçamento público. O Poder Judiciário quando avoca a função de determinar políticas públicas, função do Poder Executivo, interfere, diretamente, no orçamento público. Isto acontece toda vez que o judiciário é acionado para solucionar problemas concretos diante das necessidades dos indivíduos.

Na realidade brasileira, o mesmo ordenamento que garante o direito à saúde veda despesas não previstas no orçamento. O mesmo diploma que constitui o SUS limita a expansão das despesas públicas. Os recursos econômicos são escassos e cabe aos administradores a árdua tarefa de buscar com um menor prejuízo econômico, um melhor atendimento a uma maior quantidade de pessoas. Percebe-se, portanto, que existe um conjunto de direitos sem uma estrutura econômica que lhes dê suporte. (RIBEIRO, 2010)

Ao se garantir, pela via judicial, a cobertura de alguém em tratamento ou procedimento de alto custo, outros estão a ficar sem cobertura, não só na saúde, mas em outros direitos fundamentais como educação e segurança. Embora os direitos devam tutelar os interesses coletivos, quando é aplicado diante de um caso concreto, alguém ganha e alguém perde, tendo-se aí a tutela individual em detrimento da coletividade. Toda vez que uma decisão judicial concede um medicamento, uma internação, um transplante de órgão a alguém, outro, com a

mesma necessidade, terá restringido, por infortúnio do acaso, o seu direito, e, conseqüentemente, estas medidas concessivas acabam interferindo nas políticas públicas estatais e acarretam impactos no orçamento público. (AMARAL JUNIOR, 2010)

O artigo 196 da CF destaca que a saúde é universal e que visa atender às necessidades individuais. Questiona-se, o Estado-juiz, quando provocado a resolver um caso concreto, pode compelir o Estado-administrador a prestar o serviço de saúde ao indivíduo. É certo que não se deve negar a tutela jurisdicional quando o bem que necessita de proteção é a vida, Ora, consagrando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem na vida um direito inalienável, outras questões - sejam políticas, econômicas, sociais ou jurídicas - devem ser desprezadas quando da análise do caso concreto que, via de regra, trata de uma situação extrema que exige do Estado-juiz uma ação positiva no sentido de conceder ao indivíduo enfermo a devida assistência à saúde, sob o risco impor-lhe uma pena de morte. (AMARAL JUNIOR, 2010)

Por outro lado, o Estado-administrador ampara-se no princípio da reserva do possível para demonstrar que existem limitações orçamentárias para o atendimento indiscriminado às decisões proferidas nos Tribunais.

Outro questionamento relevante é quanto à legitimidade democrática do Judiciário para interferir nas políticas públicas estatais. Esta interferência poderia caracterizar uma violação ao princípio da tripartição dos poderes.

Importante destacar que não se verifica omissão do Poder Legislativo no tocante às políticas públicas de saúde. A evolução legislativa, desde a CF/88, demonstra intensa atividade positiva do Legislativo na edição de legislação na área da saúde: Lei nº 8.080/90 (LOS) determina a competência dos entes federativos e prevê a criação do SUS; Lei nº 8.142/90 que regula a participação da sociedade no SUS; Portaria nº 3.916/98/MS que traça a Política Nacional de Medicamentos; Portaria nº 2.577/06/GM e nº 1.321/07 que trata da aquisição e distribuição de medicamentos não contemplados na relação do SUS; as NOB/1996 e as NOAS de 2001 e 2002, além de decretos e resoluções são demonstrações que o Legislativo é bastante ativo no âmbito da saúde. (SANTANA, 2010)

O que se verifica é que, como salienta Amaral, “a escassez, divisibilidade e homogeneidade nos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos” (AMARAL, 2001, p. 135). Como conjugar orçamento e a

distribuição igualitária para aqueles que necessitam da saúde? Percebe-se um impulso legislativo para concretizar o acesso universal à saúde de uma forma gradual. Uma sociedade em desenvolvimento, como a brasileira, tem como característica a gradualidade na concretização dos direitos sociais. Até que se alcance a efetiva consolidação dos direitos sociais, especificamente o direito à saúde - objeto do presente trabalho - necessária a intervenção do Judiciário para suprir as demandas dos hipossuficientes que se socorrem, subsidiariamente, deste poder para fazer cumprir o que, constitucionalmente, é dever do Estado.

Vale ressaltar que havendo a implementação de políticas públicas, não há que se arguir omissão e muito menos haverá legitimidade do Judiciário para interferir nas funções de outro poder. A atuação do Poder Judiciário justifica-se na ausência ou omissão de políticas públicas que garantam a efetividade do direito à saúde. (AMARAL JUNIOR, 2010)

Grande parte dos magistrados conclui que os artigos 5º, 6º e 196 da CF, analisados conjuntamente com a Lei nº 8.080/90, tratam a saúde como um direito público subjetivo, dotado de exigibilidade imediata perante o Estado. Na atuação do Judiciário, no sentido de concessão do direito, percebe-se que cabe ao Judiciário determinar qual indivíduo tem mais necessidade de atenção que outro. Ressalta-se que este ativismo judicial está calcado na vinculação do Estado a uma obrigação de dar, ou seja, fornecer o serviço de saúde à sobrevivência do indivíduo enfermo, ora demandante.

A preterição de um indivíduo por outro, pressupõe que o Judiciário está munido de um aparelhamento adequado e eficiente no diagnóstico do caso concreto que lhe é apresentado. No entanto, na seara jurídica, percebe-se, comumente, que o Judiciário concede o direito à saúde desprovido de qualquer atividade cognitiva ou opinativa da ciência médica na análise do caso. Agravam-se os efeitos da decisão na esfera pública, quando somados aos elevados custos da concessão e os impactos que causam no orçamento. Mormente quando estas decisões são proferidas de forma antecipatória no início do processo, ou seja, dificilmente será possível a devolução dos valores despendidos pelo Estado, se comprovada a não-necessidade da tutela. Percebe-se, então, uma colisão entre a prescrição constitucional e a dinâmica orçamentária. Caracterizando-se, diante da atuação do Judiciário, a judicialização das políticas públicas de saúde. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

Ressalta-se que o orçamento e a distribuição dos recursos devem se pautar pela conveniência e oportunidade – discricionariedade – da Administração, de modo a atender a todos com a predominância do interesse público. Conforme bem ensina Sandoval da Silva “o direito não pode promover a realização senão do que seja econômica e financeiramente possível”. (2007, p. 182)

Entretanto, o entendimento do STF é de que o direito à saúde prevalece sobre os interesses da Fazenda Pública, como bem explicita a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da república (art. 5º, caput e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (RTJ 175/1212-1213)

O STF já decidiu que o não cumprimento das decisões judiciais por exaustão financeira/reserva do possível só é cabível com a combinação razoabilidade da pretensão individual e disponibilidade financeira do Estado. A exaustão financeira envolve não só a falta de recursos para cumprimento das decisões judiciais, como também a justificativa que existem inúmeros programas que concorrem na busca de uma parcela dos recursos do orçamento: saúde, educação, erradicação da pobreza, moradia entre outros.

A vinculação orçamentária é imperativo constitucional, conforme se observa nos dispositivos constitucionais como nos artigos 167 e 169. Na área da saúde, foco do presente trabalho, o texto constitucional em seu artigo 198, § 2º, estabelece os recursos mínimos que devem ser aplicados na saúde. Os recursos são meticulosamente distribuídos no orçamento público, de acordo com a política adotada pela Administração e de forma discricionária.

Não se podem alocar todos os recursos públicos na saúde, ou na segurança pública, ou na educação. Para garantir o desenvolvimento nacional cada um desses programas tem sua função primordial. Por isso reforça-se que descabe ao Judiciário realocar recursos, proferindo uma decisão de cunho político, exceto quando da omissão ou inércia estatal, na análise de casos concretos e no iminente

risco de dano irreparável à vida, sob pena de causar um colapso estatal. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

Carvalho explicita:

[...] não há direitos sem recursos; os recursos existentes servem para garantir, pelo menos nos limiares mínimos, os direitos previstos constitucionalmente; a utilização destes recursos deve seguir regras, sob pena de se solapar alguns direitos em detrimento de outros, estas regras devem ser seguidas para não levar o Estado à ruína financeira. (apud AMARAL JUNIOR, 2010, p. 39)

Diante destes argumentos, tem-se que o Judiciário ao intervir e conceder tutela individual³⁵ de direitos sociais, no caso em tela, direito à saúde, deve levar em conta que ao preterir um indivíduo a outro estará desprovendo alguém, com as mesmas necessidades, do acesso à saúde, bem como o magistrado deve ter como premissa a escassez dos recursos, agir com parcimônia e ter critérios rigorosos para a concessão da tutela, a fim de evitar o fomento às desigualdades sociais - já tão fortemente visíveis na realidade brasileira - e causar a insegurança jurídica à Administração.

Neste sentido, destaca Ribeiro:

Temos de criar leis com a segurança de que a sociedade tem condições de custeá-las e que atendam de forma digna, se não a totalidade, à maior parte que necessite do Serviço Público de Saúde. Criar orçamentos que possam ser auditados e permitam aos nossos juizes ter condições de avaliar se há espaço para o cumprimento de suas sentenças. Por fim, temos de exarar sentenças frente a uma realidade financeira do nosso país e que essas sentenças possam ser aplicadas ao conjunto da sociedade, não de poucos que passam a ter uma realidade muito distante do conjunto dos cidadãos no que se refere ao acesso à Saúde. (2010, p. 296)

³⁵ Além da questão orçamentária, muitas das decisões judiciais distorcem os princípios do SUS, em especial a equidade. A maioria das ações para obtenção de produtos e serviços de saúde são demandadas por pessoas que moram em áreas de menor exclusão social e são impetradas por advogados particulares, fato que, por si só, favorece os menos carentes em detrimento daqueles que precisam de maior proteção social já que os recursos são finitos e limitados. SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos e UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (orgs.) Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162-177.

A atuação mais comedida e seletiva do Judiciário pode fazer com que as decisões judiciais sejam mais respeitadas pelo Executivo, bem como gerar uma confiabilidade maior da própria sociedade em relação à concessão de tutelas como medida extrema para salvaguardar a saúde dos indivíduos. (AMARAL JÚNIOR)

Em recente decisão do STF³⁶, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se que o Judiciário desempenha um importante papel na concretização do direito à saúde e com o intuito de superar controvérsias, buscou traçar critérios para a concessão de direitos reivindicados nas demandas individuais e nos casos concretos. Estabeleceu dois critérios: a) examinar a situação fática do cidadão e o dever de prestação do Estado; b) a motivação do Estado para não prestar o direito à saúde no caso concreto. Elucidando, o Judiciário deve verificar se a prestação está ou não disponível na rede pública; estando disponível o Judiciário determina que seja cumprida a prestação de saúde pelo Estado. Por outro lado, não estando disponível o bem ou serviço na rede pública, caberá ao Judiciário investigar se houve omissão legislativa (quando não existe a política pública) ou administrativa (quando a política pública não foi executada) ou ainda se existe alguma vedação legal para a prestação daquele bem ou serviço de saúde.

Destaca-se o trecho abaixo transcrito da referida decisão:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

³⁶ SS 3.941/CE, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, decisão de 23/03/2010, Publicação no DJE nº 57, divulgado em 29/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2694086>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Assim, o STF definiu os critérios que servem de fundamento para as decisões proferidas pelos Tribunais no âmbito da saúde. (MARRARA, 2010)

Desta forma, deu-se um grande avanço jurisprudencial e possibilitou-se a harmonia dos Poderes. Diante deste grande passo, o ativismo judicial funcionará na sociedade moderna como um instrumento capaz de possibilitar a concretização dos direitos fundamentais, bem como realizar a justiça social.

3.2.2 Considerações Acerca das Críticas ao Ativismo Judicial

A intervenção do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, não raras vezes se faz necessária, entretanto, esta intervenção pode ser invasiva demais e esta é uma das razões pelas quais o ativismo judicial tem sofrido duras críticas por parte da doutrina pátria. A seguir, algumas das críticas mais freqüentes à atuação judicial, porém, nenhuma suficientemente sustentável a ponto de afastar o Judiciário da tutela dos direitos fundamentais sociais.

Uma das críticas tecidas por doutrinadores é de que ativismo jurisdicional caracteriza verdadeira intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes, desrespeitando o princípio da separação dos poderes, visto que o Judiciário não possui competência na criação de normas.

O princípio da separação dos poderes e o constitucionalismo moderno tiveram mesmo berço político-filosófico, conforme se observa:

Em nossa opinião, a separação dos poderes configurou-se institucionalmente somente no Estado constitucional moderno. Trata-se de um elemento do constitucionalismo, cujas etapas iniciais podem ser encontradas na organização político-constitucional dos Estados Unidos da América e da França pósrevolucionária. (DIMOULIS, 2008, p. 147).

Ademais, o Poder Judiciário deverá atuar quando houver omissão do Poder Legislativo ou Executivo no sentido de dar cumprimento aos direitos fundamentais e sociais estabelecidos pela Constituição.

Para o liberalismo político, o poder do Estado não pode concentrar-se em um único órgão de tomada de decisões. O princípio da separação dos poderes foi desenvolvido durante o Estado Liberal para coibir o arbítrio judicial.

Referido princípio, tal como concebido pelo Estado Liberal, hoje é decadente, visto que com o advento do Estado Social, os direitos individuais precisam ser completados pelos direitos fundamentais. (CAMBI, 2009)

A raiz da separação social foi atribuída a Aristóteles, quando distinguiu a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo do Judiciário, na *Política*.

Porém, atribui-se a Locke a evolução da doutrina preconizada por Aristóteles. Com base na supremacia da lei e na separação do Poder Executivo e Legislativo, Locke desenvolveu sua teoria com o objetivo de evitar que aquele que cria a norma seja o mesmo que a aplique. Ainda, denominou os três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo. Para Locke, os Poderes Executivo e Federativo estão quase sempre unidos e raramente podem ser desempenhados por pessoas diferentes (2001)

Montesquieu, que teve como seu precursor Locke, defende a separação do Poder Executivo e do Legislativo e insere o Poder Judiciário, todos eles separados e com funções distintas. Em suas obras há rica e inesgotável fonte de inspiração teórica sobre limites do poder e da garantia da liberdade política, por meio da legalidade, da separação dos poderes e da relação da lei com a liberdade, com principal ênfase na consagração de algumas garantias processuais de defesa da liberdade e do papel das forças armadas.

Com a Revolução Francesa, o princípio da separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional, tanto que a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes não teria constituição.

Cumprir destacar que a doutrina e a prática norte-americanas geraram a técnica de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), que se baseia no exercício de controle de um Poder sobre o outro.

Com o Estado Social Democrático, o princípio da separação dos poderes não figura mais com a rigidez de outrora e a visão de separação de poderes preconizada por Montesquieu necessita de modificação.

Em decorrência a ampliação das atividades do Estado contemporâneo, e conseqüentemente a ampliação da atuação do Judiciário no

campo dos direitos sociais, surgem críticas no sentido de que tal atitude corresponde à usurpação de competências do Legislativo e do Executivo, cumprindo ao Judiciário, não determinar a execução de políticas públicas, mas apenas aplicar as normas legais que disciplinam os direitos sociais.

Todavia, consoante o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, o Poder Judiciário tem o dever de zelar pela concretização dos direitos sociais, principalmente, quando houver omissão do Poder Legislativo ou Executivo nas suas obrigações de garantia e implementação dos direitos fundamentais sociais.

O Poder Judiciário deve atuar quando houver omissão do Poder Legislativo ou Executivo em dar cumprimento aos direitos sociais estabelecidos pela Constituição, o que exige do Judiciário uma nova lógica, que afaste o argumento de que a separação dos poderes não permite um controle jurisdicional da atividade governamental.

Na verdade, seguindo os ensinamentos de Oliveira:

busca-se do Poder Judiciário uma atuação política que se legitime, orientada pelo texto constitucional, não deve o Judiciário criar políticas públicas, mas tão só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucional ou ordinárias. (2006, p. 107)

Assim, se do ponto de vista da eficiência é necessário buscar o grau ótimo de eficácia das sentenças do Tribunal Constitucional, seus limites não podem lograr êxito em razão de diferenças abissais entre direito e política.

A principal característica do Estado Constitucional não seria tão somente o princípio da separação dos poderes como instrumento efetivo de limitação do poder, mas também, de igual importância, seria a capacidade que o novo sistema de governo teria de assegurar a liberdade de seus cidadãos. Os direitos fundamentais incluem liberdade, igualdade e o mínimo existencial. Os Poderes constituídos têm a obrigação de realizar esses direitos, na maior extensão possível (BARROSO, 2008). Assim, indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade quando um direito fundamental esteja sendo descumprido.

Uma segunda crítica ao ativismo judicial diz respeito à norma constitucional aplicável aos direitos fundamentais sociais ser de cunho programático

e por isso não impõem obrigações jurídicas. O artigo 196 garante o direito à saúde por meio de políticas sociais e econômicas e não por intermédio do Judiciário. (BARROSO, 2008)

Entende-se que o fato da previsão do artigo 196 da Constituição deferir aos órgãos executores de políticas públicas a tarefa de concretizar o direito à saúde não retira a possibilidade do Judiciário concretizá-lo diretamente. Em que pese as normas aplicáveis aos direitos sociais apresentem uma roupagem de normas programáticas, por serem normas de direito subjetivo e em conformidade com o que preconiza artigo 5º, § 2º, da CF/88, deverão ser imediatamente aplicadas.

Impugna-se também a atuação judicial quanto à legitimidade democrática. Sustenta-se que o Judiciário, por não ter mandato eletivo, não pode, em nome do povo, determinar como os recursos públicos devam ser gastos ou investidos. A concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário seria antidemocrática por derivar de agentes não eleitos para este fim. Não podem os magistrados obrigar o Poder Público a implementar este ou aquele programa, pois trata-se de uma opção política, salvo quando houver violação ou omissão de preceitos legais. (SOUZA NETO, 2008)

Há quem alegue que esta questão de ilegitimidade democrática carece de argumentos quando se está diante de direitos fundamentais sociais. Quando o Judiciário os garante está desempenhando o papel de guardião desses direitos e tornando efetiva a vontade popular expressa no texto constitucional.

Outra crítica freqüente liga-se ao mínimo existencial e à reserva do possível, ou seja, quando os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, impõe-se ao Estado sempre a tomada de decisões. Quando considerada uma limitação fática à implementação dos direitos fundamentais exige-se que o Poder Público assuma o ônus da prova. (CAMBI, 2009)

De qualquer forma, tal argumento financeiro não deve constituir impedimento a que o mínimo existencial seja efetivado, cumprindo tal efetivação ao Judiciário, sem, contudo, ser excessivamente invasiva na deliberação de outros poderes, ultrapassando os limites estabelecidos pela Carta Constitucional, criando normas sem embasamento jurídico, ou seja, não deverá existir a exacerbação do Judiciário que deverá respeitar a existência das leis atuando apenas na sua falta ou quando não devidamente cumpridas.

Por derradeiro, ainda pode-se trazer em tela a crítica em relação à

falta de conhecimento técnico do Judiciário para decidir sobre políticas públicas. Segundo os defensores desta crítica, o magistrado não possui capacidade para decidir sobre questões que exijam conhecimento técnico especializado, como por exemplo, na concessão de tratamento de saúde ou na determinação de um procedimento médico quando na verificação se é ou não indispensável para a manutenção da vida do paciente. É evidente que esta crítica merece ser ponderada e deve ser analisada diante das decisões proferidas, pois existe hoje uma gama de alternativas que são colocadas à disposição do Poder Judiciário para embasar e fundamentar suas decisões. O Judiciário pode fazer uso de perícias técnicas, das audiências públicas³⁷ e da própria administração - que pode apresentar seus argumentos técnicos sobre determinado caso concreto - para fundamentar suas decisões, talvez a crítica seja realmente válida quando estas alternativas são desprezadas pelo Judiciário.

No Estado Contemporâneo a jurisdição não se limita a puramente a aplicação dos textos jurídicos, cumpre ao Judiciário justificar o significado da norma jurídica para que se harmonize com a realidade social.

Nesse sentido Cambi explica,

Por isto, a alternativa ao *passivismo judiciário*, não é o *ativismo toscano*, pelo qual o juiz estaria livre para julgar conforme o seu senso de justiça. Pregar que o juiz pode ignorar a Constituição ou as leis, os precedentes judiciais que buscaram interpretá-las e os ensinamentos doutrinários que os aclamaram, para permitir que o juiz impusesse o seu próprio ponto de vista, abriria um enorme espaço para *tiranía*.

A intervenção judicial não é ampla e incondicionada. Depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais. Nestas hipóteses, o judiciário não pode se eximir de tutelar esses direitos. Dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, o *protagonismo judiciário*, assim compreendido, justifica-se. (2009, p. 247)

Ademais, em situações extremas de violação dos direitos fundamentais, também é defendida a intervenção judicial, quando caracterizada uma

³⁷ As audiências públicas são promovidas para esclarecimentos sobre determinado tema, da qual participam pessoas com conhecimento técnico sobre a matéria em discussão, a fim de conhecerem mais sobre determinado tema e colherem informações que possam auxiliar no julgamento dos processos. No âmbito da saúde, desde 2007 várias foram as audiências públicas de saúde, quando são chamadas pessoas entre as quais advogados, defensores públicos, promotores, procuradores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS.

conduta do agente público que seja incompatível com o que preconiza a Constituição. Neste contexto, deverá o Judiciário interpretar valores, princípios e regras jurídicas, transformar texto em norma, afastar regra em desconformidade com a Constituição ou com princípios gerais, sendo tal atividade controlada pelos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Cambi assevera sobre o ativismo judicial ao qual se refere como protagonismo judiciário:

[...] compete ao Judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal. A prática da jurisdição, para efetivação da Constituição, não é interferência indevida do judiciário na esfera orgânica dos demais poderes da República. Não é censurável o *protagonismo judiciário* quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição. (2009, p. 248)

Diante das críticas apresentadas, conclui-se que o magistrado contemporâneo, em razão do novo papel que o Judiciário vem desempenhando, deve estar muito além da formação acadêmica que o curso superior de direito lhe proporcionou. Exige-se deste juiz uma capacidade muito maior que aquela adquirida no ensino jurídico. Para desempenhar este novo papel e dar conta das incumbências que a Constituição lhe deferiu, lhe é imposto um conhecimento multidisciplinar capaz de possibilitar uma interpretação mais próxima daquilo que a sociedade e as instituições esperam do Judiciário, amparando-se também nas demais alternativas existentes para o melhor desempenho de seu novo papel.

Como já afirmado, existem limites para a atividade jurisdicional, o texto constitucional é o parâmetro para o aplicador do direito exercitar a atividade hermenêutica. Não se pode atribuir um significado contrário aos enunciados da própria Constituição. Neste sentido, os ensinamentos de Canotilho reforçam que:

O ponto de partida da interpretação das normas constitucionais é o postulado da constitucionalidade (= postulado da vinculação da lei constitucional). Os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o dito pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão). (1997, p. 1208-1209)

A atividade interpretativa do juiz deve ater-se ao verdadeiro sentido da norma. Ao interpretar não lhe é permitido invadir a competência do Legislativo ou Executivo. A Constituição é um sistema que impõe limites para a atividade interpretativa, conforme ensina Bonavides:

A interpretação de todas as normas constitucionais vem, portanto regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema. Faz-se assim suspeita ou falha toda a análise interpretativa das normas constitucionais tomadas isoladamente, à margem do amplo contexto que deriva do sistema constitucional. (2006, p. 131)

Na atividade interpretativa do juiz, os princípios constitucionais também exercem papel importante. São os princípios, quando normatizados, que garantem a unidade, completude e coerência ao sistema. São normas jurídicas que enunciam valores ou fins a serem preservados ou alcançados, indicam fins ou ideais a serem perseguidos pelo intérprete. Afirma Canotilho que “os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. (2003, p. 1035)

Embora a inércia do Estado enseje uma postura ativa do Judiciário, deve-se sempre observar a eficácia da norma. No ordenamento jurídico brasileiro, quando a eficácia da norma depender exclusivamente de lei, o próprio Judiciário poderá supri-la. Isto porque a Constituição tem força normativa e prevalece o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, de acordo com o artigo 5º, § 2º, sempre que possível os direitos fundamentais terão eficácia plena e aplicabilidade imediata. Em contrapartida, não é permitida a intervenção do Judiciário quando o direito tutelado depender de implementação de um programa, pois não cabe ao intérprete ampliar a sua aplicação, face à restrição imposta pelo

próprio legislador constituinte. (AMARAL JÚNIOR, 2010)

Percebe-se que o STF está atuante e fortalecido e juntamente com esta nova postura ativista do Judiciário, solidário aos assuntos que mobilizam a opinião pública, nasce a preocupação do sistema constitucional, centrado na CF/88, quanto à garantia do Estado de Direito, respeito ao princípio da legalidade e a harmonia exigível entre os poderes do Estado. Na verdade, o Judiciário é garantidor de direitos, conforme bem assenta Bobbio:

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (1992, p. 25)

Por outro lado, a passividade do Judiciário representa um risco para o Estado de Direito, bem como a atividade judicial desenfreada pode ser bastante perigosa. Para evitar-se este risco, o aspecto fundamental que deve ser observado na atividade interpretativa do Judiciário é respeitar os limites constitucionais e seus princípios, fortalecendo, assim, o Estado de Direito e a atuação harmônica entre os poderes.

4 PONDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS DE SAÚDE NO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O presente trabalho procura demonstrar a importância da efetividade do direito à saúde, a estrutura normativa deste direito no ordenamento jurídico brasileiro bem como a participação da iniciativa privada nesta seara.

É verdade que o direito à saúde e a sua efetividade é uma das condições indispensáveis para o próprio Estado Democrático de Direito, no sentido de possibilitar a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, possibilitando-se também, por meio de sua implementação, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento nacional. (LEAL, 2009)

Cabe ao Poder Público realizar ações, políticas públicas voltadas para consecução do direito à saúde. Como dito anteriormente, há a necessidade de se ter critérios definidos para determinar quem precisa do auxílio estatal e quem não precisa, de forma a atender a demanda social e universal existente. Importante ressaltar os ensinamentos de Lima, quando afirma que a saúde é direito de todos e deve ser garantida através de políticas públicas sociais e econômicas que tenham por objetivo a diminuição “do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (2008, p. 277)

Neste sentido segue referido autor:

Por essas razões é que se defende que o modelo a ser adotado no Brasil deve contemplar critérios racionais que, entendendo o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público. (2008, p. 277)

Quando o Poder Público não desempenha corretamente o seu papel de estabelecer critérios razoáveis e ponderáveis para o atendimento das demandas de medicamentos, internações, tratamentos, cirurgias para a população hipossuficiente, isto deverá ser realizado pelo Judiciário porque envolve o direito à vida e o tema merece esta intervenção.

Os Tribunais inferiores passaram a dar aplicabilidade imediata ao artigo 196 da CF/88 e o STF proclamou o direito à saúde como indissociável do direito à vida³⁸ o que representou um grande avanço à defesa do mínimo existencial e do direito à saúde no Brasil. (TORRES, 2009)

A população está cada vez mais informada sobre seus direitos. O ordenamento assegura ao indivíduo, ante a deficiência do Estado na prestação de serviços de saúde, o acesso ao Judiciário que oportuniza às pessoas necessitadas de amparo à saúde, o socorro para prover suas necessidades de produtos e serviços de saúde, mesmo que estes produtos ou serviços não estejam disponíveis no SUS, como por exemplo, medicamentos e tratamentos estrangeiros que têm comprovada a sua eficácia terapêutica.

As demandas relativas ao direito à saúde envolvem o aspecto social, econômico e político da realidade brasileira. A procura do Judiciário para resolver essas demandas deveria ser uma via excepcional, entretanto o que se percebe é que existe um aumento de ações judiciais como se a solução do problema de saúde no Brasil estivesse no Judiciário, que, mesmo revestido de legitimidade para efetivar direitos fundamentais, encontra limites de ordem fática e jurídica.

É evidente que não se deve desprezar que a atuação judiciária, muitas vezes, causa entraves à gestão da saúde pública, pois compromete recursos orçamentários e desestrutura as políticas existentes de atendimento à saúde da

³⁸ RE 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello. E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA 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 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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, 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 TRANSFORMAR-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 inconseqüente, 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. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 11/03/2011.

população. (LINS, 2010).

Percebe-se que a CF/88, a chamada Constituição Cidadã, que garante os direitos fundamentais e tem na vida e na saúde seus corolários, criou um modelo de Estado com uma estrutura deficitária, na qual o sistema tributário é eficiente e a captação de receitas é uma das maiores do mundo, mas que não consegue atender, de forma satisfatória, a demanda da sociedade brasileira. A arrecadação é de primeiro mundo, mas a contraprestação dos serviços à população que paga seus impostos é de países subdesenvolvidos. Bem como também não conta com orçamento disponível para a efetivação desses direitos, tanto é que a maior dificuldade de atendimento aos direitos fundamentais, em especial à saúde, é a impossibilidade de prestação por parte do Estado diante da escassez de recursos orçamentários. (BLIACHERIENE; MENDES, 2010)

Mas certo é que, na medida em que o direito à saúde é mais difícil de ser concretizado, maiores e mais eficazes devem ser os meios e instrumentos à disposição da população para a sua garantia. Enquanto a saúde, nos moldes constitucionais, for de difícil aplicabilidade, cumprirá ao Judiciário salvaguardar o direito fundamental à saúde, intervindo e promovendo o seu acesso a toda a sociedade, sem, contudo, inviabilizar a prestação do serviço de saúde pelo Estado, devendo considerar a questão orçamentária quando das decisões relativas à concessão de medicamentos ou de tratamentos terapêuticos para não provocar o caos na Administração Pública³⁹.

4.1 DAS MEDIDAS JUDICIAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Considerando o modelo de Estado contemporâneo e à luz do artigo 3º, inciso I e artigo 193 da Carta, o direito à saúde é um direito fundamental social que tem, assim como os demais direitos fundamentais, o objetivo de promover o bem-estar e a justiça social. Entenda-se que justiça social, conforme ensina

³⁹ O próprio art. 36, da Lei 8.080/90 reza que o planejamento e a orçamentação da saúde deverão compatibilizar as necessidades da política de saúde com as disponibilidades de recursos em planos de saúde dos entes federados, num reconhecimento da finitude dos recursos versus infinidades das demandas ou necessidades. Com a EC 29 (que alterou o art. 198 da CF), a saúde passou a contar com percentuais mínimos para o seu custeio. Assim, o direito à saúde deve ser implementado dentro do montante de recursos constitucionais destinados ao seu financiamento. SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/integralidade.pdf>. Acesso em 16/03/2011.

Barzotto, “visa diretamente ao bem comum, e apenas indiretamente ao bem deste ou daquele particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro é apenas indireto”. (apud LIMA, 2008, p. 276)

O direito à saúde não deve ser entendido como um direito ilimitado a ser exercido de forma individual contra o Estado, reduzindo-se a pretensões individuais à margem da comunidade. A prestação jurisdicional que assegura acesso a tratamento de saúde individual em detrimento da coletividade favorece aqueles que recorrem à justiça para ver seu direito concretizado e aqueles que não ingressam em juízo? Estão desamparados? E se todos se utilizarem da tutela jurisdicional individual? Como o Estado enfrentará as limitações orçamentárias e a escassez de recursos para atender a demanda?

A posição do Judiciário não é una e existem decisões divergentes. Em Alagoas, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado concedeu tratamento de saúde ao demandante, que contrariava a política do Ministério de Saúde. No STF, reiterou-se o caráter universal do direito à saúde, conforme trecho transcrito do acórdão:

[...] a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder [...] está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (STA Nº 91, 2007)

É evidente que o orçamento sofre impacto quando da concessão pelo Judiciário a tratamento de saúde a um indivíduo em detrimento de uma coletividade, pois esta decisão implica custos para o Estado e, para a sua concretização, o ente estatal haverá de disponibilizar recursos públicos, nem que para isso seja necessário privar uma maioria – leia-se coletividade - de algum outro bem ou serviço. (LUPION, 2008)

Conclui-se que a atuação do Judiciário deve ser prudente, bem como levar em conta a repercussão social e econômica que suas decisões geram na sociedade e na própria gestão do Estado. Referidas decisões devem priorizar as

políticas de padronização que visam atendimento de uma coletividade, pois não é aceitável que seja conferido atendimento a uma única pessoa com o sacrifício de direitos de uma coletividade – que, inclusive, custeia, mesmo que indiretamente, este tratamento.

As medidas que concedem o direito fundamental à saúde, por albergarem implicitamente o direito à vida, requerem celeridade do Judiciário. Talvez este seja o principal motivo do elevado número de liminares expedidas por magistrados nos Tribunais inferiores e alguns equívocos no julgamento de situações concretas, pois a segurança jurídica requer tempo para que sejam proferidas decisões com a maior certeza possível.

Pela análise de alguns julgados concernentes à matéria, percebe-se que o Judiciário tem se utilizado de alguns meios recorrentes para a tutela antecipada de efetivação do direito à saúde, diante da agilidade e eficiência que lhe é exigida, entre os quais é possível citar: a) fixação de multas⁴⁰ para o Estado pelo não cumprimento de decisão judicial, diante de obrigações de dar ou de fazer; b) seqüestro⁴¹ de contas do Estado; c) determinação de prestação do tratamento pela rede privada⁴² às custas do Estado ou por compensação tributária.

Registra-se que cada um desses meios utilizados pelo Judiciário, e ora citados, merecem ser amplamente discutidos e cada um deles poderia ser objeto de um interessante trabalho de pesquisa, pois são vértices que geram controvérsias e são deveras polêmicos. Entretanto, por razões de foco no tema deste trabalho, são informações trazidas de forma bastante simplista, com o único fito de complementar o tema abordado neste trabalho e apenas será melhor explorado o item “c”, adiante,

⁴⁰STJ – Resp 738511-RS – 2ª turma – Relator Min. Franciulli Netto – DJU 21.03.2006, p. 117. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+738511&b=ACOR. Acesso em 24/03/2011.

⁴¹079/1.05.0000502-0 (CNJ 0005021-79.2005.8.21.0079). Disponível em http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=6&ed=4547&pag=5&ult=374&va=9.0. Acesso em 24/03/2011.

TJ/RS - RECURSO ESPECIAL/EXTRAORDINARIO N 70028133387. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025336306&num_processo=70025336306&codEmenta=2621077&temIntTeor=true. Acesso em 24/03/2011.

TJ/RS - RECURSO ESPECIAL/EXTRAORDINARIO N 70026853945. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70024337842&num_processo=70024337842&codEmenta=2426786&temIntTeor=true. Acesso em 24/03/2011.

⁴²Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7 – 3ª Vara da Justiça Federal do CE – Mag. George Marmelstein Lima. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/17760769/Direito-Fundamental-a-Saude-decisao-judicial-2003>. Acesso em 24/03/2011.

por ser pertinente vez que é um dos principais aspectos da problemática desta pesquisa.

Existem, no âmbito da saúde, os denominados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT que, salvo melhor juízo, também auxiliam as decisões judiciais. Os PCDTs são documentos científicos elaborados por especialistas da área de saúde, baseados em evidências científicas, que traçam algumas diretrizes e indicam qual tratamento ou medicamento é mais adequado para determinada doença. Este documento, atualizado periodicamente, é um instrumento que possibilita superar a individualização do direito fundamental à saúde quando concedido pela via judicial, porque permite uma aplicação racional e criteriosa do direito à saúde, servindo de parâmetro para o magistrado.

É certo que o Judiciário tem independência e não fica adstrito a este Protocolo ao proferir suas sentenças, mas possibilita ao magistrado amparo técnico as suas decisões, visto que os PCDTs são elaborados por profissionais qualificados, éticos e de renome no cenário da saúde brasileira. Desta forma, um tratamento ou medicamento em desacordo ao Protocolo deve ser visto com reserva pelo Judiciário, pois estará contrariando um consenso científico. (LIMA, 2008)

Com o objetivo de orientar a adoção de medidas pelo Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31/2010⁴³, em 30 de março, a qual orienta “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”. O Min. Gilmar Mendes, nesta Recomendação, reforça a necessidade do auxílio de pessoas com conhecimento técnico na área de saúde para que o Judiciário possa aperfeiçoar a prestação jurisdicional e proferir sentenças que efetivamente venham contribuir para a justiça social neste país. (GANDINI, 2010)

4.2 INSTITUIÇÕES E SISTEMAS DE SAÚDE NO BRASIL

A CF/88 garantiu o direito à saúde, elevando-o à categoria de um direito fundamental social (artigo 196). Ao passo que a legislação infraconstitucional

⁴³ Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>. Acesso em 27/03/2011.

reafirmou o direito à saúde e criou o SUS, constituindo as diretrizes da assistência à saúde pelo Estado (Lei nº 8.080/90).

No ordenamento jurídico brasileiro, “a tutela da saúde humana é exercida, na prática, por meios de serviços de assistência e promoção da saúde, prestados pelo Poder Público ou por entidades privadas”. (GANDINI, 2010, p. 256)

A CF/88 destaca o papel do Poder Público na condução da saúde, prescrevendo em seu artigo 197:

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

O texto constitucional, que elevou o direito à saúde à condição de direito fundamental, possibilitou também que a saúde seja prestada pela iniciativa privada de forma suplementar (art. 197) e complementar (art. 199, §1º).

O Estado, incapaz de manter um sistema de saúde satisfatório para atender a demanda, diante da insuficiência de recursos e meios de infraestrutura para prestação de saúde, admitiu no ordenamento jurídico contemporâneo a necessária participação da iniciativa privada no âmbito da saúde, por intermédio de empresas particulares que se dispõem a realizar as prestações de saúde com objetivo de lucro.

Neste sentido, vale trazer os ensinamentos de Scaff do ponto de vista da racionalização dos recursos existentes para a saúde:

[...] concede aos particulares a possibilidade de contratar ou não serviços oferecidos no mercado, sempre a partir dos interesses e objetivos pessoais mantidos por cada um dos potenciais consumidores, o que impõe às empresas e pessoas físicas que atuem no ramos da saúde uma desejável competição, atendendo-se assim aos princípios da livre iniciativa que estai consagrados constitucionalmente em nosso meio. (2010, p. 22)

Nesta esteira, o Estado intervém como garantidor da proteção aos indivíduos que não possuem meios e condições suficientes para custear a sua saúde e a de seus familiares.

Importante ressaltar que ao Estado incumbe cuidar da saúde preventiva (como é o caso das campanhas de vacinação, de combate a epidemias, pandemias, etc.) e a parte curativa está dividida entre o setor público e a iniciativa privada. A saúde é um serviço de relevância pública, portanto, ou o Estado atua diretamente na prestação da saúde ou atua na regulamentação, fiscalização e controle das atividades de saúde prestadas por terceiros – pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. (PASQUALOTTO, 1999)

4.2.1 Instituições de Saúde Públicas e Privadas

Antes de adentrar nas especificidades de cada sistema, importante registrar algumas breves considerações acerca das instituições de saúde existentes no país. Existem no Brasil as instituições de saúde públicas e privadas. As instituições públicas são custeadas pelo Estado com as características inerentes a uma empresa pública e são regidas por normas de direito público.

No âmbito privado, existem as instituições de saúde com e sem fins lucrativos. As instituições de saúde com fins lucrativos são regidas por normas de direito privado, têm objetivos empresariais e visam lucro, ou seja, as pessoas para terem acesso aos seus serviços devem pagar por eles. Por sua vez, as instituições de saúde sem fins lucrativos, menor parcela no mercado de saúde brasileiro, também denominadas de filantrópicas, têm seus lucros reinvestidos em bens ou serviços de saúde e na sua própria estrutura. A saúde, nesta modalidade, é prestada por Organizações Sociais⁴⁴ (OS) ou por Sociedade Civil de Interesse Público⁴⁵ (OSCIP), também denominadas de terceiro setor, ressalta-se que essas instituições privadas de caráter filantrópico têm preferência na contratação pelo SUS quando as instituições de saúde públicas não são suficientes para suprir a demanda de saúde em determinada região.

⁴⁴ As Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa que auxiliam o Estado na efetivação dos direitos fundamentais. São entidades privadas sem fins lucrativos (associações, fundações ou sociedades civis), que exercem atividades de interesse público. São reguladas pela Lei nº 9.637/98.

⁴⁵ As OSCIPs são entidades privadas atuando em áreas típicas do setor público, e o interesse social que despertam merece ser, eventualmente, financiado, pelo Estado ou pela iniciativa privada, para que suportem iniciativas sem retorno econômico. São reguladas pela Lei 9.790/99. Disponível em <http://www.sebraemg.com.br/culturadacooperacao/oscip/02.htm>. Acesso em 03/04/2011.

4.2.2 Sistemas de Saúde Público e Privado

Afora as instituições de saúde pública e privada, existem, no Brasil, dois sistemas de saúde: a) o público, gratuito e de acesso universal, hoje denominado SUS; e b) o privado, contributivo e de acesso restrito. O Estado brasileiro permite que coexistam, de forma independente, as duas redes de saúde: pública e privada. É um sistema de saúde misto que permite à população brasileira a escolha por este ou aquele serviço de saúde.

A mutualidade está presente em ambos os sistemas, ou seja, é preciso pagar para poder usufruir. No sistema privado, o usuário paga de acordo com o serviço contratado, enquanto no sistema público, toda a sociedade paga, por intermédio dos impostos, para ter acesso e dar acesso a todas as pessoas que necessitem dos serviços de saúde oferecidos pelo Estado.

4.2.2.1 Sistema de saúde público

O artigo 198 da Constituição prevê o SUS. A assistência de saúde pública é regulada, como já dito, pela LOS nº 8.080/90, que dispõe sobre promoção, proteção, recuperação, organização da saúde e prescreve quais as atribuições deste sistema. Estabelece, nos termos do artigo 4º e § 1º, quais são as instituições que compõem o SUS:

O conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantida pelo Poder Público.

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo, as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

O SUS trata-se de um sistema único, regionalizado e hierarquizado. É único porque toda a saúde pública está condicionada a ele; regionalizado porque cada região deverá desenvolver sua política pública de saúde de modo a atender as necessidades e as demandas da população local e hierarquizado porque os serviços são divididos de acordo com o nível de complexidade que envolvem.

O acesso à rede pública é universal, o que deve ser compreendido

como uma garantia a todos os brasileiros e, inclusive, a todos os estrangeiros que estejam em território brasileiro. É garantido a todos os necessitados o acesso universal à rede pública de saúde, não se admitindo “delegar ao particular obrigação social imposta pelo texto constitucional, tão-somente, ao Estado” (FIGUEIREDO, 2006, p. 202).

De acordo com a Lei nº 8.080/90, os órgãos diretivos da saúde pública no Brasil são, no âmbito nacional, o Ministério da Saúde; no estadual, a Secretaria de Saúde e municipal, a Secretaria de Saúde. Enquanto os gestores do SUS são, respectivamente, o Ministro da Saúde, o Secretário de Saúde e na esfera municipal o Prefeito e o Secretário Municipal de Saúde.

O financiamento do SUS é composto por diferentes fontes de custeio e tem como princípio norteador deste custeio a solidariedade, pois todos os segmentos sociais são chamados a contribuir. As fontes de financiamento, já retratadas no capítulo 2 deste trabalho, estão previstas nos artigos 194, VI, 195 e 198 da CF/88, bem como no artigo 32 da Lei nº 8.080/90. Além do que necessário registrar que toda a sociedade financia os gastos do SUS, seja através de tributos – na condição de contribuintes, seja de forma indireta quando adquire bens ou serviços públicos. (SCAFF, 2008)

A prestação de serviços do SUS é realizada através de contratos públicos firmados com as instituições de saúde públicas e privadas para suprir a demanda de cada região de acordo com o espaço geográfico e densidade populacional.

Cabe ao MS normatizar as ações e realizar o pagamento da rede hospitalar complementar conveniada ao SUS. O pagamento é realizado de acordo com os atendimentos prestados e com os valores fixados na tabela do SUS.

De acordo com entrevista concedida pelo Dr. Luiz Soares Koury, diretor do Hospital Evangélico de Londrina-PR e vice-presidente da Federação das Misericórdias do Paraná, a prioridade de contratação segue uma ordem: primeiro o SUS contrata as instituições de saúde pública, porque o Estado já absorve o custeio destas instituições e nada mais coerente do que contratar seus próprios serviços de saúde; havendo ainda demanda e insuficiência de serviços, em segundo lugar contrata as instituições de saúde privadas, sem fins lucrativos, são as denominadas instituições filantrópicas e, por último, ainda não suprimindo a demanda, contrata instituição de saúde privada com fins lucrativos. Informações que conferem com as

determinações constantes na Lei nº 8.080/90.

A complementariedade ocorre quando os serviços de saúde da rede pública são insuficientes para atender a demanda e o Poder Público busca a sua complementação no sistema de saúde privado. As instituições de saúde privadas são contratadas e passam a ser conveniadas ao SUS, prestando o serviço de saúde em nome do SUS, de forma complementar.

É o que se verifica nos artigos da Lei nº 8.080/90:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A Constituição prevê a participação de entidades privadas na execução de ações no setor da saúde e prevê, inclusive, que essa atuação é livre à iniciativa privada. A concretização do direito à saúde só é possível através de uma parceria entre o Estado e iniciativa privada, pois o Estado não possui recursos suficientes para investimentos contínuos em tecnologia e infraestrutura que o setor necessita.

Os contratos firmados entre as instituições de saúde e o SUS

regulam a prestação de saúde e condicionam as instituições contratadas a algumas regras e metas previamente estabelecidas. Estas instituições de saúde privadas passam a integrar a rede conveniada do SUS e não podem exigir pagamento na prestação da saúde quando a opção do paciente for pelo sistema público. O pagamento é realizado pelo Ministério da Saúde, como dito anteriormente, e de acordo com os valores⁴⁶ fixados na tabela do SUS.

Importante ressaltar a lição de Figueiredo, quanto ao sistema brasileiro de saúde:

A rede pública é composta por órgãos e entes estatais destinados à prestação direta, integral e universal à população (saúde pública), bem como por instituições particulares que podem vir a complementá-la, quando se fizer necessário, mediante credenciamento, as quais irão prestar o atendimento médico como *longa manus* do Poder Público (saúde pública complementar). (2006, p. 17)

Em síntese, há no Brasil, o sistema público de saúde prestado por instituições públicas e privadas (contratadas ou conveniadas ao SUS) custeado pelo Estado e o sistema privado de saúde, prestados por instituições privadas custeados pelos indivíduos.

Assim, a população tem à disposição a prestação de saúde pelo sistema público e pelo privado. Salienta-se que quando o usuário utilizar o sistema público – rede pública – deverá observar suas regras, tais como as que Santos aponta:

[...] a regionalização dos serviços, as referências e contra-referências, calendário de vacinação, porta de entrada dos serviços de acordo com o agravo à saúde e a sua complexidade, padronização de medicamentos etc., lembrando sempre que o SUS é um sistema público aberto: quem quiser poderá usufruir dele, mas sempre observando as suas imposições administrativas e técnicas. Poderá utilizar os serviços ou deixar de utilizá-los, livremente. (STF, 2006)

⁴⁶ Segundo o diretor do Hospital Evangélico de Londrina, Dr. Koury, a cada R\$ 10 repassados pelo SUS, R\$ 8 são para o especialista (médico) e apenas R\$ 2,5 são destinados aos hospitais.

Desta forma, entende-se que o indivíduo com recursos financeiros tem liberdade e pode escolher, a qualquer tempo, entre o sistema de saúde público e o privado, mas quando fizer sua escolha pelo sistema de saúde público é necessário respeitar o seu regramento, seus princípios e suas diretrizes, inclusive submeter-se aos critérios de organização, de seleção, de terapêuticos e de medicamentos adotados pelo SUS.

4.2.2.2 Sistema de saúde privado

Ao lado do SUS, está o sistema de saúde privado, consagrado no artigo 199 e § 1º:

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

A assistência à saúde privada passou a ser regulada pela Lei nº 9.656/98, denominada de Leis dos Planos de Saúde (LPS) que disciplinou sobre planos de saúde privados. Importante destacar que o sistema de saúde privada admite duas formas de assistência à saúde, uma de forma complementar, prevista no artigo 199, § 1º, da Constituição e Lei nº 8.080/90 em seu artigo 4º, § 2º, já exposta no tópico anterior, e a assistência de saúde suplementar, não remunerada pelo setor público, que é o sistema privado propriamente dito que ora está-se a tratar.

A regulação do mercado de saúde suplementar, como já mencionado, é realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e pela Lei nº 10.185/01. A ANS é uma autarquia federal, ente estatal independente e autônomo, que tem por finalidade promover a defesa do mercado de saúde suplementar, que é de interesse público, uma vez que abarca, aproximadamente, 40 milhões de brasileiros que vêm na iniciativa privada uma alternativa à prestação de saúde do SUS. (FIGUEIREDO, 2006)

A ANS tem por objetivo garantir a efetividade da Lei nº 9.656/98, determinando critérios para a atuação das operadoras de planos de saúde, defender os interesses dos consumidores destes serviços e, principalmente, harmonizar os interesses desses, das operadoras e do Estado, compensando as desigualdades nas relações contratuais. (SILVA, 2005)

Por sua vez, as instituições de saúde suplementar, sem qualquer aporte do financeiro do Poder Público (art. 199, § 2º, da CF/88), são instituições privadas com ou sem fins lucrativos, financiadas pelos usuários, que se submetem ao artigo 170 da CF/88, herdando do direito civil e empresarial todas as normas de constituição e seus serviços de saúde estão disciplinados pela Lei nº 9.656/98. (FIGUEIREDO, 2006)

Verifica-se que a assistência à saúde não é um monopólio do Estado, mas por ser um direito fundamental, quando for prestado pela iniciativa privada, deverá submeter-se à regulamentação, controle e fiscalização do Estado conforme previsto no artigo 197 do texto constitucional e regulamentação da lei supra mencionada.

A assistência privada é paga pelo usuário, que pode pagar diretamente à instituição de saúde que presta o serviço (consultórios, ambulatórios, clínicas, hospitais) ou pode pagar indiretamente aos planos ou seguros de saúde, por intermédio das operadoras de planos de saúde de assistência privada mediante contrato de prestação de serviços. A assistência privada à saúde é uma atividade econômica. A relação jurídica entre operadora e usuário nasce de um contrato celebrado entre ambos de plano ou seguro de saúde, que se caracteriza pela onerosidade.

O financiamento da saúde suplementar brasileira é realizado inteiramente pelo capital privado. Neste sentido, Figueiredo destaca:

Por fim, os indivíduos que queiram uma rede diferenciada de atendimento, como um *plus* em relação à rede pública, é garantida a contratação diretamente com entidades particulares voltadas à suplementação dos serviços de saúde, cuja prestação se dará sob regime de direito privado, obedecidos os ditames e regras normatizados em lei e disciplinados pelo ente regulador, a saber, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (saúde privada suplementar). (2006, p. 17)

Inúmeros são os fatores que fizeram com que a rede privada de saúde se fortalecesse, entre os quais: a) a falta de políticas públicas de saúde capazes de atender às necessidades fáticas da população; b) a escassez de recursos do Estado para prover, de forma satisfatória, a demanda da população; c) o sucateamento dos hospitais públicos por falta de manutenção e de novos investimentos. (FIGUEIREDO, 2006, p. 112)

Muitos autores justificam a participação da iniciativa privada na área de saúde em razão da ineficiência dos serviços prestados pelo Estado, como alega Schaefer:

A falta de vontade pública em melhorar o sistema público contribui sobremaneira com o desenvolvimento dessas empresas, que não reduzem os custos dos serviços porque suas finanças vão mal, mas para permitir que um maior número de pessoas agregue-se aos seus planos e seguros. O sistema privado não convive com a escassez de recursos; sua maior dificuldade está em se adequar à sua função social e à função social dos seus contratos. (apud SILVA, 2005, p. 24)

O sistema privado complementar⁴⁷ surge para desafogar o Estado, oportunizando à população uma opção de atendimento e serviços médicos que seja mais satisfatória e atenda as suas necessidades, entretanto, por ser um serviço de interesse público e de relevância pública, está subordinado à regulação do Estado.

Todas as instituições privadas que operam com produtos ou serviços de assistência à saúde, seja médica, hospitalar ou odontológica, devem pagar a Taxa de Saúde Suplementar (TSS). Esta taxa foi instituída pela ANS em decorrência do seu poder de polícia para ressarcir o custo de fiscalização da agência. A TSS, já declarada constitucional pela Egrégia Corte Suprema, encontra-se disciplinada no artigo 18 e seguintes da Lei nº 9.961/00⁴⁸ e tem como fato gerador o exercício do poder de polícia que a lei atribui à ANS (art. 4º), conforme se lê nos artigos que seguem:

⁴⁷ “No Brasil, os sistemas privados de medicina supletiva são aqueles que desempenham funções de prestação de serviços de saúde não remunerados pelo setor público através de órgãos oficiais de custeio. [...] os modelos privados de prestação suplementar de serviços de saúde são bastante variados, em virtude da evolução econômica e social da sociedade brasileira, aliada à própria evolução histórica e jurídica da saúde dentro do direito pátrio”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 130.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 1 abr. 2011.

Art. 18. É instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

Art. 19. São sujeitos passivos da Taxa de Saúde Suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

Importante salientar que as instituições filantrópicas, sem fins lucrativos, fazem jus a um desconto de 30% do valor da Taxa de Saúde Suplementar (art. 20, § 6º, do mesmo diploma legal).

4.2.2.2.1 Breves considerações acerca das operadoras de planos e seguros de saúde privados

Embora não seja o foco do presente trabalho, importante trazer algumas considerações acerca da saúde suplementar. Esta prestação deriva de uma relação contratual regida por normas de direito privado, que pode ser firmada entre o particular e a operadora de saúde através de um contrato de plano de assistência à saúde ou de um contrato de seguro de saúde. Esses contratos são de adesão⁴⁹, padronizados, regidos pela Lei nº 9.656/98, que dispõe inúmeras regras contratuais obrigatórias e suas cláusulas são previamente autorizadas pela ANS⁵⁰.

A Lei nº 9.656/98 tem o objetivo de proteger o consumidor, equilibrar a relação contratual e garantir o cumprimento da função social da empresa de assistência à saúde, evitando arbitrariedades.

O artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98, define plano privado de

⁴⁹ Nesta modalidade de contrato é importante a fiscalização e intervenção do Estado com regras que impõe o equilíbrio na relação entre a empresa de assistência médica e o consumidor-aderente. A Lei nº 9.656/98, que regula a atividade das empresas privadas de planos de saúde, estabelecendo regras obrigatórias que devem constar nos contratos de adesão. Algumas destas regras estão dispostas em seus artigos 10,12, 14, 15 e 35E permitindo a padronização desses contratos. SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito Privado: Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-61.

⁵⁰ A Agência Nacional de Saúde Suplementar, em 11 de janeiro de 2010, promulgou a Resolução Normativa – RN nº 211 atualizando o rol de procedimentos e eventos de saúde, fixando as diretrizes de atenção à saúde e outras providências. RAMOS, Iolanda; SILVA, José Luiz Toro da. Alguns Aspectos polêmicos da regulamentação dos planos de saúde. In In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 200.

assistência à saúde como:

Plano Privado de Assistência à Saúde: 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.

As empresas que prestam serviços de assistência de saúde privada são denominadas de operadoras de plano de assistência à saúde, conceituadas no inciso II do mesmo artigo: "operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo". Essas operadoras prestam serviços de saúde nas duas modalidades: planos de saúde e seguros de saúde.

Dos ensinamentos de Figueiredo, retira-se o conceito de plano de saúde como:

[...] o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro tão-somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas. (2006, p. 183)

O contrato firmado com planos de saúde tem como características a bilateralidade, trato sucessivo e prazo indeterminado, onerosidade, comutatividade, adesão e aleatoriedade.

Já o seguro de saúde, seguindo o entendimento do mesmo autor é:

[...] o pacto celebrado entre a seguradora de saúde e o respectivo segurado, no qual este se obriga ao pagamento do valor pecuniário de contratação estipulado na apólice e do valor de franquia, quando estiver previsto, ao passo que aquele se obriga a pagamento do prêmio, quando da ocorrência de enfermidades contratualmente cobertas. (2006, p. 185)

Este contrato, por sua vez, também tem características próprias: prazo determinado, onerosidade e a comutatividade.

Embora existam diferenças nas duas modalidades, tanto as empresas de planos de saúde quanto às seguradoras tem o mesmo objetivo final: satisfazer as necessidades de saúde do contratante. Enquanto o seguro-saúde visa o ressarcimento das despesas ocorridas com o tratamento médico, na modalidade de reembolso, as empresas de planos de saúde assumem a obrigação de prestar os serviços de saúde por meio de profissionais, hospitais e laboratórios por elas credenciados. (SCAFF, 2010)

4.2.3 Reflexões Sobre o Ressarcimento do Serviço de Saúde

Adentra-se, neste último tópico, na problemática deste trabalho de pesquisa.

Como já demonstrado anteriormente, para a concretização do direito à saúde torna-se indispensável a participação da iniciativa privada. Por outro lado, percebe-se que esta participação decorre, muitas vezes, de uma determinação do Poder Judiciário no sentido de fazer às vezes do Estado no cumprimento do dever de prestar um determinado serviço de saúde.

Desta forma, surge a questão: como equacionar a obrigatoriedade, por parte do sistema privado, em atender as decisões judiciais que os compelem à prestação de um determinado bem ou serviço de saúde e, ao mesmo tempo, à satisfação do objetivo econômico precípua de uma instituição privada com fins lucrativos?

Faz-se necessário, antes de abordar o cerne da problemática acima mencionada, discorrer sobre a questão relativa ao ressarcimento ao SUS pelos serviços de saúde prestados a usuário de plano ou seguro de saúde por gerar efeitos econômicos na iniciativa privada.

4.2.3.1 Do ressarcimento ao SUS pela prestação de saúde fornecida a usuário de saúde suplementar

Um dos aspectos mais delicados da Lei dos Planos de Saúde, é objeto do artigo 32 da Lei nº 9.656/98. Alvo de inúmeras críticas e processos

judiciais, estabelece o ressarcimento ao SUS:

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.

§ 1º O ressarcimento a que se refere o **caput** será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso.

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos:

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração

II - multa de mora de dez por cento.

§ 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos.

§ 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde.

§ 7º A ANS fixará normas aplicáveis ao processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo.

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei.

A intenção do legislador, claramente uma opção política, foi coibir às operadoras de plano privados de assistência à saúde um enriquecimento sem causa em detrimento do Poder Público. Os fundamentos para este dispositivo legal estão

previsto no texto constitucional, em seu artigo 173, § 4º, quando veda o aumento arbitrário de lucros e no artigo 199, § 2º, quando é vedado o repasse de verbas públicas à entidades de saúde privadas com fins lucrativos.

O objetivo do artigo 32 da Lei é fornecer ao Estado uma alternativa eficaz para recuperar valores despendidos pelo SUS no atendimento de usuário de plano de saúde, quando o serviço está incluído no contrato privado. Apesar da saúde ser dever do Estado, não se justifica o Poder Público ser onerado no atendimento de pessoas que além de terem condições de pagar pela saúde, contratam uma operadora privada para atender as suas necessidades. Existindo um contrato entre beneficiário e operadora de saúde, o dever legal de prestar o serviço de saúde é da operadora, que deve arcar com o custo deste atendimento. Quando o usuário se utiliza dos serviços do SUS, a operadora tem um aumento em seus lucros, gerando um enriquecimento sem causa. Por isso, o ordenamento prevê a obrigação de ressarcir o Estado nesses casos. (FIGUEIREDO, 2006)

Existe muita divergência sobre a natureza deste ressarcimento, se é um tributo, uma obrigação civil indenizatória decorrente da responsabilidade civil, ou ainda uma obrigação civil restituitória fundamentada no enriquecimento sem causa das operadoras. Para fundamento deste trabalho, adotar-se-á esta última corrente.

De acordo com Figueiredo, a natureza do ressarcimento ao SUS é restituitória, embasado nos artigos 884 e 885 do Código Civil:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer às custas de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo Único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Este ressarcimento, de acordo com o entendimento de Figueiredo, não se trata de tributo, taxa ou qualquer outra forma de natureza tributária. Está-se diante de uma reposição de valores gastos pelo Estado indevidamente, pois reverte em menos custo para as operadoras de saúde privadas e que deve ser reembolsado

aos cofres públicos diante de uma obrigação cível. (2006, p. 299). Neste mesmo sentido, o autor traz um trecho do parecer de Barros de Carvalho quando consultado pela ANS sobre o tema:

[...] observa-se que o ressarcimento ao SUS a que se refere o art.32 da Lei nº 9.656/98 não preenche os requisitos caracterizadores da multa, nem da obrigação convencional, nem de tributo. Trata-se de uma prestação pecuniária compulsória que não configura sanção por ato ilícito, o que, em uma análise superficial, poderia levar à equivocada idéia de estar-se diante de um tributo. Sua natureza, porém, é nitidamente reparatória, decorrente de efeitos não juridicamente reconhecidos (enriquecimento em causa) e, portanto, ilícitos, independentemente da licitude dos atos praticados pelo agente. (2006, p. 299)

Este também é o entendimento de Figueiredo,

[...] a obrigação pecuniária, na verdade, não foi criada, segundo pensamos, propriamente dentro da possibilidade jurídica do artigo 198, § 1º, da Constituição, mas, apenas, foi disciplinada pela Lei 9.656/98 a forma pela qual seria feito o ressarcimento na hipótese de o Estado, diretamente ou por meio de seus hospitais contratados ou conveniados, fazer o atendimento médico-hospitalar, já coberto e pagos pelos contratantes de Planos de Assistência à Saúde. Portanto, é obrigação *ex lege*. (2006, p. 300)

Por fim este também é o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. O STF já decidiu pela constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, em julgamento da ADIn em 21 de agosto de 2.003, publicada no Diário Oficial em 28 de maio de 2.004, conforme Informativo do STF nº 317⁵¹ e o STJ também tem pacificado o entendimento de que o ressarcimento ao SUS tem natureza cível, conforme Informativo STJ nº 238⁵².

⁵¹ Disponível em <http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2008/10/informativo-stf-317-supremo-tribunal.html>. Acesso em 03/04/2011.

⁵² Disponível em <http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2008/12/informativo-stj-238-superior-tribunal.html>. Acesso em 03/04/2011.

4.2.3.2. Do procedimento para cobrança dos valores do ressarcimento ao SUS

O procedimento administrativo para que seja cobrado das operadoras privadas de assistência à saúde o ressarcimento ao SUS é muito bem esclarecido por Figueiredo e é regido pela Resolução Normativa nº 12, de 29 de outubro de 2003, editada pela ANS, com o objetivo de garantir o contraditório e a ampla defesa às operadoras. O procedimento dá-se da seguinte forma:

- a) A Lei nº 9.656/98, em seu artigo 20, estabelece que as operadoras têm o dever legal de enviar à ANS seu cadastro de beneficiários (nome e informações sobre os usuários) periodicamente. Todos os atendimentos e internações realizados pelos SUS são registrados pela instituição de saúde através dos denominados Avisos de Internação Hospitalar (AIH). Esses dados são enviados à ANS e lá são cruzados com o banco de dados da Agência, gerando o Aviso dos Beneficiários Identificados (ABI);
- b) Com estes ABIs, são disponibilizados para as operadoras o código de identificação do beneficiário, o procedimento realizado, o nome da instituição que prestou o atendimento, a data e o município onde foi realizado. Estas informações ficam à disposição no site da ANS para consulta pelas operadoras através de uma senha exclusiva que cada operadora recebe da ANS, pessoal e intransferível;
- c) Caso as operadoras queiram impugnar, seja técnica ou administrativamente, por entenderem ser uma cobrança indevida, ou incorreção do beneficiário ou do procedimento adotado, lhes é garantido a ampla defesa e o contraditório;
- d) As impugnações técnicas são encaminhadas para análise e deliberação à Secretaria de Assistência à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde. As impugnações administrativas são encaminhadas para à ANS. Destas deliberações cabe recurso administrativo para uma instância superior;
- e) Após a apreciação definitiva das impugnações ou do prazo ter transcorrido sem impugnação, é emitida a guia para cobrança

bancária com os valores definitivos e disponibilizadas, novamente, na internet, as informações para as operadoras.

Desta forma, cumprem-se todas as etapas para que o Poder Público possa cobrar o ressarcimento ao SUS pelos atendimentos realizados a usuários do sistema privado.

Não se pode deixar de registrar que existem duas fases de cobrança deste ressarcimento: a administrativa e a judicial.

A primeira fase, descrita acima, é administrativa. Após analisadas as impugnações e indeferidas, é emitida a guia com os valores devidos. Cabe à operadora efetuar o pagamento. Havendo inadimplemento⁵³ por parte da operadora, o Estado inscreve o crédito na dívida ativa não-tributária (Lei nº 6.830/80, art. 2º), inclui o nome da operadora no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), nos termos da Lei nº 10.522, de 2002 e ingressa no Judiciário com uma execução fiscal. Por outro lado, a operadora também pode ingressar em juízo para contestar a cobrança. (FIGUEIREDO, 2006)

De acordo com o Diretor do Hospital Evangélico de Londrina, Dr. Koury, estes procedimentos são adotados de acordo com a forma descrita. Entretanto, no seu entendimento, o Estado, apesar de oportunizar o contraditório e a ampla defesa, tem na apreciação das impugnações os próprios agentes estatais, obstaculizando uma decisão favorável às operadoras na esfera administrativa. Segundo ele, os prazos são bastantes exíguos e as operadoras têm 15 (quinze) dias para pagar, sob pena de ter seu nome inscrito no CADIN, acarretando inúmeros transtornos de ordem negocial e financeira para estas empresas de saúde.

Um outro fator apontado como desfavorável e que fere o princípio da isonomia, segundo Koury, é a aplicação da Tabela Única de Procedimentos – TUNEP, para cobrança dos valores a serem ressarcidos ao SUS. Para ele, o Estado quando deve pagar pelos serviços de saúde, paga com base nos valores estabelecidos na tabela do SUS; quando quer cobrar pelos mesmos serviços, cobra pelos valores da TUNEP, que tem seus valores mais altos do que a tabela do SUS.

Esclarece-se que a TUNEP, já declarada constitucional em inúmeros

⁵³ Ressarcimento ao SUS disponível em <http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/300-ressarcimento-ao-sus>. Acesso em 1º/04/2011.

julgados⁵⁴, é resultado de um processo participativo, no qual foram envolvidos todos os interessados, quais sejam: operadoras, gestores de saúde municipais e estaduais do SUS, unidades prestadoras de saúde conveniadas ou contratadas pelo SUS. A discussão desses valores foi estabelecida pela Câmara de Saúde Suplementar (ANS) e buscou abranger todos os Estados federados.

Esta tabela abrange toda e qualquer ação de saúde, incluindo os procedimentos de prontoatendimento, consultas, internação, medicamentos e honorários médicos e tem seus limites no artigo 32, § 8º, da Lei nº 9.656/98 que dispõe:

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei.

Os valores dos procedimentos fixados nesta tabela – a TUNEP – são os cobrados das operadoras no caso de ressarcimento ao SUS.

Já a Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses, Próteses e Materiais Especiais do SUS⁵⁵, conhecida como a tabela do SUS, tem valores bem inferiores à TUNEP e é a referência utilizada para o ressarcimento dos serviços de saúde prestados pelas instituições conveniadas.

4.2.3.3 Do ressarcimento de prestação de saúde fornecida pelo sistema privado às custas do Estado – por determinação judicial - a usuário hipossuficiente

Muitas vezes, o sistema de saúde público não abarca prestações para atender determinada e específica demanda ou a prestação é fornecida pelo SUS, mas nas instituições de saúde filiadas não se possui a infraestrutura para prestá-la. São estas as situações que chegam ao Judiciário.

Nestes casos, como já mencionado na introdução deste capítulo, a postura do magistrado tem sido a de efetivar o direito à saúde por meio de decisões

⁵⁴ Jurisprudência referente à constitucionalidade da TUNEP. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/1899028/tabela-tunep-constitucionalidade>>. Acesso em: 3 abr. 2011.

⁵⁵ Todas as informações e adequações da tabela do SUS é possível encontrar no site. Disponível em: <<http://sigtap.datasus.gov.br>>

liminares determinando que o tratamento seja fornecido pela iniciativa privada.

Indaga-se, primeiramente, a iniciativa privada é obrigada a realizar esses tratamentos? Em um segundo momento, pode o Judiciário compelir uma instituição de saúde privada a realizar um tratamento sem qualquer contrapartida financeira? E um terceiro questionamento, mesmo que o Judiciário determine o tratamento na rede privada às custas do Estado ou por compensação tributária, como se verifica em algumas decisões, esta forma de ressarcimento é permitida pelo ordenamento jurídico e acontece efetivamente?

De acordo com Koury, as instituições de saúde privada, quando compelidas por decisão judicial a prestarem tratamento de saúde a hipossuficiente, são obrigadas a atender a determinação e, via de regra, não recebem pelos tratamentos realizados. Esta é, pelo menos, a realidade do Hospital Evangélico de Londrina. Os tratamentos são realizados porque não é permitido desatender uma determinação judicial, mas o ressarcimento das despesas do tratamento, apesar de serem cobradas do Estado, por via administrativa ou na esfera judicial, não é realizado.

Embora seja bastante controversa a possibilidade de ressarcimento da prestação de saúde fornecida pela iniciativa privada através de compensação tributária, existem decisões proferidas neste sentido, a fim de efetivar o direito à saúde sem, entretanto, impor à iniciativa privada o ônus de um dever que é do Estado. As decisões determinam que o tratamento seja realizado pela iniciativa privada e o valor seja compensado com os impostos devidos. É uma das formas que o Judiciário tem encontrado como alternativa, como se vê no trecho da decisão abaixo transcrito:

[...] o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados na operação com tributos de responsabilidade do ente demandado. **Relembre-se que a Emenda Constitucional 29/2000 permitiu a destinação de receitas de impostos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV, da CF/88).**

A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução criativa, mas que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível. Nesse ponto, será preciso uma atuação eficaz do Ministério Público Federal, dos Tribunais de Contas e do Fisco a fim de evitar eventuais abusos que os hospitais

particulares possam vir a cometer (grifos do autor). (Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7 – 3ª Vara da Justiça Federal do CE – Mag. George Marmelstein Lima).

No entendimento de Machado, a compensação depende de lei autorizativa⁵⁶:

A compensação é como um encontro de contas. Se o obrigado ao pagamento do tributo é credor da Fazenda Pública, poderá ocorrer uma compensação pela qual seja extinta sua obrigação, isto é, o crédito tributário. O Código Tributário Nacional refere-se à compensação como uma causa de extinção do crédito tributário (art. 156, inc. II). E diz que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. (2010, p. 221-222)

Na decisão proferida por Marmelstein, o magistrado conclui determinando que:

[...] na hipótese de inexistência de verba orçamentária do SUS ou de embaraços por parte das autoridades públicas para providenciar o pagamento na forma do item "a", fica autorizado aos referidos hospitais efetuar a compensação fiscal dos gastos efetuados no custeio dos tratamentos com tributos federais, estaduais ou municipais. Determino ainda que os Órgãos de controle interno e externo (Tribunal de Contas, Ministério Público, Fazendas Públicas, Ministérios Federais, Secretarias Estaduais e Municipais etc) façam o devido controle dos gastos efetuados, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte dos hospitais particulares.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 29/2000 autorizou a destinação de receitas provenientes de impostos para ações de saúde, a compensação pode amparar-se neste dispositivo. Talvez não seja a melhor solução e gere muitas divergências, mas é um dos caminhos que se aponta no sentido de ressarcir a iniciativa privada, a fim de que possa substituir a função do Estado quando

⁵⁶ Seria uma possibilidade da iniciativa privada receber pelos serviços prestados. Embora não sejam créditos com a mesma natureza tributária, como se trata de saúde, autoriza-se uma conduta diversa, bastando, como medida autorizativa, a sentença judicial, desta forma o ressarcimento à iniciativa privada por compensação seria autorizado.

necessário, mas sem arcar com todos os prejuízos e ônus desta substituição. Embora a saúde sendo uma atividade de relevância pública, subordinada à regulamentação, fiscalização e controle estatal, a exploração desta atividade pela iniciativa privada é autorizada constitucionalmente e tem como suporte as normas de direito privado para a sua viabilidade empresarial.

Acredita-se que se fosse instituída uma política pública de saúde nos moldes da política educacional já existente no Brasil (ProUni⁵⁷), a iniciativa privada seria uma aliada do Estado na efetivação do direito à saúde, prestando os serviços em nome do Estado e sendo remunerada por intermédio da compensação ou isenção de seus tributos.

⁵⁷ O Programa Universidade para Todos (ProUni) foi criado em 2004, pela Lei nº 11.096/2005, e tem como finalidade a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de cursos de graduação e de cursos sequenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior. As instituições que aderem ao programa recebem isenção de tributos. BRASIL, Ministério da Educação. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=205&Itemid=298

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou que os direitos fundamentais são resultados de conquistas sociais e foram progressivamente ampliados e atrelados a valores de liberdade, igualdade e cidadania. Sendo, portanto, uma forma de limitação jurídica do poder político.

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais é a mais pura expressão de democracia. Diante das constituições democráticas o que se vê é a busca da realização e concretização de valores fundamentais - para o indivíduo e para a coletividade. Sendo indispensável, para que se pense a democracia e a ideia de cidadãos e Estado Democrático de Direito, que se busque condições e possibilidades de implementação e efetivação dos denominados direitos humanos e fundamentais na ordem jurídica nacional – e internacional. Devem-se garantir as prerrogativas mínimas à coletividade, a partir das conquistas constitucionais e políticas da Carta de 1988.

A relação entre Estado e indivíduo está alicerçada nos direitos fundamentais. A necessidade de preservação dos direitos fundamentais legitima o poder do Estado e concretiza o Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais sociais são elementos identificadores do novo modelo de Estado – o Estado Democrático de Direito – que tem por objetivo precípua a promoção da justiça social e que pretende oferecer para seus cidadãos uma existência digna e plena, proporcionando o mínimo necessário para que esta realidade se torne possível e fática, efetivando inúmeros direitos e garantias fundamentais sociais entre eles o direito à saúde, moradia, educação, trabalho, previdência. Esses direitos, centrados no princípio da dignidade humana, compõe o núcleo essencial da CF/88.

Com amparo no mínimo existencial, é possível considerar os direitos fundamentais sociais normas de eficácia plena. A teoria do mínimo existencial reconhece os direitos fundamentais sociais como normas de eficácia imediata e como sendo o mínimo indispensável para uma existência digna, dispensando, desta forma, a atuação do legislador para sua concretização.

Diante da necessidade dos direitos fundamentais sociais exigirem uma prestação positiva do Estado para sua efetividade e das demandas sociais que se apresentam, depara-se com o que se denomina de reserva do possível. A concretização desses direitos depende de recursos econômicos, mormente a

escassez desses recursos não exclua a obrigação do Estado em garantir um mínimo social, decorrente do princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais sociais são como mandamentos que produzem efeitos em todo o ordenamento jurídico. A justiça social é o fundamento ético da responsabilidade estatal de suprir as carências ou as necessidades dos indivíduos e envolve formulação e execução de políticas públicas econômicas e sociais voltadas para esta realização. Esse é o posicionamento do STF.

Constatou-se que a CF/88 ao mesmo tempo em que garantiu os direitos fundamentais e sua aplicabilidade imediata, criou um modelo de Estado com um sistema complexo de inúmeros tributos que geram uma carga elevadíssima e no qual a contraprestação dos serviços de saúde encontra-se aquém das necessidades de toda a população pela incorreta aplicação das receitas públicas seja pela corrupção, fraude, incompetência dos gestores públicos, ausência de políticas públicas adequadas, entre outros fatores.

Verificou-se que, na medida em que o direito fundamental à saúde é mais difícil de ser concretizado, maiores e mais eficazes devem ser os meios e instrumentos à disposição da população para a sua garantia. Enquanto que a saúde, nos moldes constitucionais, for de difícil aplicabilidade, cumprirá ao Poder Judiciário salvaguardar referido direito fundamental, intervindo e promovendo o seu acesso a toda a sociedade, de modo que o direito à vida deve ser sempre privilegiada se contraposta aos escassos recursos financeiros do Poder Público.

Observou-se que o ativismo judicial está presente no Brasil para efetivação dos direitos sociais quando da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo para implementar políticas públicas. Ademais, transcreveu as principais decisões acerca da efetivação desses direitos, em especial do direito fundamental à saúde, destacando-se a decisão do STF que delimitou, de forma objetiva, quais os critérios que devem ser seguidos pelos Tribunais ao adotar medidas para aplicação imediata de tais direitos, de modo a evitar prejuízos à coletividade.

Demonstrou-se que a procura pelo Judiciário para resolver essas demandas deveria ser uma via excepcional, e o que se percebe, na verdade, é que existe um aumento exponencial, ao longo dos anos, de ações judiciais que buscam efetivar tais direitos. Este fato fortaleceu o ativismo judicial no que se refere aos direitos sociais e às políticas públicas para efetivá-los.

Restou evidente que referida intervenção judicial, por outro lado, não

pode inviabilizar a prestação do serviço de saúde pelo Estado, devendo o Judiciário levar em consideração a questão orçamentária quando das decisões relativas à concessão de medicamentos ou de tratamentos terapêuticos para não provocar o caos na Administração Pública.

Entretanto, enquanto o direito à saúde encontrar dificuldades na sua efetivação, cumprirá ao Judiciário salvaguardá-lo, intervindo e promovendo o seu acesso à toda a sociedade. Conclui-se que a atuação do Judiciário deve ser prudente, bem como deve levar em conta a repercussão social e econômica que suas decisões geram na sociedade e na própria gestão do Estado. Referidas decisões devem priorizar as políticas de padronização que visam atendimento de uma coletividade, pois não é aceitável que seja conferido atendimento a uma única pessoa com o sacrifício de direitos de uma coletividade – que, inclusive, custeia, mesmo que indiretamente, este tratamento.

O Estado, incapaz de manter um sistema de saúde satisfatório para atender a demanda, diante da insuficiência de recursos e meios de infraestrutura para prestação de saúde, admitiu no ordenamento jurídico contemporâneo a necessária participação da iniciativa privada no âmbito da saúde, por intermédio de empresas particulares que se dispõem a realizar as prestações de saúde com objetivo de lucro.

A complementariedade se dá quando os serviços de saúde da rede pública – SUS - são insuficientes para atender a demanda e o Poder Público busca a sua complementação no sistema de saúde privado. As instituições de saúde privadas são contratadas e passam a ser conveniadas ao sistema público prestando o serviço de saúde em nome do SUS, de forma complementar. Em síntese, há no Brasil, o sistema público de saúde prestado por instituições públicas e privadas (contratadas ou conveniadas ao SUS) custeado pelo Estado e o sistema privado de saúde, prestados por instituições privadas custeados pelos indivíduos, denominado de sistema de saúde suplementar.

Conclui-se que as instituições de saúde privadas, além da obrigatoriedade de cumprirem sua função social, por vezes, são compelidas por decisão judicial a prestarem tratamento de saúde a hipossuficiente, quando o Estado não abarca prestações de saúde para atender determinada e específica demanda ou a prestação é fornecida pelo SUS, mas as instituições de saúde filiadas não possuem a infraestrutura para prestá-la. Tais instituições são obrigadas a atender a

determinação e, via de regra, não são ressarcidas pelas despesas do tratamento.

Por fim, o trabalho apresentou como uma das possibilidades e alternativa de ressarcimento à iniciativa privada pela efetivação do direito à saúde, a compensação tributária, que embora gere controvérsias, acredita-se que amenizaria os prejuízos do setor privado, como uma forma de garantir às instituições de saúde privadas o reembolso líquido e certo do que foi despendido com profissionais (médicos, enfermeiros, especialistas), tratamentos terapêuticos e medicamentosos, tecnologias, equipamentos e instalações, quando do cumprimento de um dever que é estatal.

Entende-se que o ressarcimento através da compensação tributária possibilitaria ao Estado efetivamente concretizar o direito fundamental à saúde e cumprir seu papel constitucional, tendo a iniciativa privada como parceira na sua efetivação, ao mesmo tempo em que viabilizaria a atividade empresarial, fomentaria indiretamente o investimento de novas tecnologias e melhorias na infraestrutura e, conseqüentemente, não comprometeria o fim econômico dessas instituições privadas, qual seja: a exploração de uma atividade econômica, que embora regulada, controlada e fiscalizada pelo Estado, tem por objetivo a obtenção de lucro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Jueces y ponderación argumentativa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais no estado democrático de direito**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 9 jun. 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99 - 120.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARATA, Luíz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60-78.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803-826.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In SOUZA NETO, BARROSO, Luíz Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2009, p. 189.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da constituição cidadã.** São Paulo: Método, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A Democracia participativa e a crise do regime representativo no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da constituição cidadã.** São Paulo: Método, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 mar. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 45.ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

_____. Lei nº 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 mar. 2011>.

_____. Lei nº 9656/98. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2011.

_____. STF. ADI 3.103-8. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/141_ADI_3105.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2011.

_____. STF. RTJ 175/1212-1213. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/2425>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

_____. STF. STA Nº 91, de 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. STJ. RESP 325.337. Relator Min. José Delgado – 1ª Turma. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7948091/recurso-especial-resp-325337-rj-2001-0067327-4-stj>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

_____. Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7 – 3ª Vara da Justiça Federal do CE – Mag. George Marmelstein Lima. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-abr-24/justica_manda_hospitais_receberem_pacientes_sus?pagina=4>. Acesso em: 25 mar. 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, v. 1, n. 6, fev. 2007. p. 1-44.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. 2. Direito Constitucional. 1997. p. 120 a 126.

CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

_____. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: RIBEIRO, Lauro; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (org). **Estudos de direito constitucional: em homenagem à professora Maria Garcia**. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito (o Constructivismo lógico-semântico)**. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 1997, n. 34, v. 12, p. 147-156.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. A Fundamentação dos Direitos Humanos. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo; ALVES, Fernando de Brito (Orgs). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 39-88.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONTO, Mario de. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Constituição e processo**. Salvador: Podivm, 2007. p. 367-435.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. 5.ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura mora da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP Ed., 2006.

FLORES DA CUNHA, Luiz Cláudio. Princípios de direito previdenciário na constituição da república de 1988, In: FREITAS, Vladimir P. (Coord.). **Direito previdenciário, aspectos materiais, processuais e penais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana: custos estatais e acesso à saúde. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-873.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Orgs.) **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255-276.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, n. 18, p. 111-112, jan./mar. 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 827-858.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 14.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 5.ed. São Paulo: Quartier Lartin, 2005.

JUCÁ, Danielle do Nascimento. Do estado liberal ao estado democrático de direito: um enfoque nas Constituições Brasileiras. In MATIAS, João Luis Nogueira (Coord). **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 137-156

KLOCK, Andrea Bulgakov (Org.); KLOCK, Eduardo Cambi; ALVES, Fernando de Brito (Orgs.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 265-283.

LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Orgs.) **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 105-118.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 514-517.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 347-361.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MACHADO DA ROCHA, Daniel; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 6.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Orgs.) **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79-96.

MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso A. **Bandeira de**: conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NETTO, Luisa Cristina Pinto. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NOBRE, Marcos (Org.); TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Da dignidade da pessoa humana: conteúdo jurídico. **Prática Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 77, ago. 2008.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luis. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos sociais. **Revista dos Advogados de São Paulo**, v. 9, n. 10, jul-dez 2006.

OLIVEIRA, Márcio Dias de. Direito fundamental à saúde e suas faces: uma análise conjunta à irretroatividade do direito fundamental social à saúde. In: GÖTTEMS, Claudinei J; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). **Direitos fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008. p. 201-220.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de...[et al.]. **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. In: GÖTTEMS, Claudinei J; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coord.). **Direitos fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008. p. 221-237.

PINHO, Leda de Oliveira. O conteúdo normativo do princípio da solidariedade no sistema da seguridade social. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro (Coord.). **Curso modular de direito previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Tema de direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Iolanda; SILVA, José Luiz Toro da. Alguns aspectos polêmicos da regulamentação dos planos de saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 199-208.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Orgs.) **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 289-296.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, João Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Orgs.) **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 42-59.

SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/integralidade.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. **SUS**: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 9 jun. 2008.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____; TIMM, Luciano Benetti (Org.). BARCELLOS, Ana Paula de. (et al.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p 149-172.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguros-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar**: a iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo: M.A.Pontes Editora, 2005.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA Miguel Augusto Machado de (Co-autor). **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Orgs.) **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. p. 162-177.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (et. al). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 43-45.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de Matos Novais. A proteção do direito à saúde após a constituição federal de 1988. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. p. 23-40.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, v. 49, n. 283, 2001.

ANEXOS

ANEXO A

Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.

Mensagem de veto

Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

TÍTULO II
DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

CAPÍTULO I Dos Objetivos e Atribuições

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitadas os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

CAPÍTULO II Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º 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.

CAPÍTULO III Da Organização, da Direção e da Gestão

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o [inciso I do art. 198 da Constituição Federal](#), sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

- I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
- III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

Art. 11. [\(Vetado\)](#).

Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Parágrafo único. As comissões intersetoriais terão a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

- I - alimentação e nutrição;
- II - saneamento e meio ambiente;
- III - vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;
- IV - recursos humanos;
- V - ciência e tecnologia; e
- VI - saúde do trabalhador.

Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições.

CAPÍTULO IV Da Competência e das Atribuições

Seção I Das Atribuições Comuns

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

- I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Seção II Da Competência

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. ([Vide Decreto nº 1.651, de 1995](#))

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) de vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição; e

d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição;

d) de saneamento básico; e

e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela [Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990](#), com o qual funcionará em perfeita integração. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

CAPÍTULO VI DO SUBSISTEMA DE ATENDIMENTO E INTERNAÇÃO DOMICILIAR [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

CAPÍTULO VII
DO SUBSISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DURANTE O
TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO
[\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-L. [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-M. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-N. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-O. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-P. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-Q. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-R. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-S. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-T. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

Art. 19-U. [\(Vide Lei nº 12.401, de 2011\)](#) [Vigência](#)

TÍTULO III
DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

CAPÍTULO I
Do Funcionamento

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.

§ 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.

§ 2º Excetuam-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.

CAPÍTULO II Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

TÍTULO IV DOS RECURSOS HUMANOS

Art. 27. A política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo, em cumprimento dos seguintes objetivos:

I - organização de um sistema de formação de recursos humanos em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal;

II - [\(Vetado\)](#)

III - [\(Vetado\)](#)

IV - valorização da dedicação exclusiva aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Os serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional.

Art. 28. Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidas em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.

Art. 29. [\(Vetado\)](#).

Art. 30. As especializações na forma de treinamento em serviço sob supervisão serão regulamentadas por Comissão Nacional, instituída de acordo com o art. 12 desta Lei, garantida a participação das entidades profissionais correspondentes.

TÍTULO V DO FINANCIAMENTO

CAPÍTULO I Dos Recursos

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - [\(Vetado\)](#)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6º [\(Vetado\)](#).

CAPÍTULO II Da Gestão Financeira

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Na distribuição dos recursos financeiros da Seguridade Social será observada a mesma proporção da despesa prevista de cada área, no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

§ 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

§ 2º Nos casos de Estados e Municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios demográficos mencionados nesta lei serão ponderados por outros indicadores de crescimento populacional, em especial o número de eleitores registrados.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º [\(Vetado\)](#).

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.

CAPÍTULO III Do Planejamento e do Orçamento

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Art. 38. Não será permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde com finalidade lucrativa.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 39. [\(Vetado\)](#).

§ 1º [\(Vetado\)](#).

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º A cessão de uso dos imóveis de propriedade do Inamps para órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) será feita de modo a preservá-los como patrimônio da Seguridade Social.

§ 6º Os imóveis de que trata o parágrafo anterior serão inventariados com todos os seus acessórios, equipamentos e outros

§ 7º [\(Vetado\)](#).

§ 8º O acesso aos serviços de informática e bases de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerencia informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares.

Art. 40. [\(Vetado\)](#)

Art. 41. As ações desenvolvidas pela Fundação das Pioneiras Sociais e pelo Instituto Nacional do Câncer, supervisionadas pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), permanecerão como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Art. 42. [\(Vetado\)](#).

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Art. 44. [\(Vetado\)](#).

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

§ 1º Os serviços de saúde de sistemas estaduais e municipais de previdência social deverão integrar-se à direção correspondente do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme seu âmbito de atuação, bem como quaisquer outros órgãos e serviços de saúde.

§ 2º Em tempo de paz e havendo interesse recíproco, os serviços de saúde das Forças Armadas poderão integrar-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se dispuser em convênio que, para esse fim, for firmado.

Art. 46. o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços.

Art. 48. [\(Vetado\)](#).

Art. 49. [\(Vetado\)](#).

Art. 50. Os convênios entre a União, os Estados e os Municípios, celebrados para implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, ficarão rescindidos à proporção que seu objeto for sendo absorvido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 51. [\(Vetado\)](#).

Art. 52. Sem prejuízo de outras sanções cabíveis, constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei.

Art. 53. [\(Vetado\)](#).

Art. 54. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 55. São revogadas a [Lei nº. 2.312, de 3 de setembro de 1954](#), a [Lei nº. 6.229, de 17 de julho de 1975](#), e demais disposições em contrário.

Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR
Alceni Guerra

ANEXO B

Lei n. 9.656 de 3 de junho de 1998

**Presidência da República**
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998.**

Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: 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; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

a) custeio de despesas; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

c) reembolso de despesas; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

d) mecanismos de regulação; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.

Art. 2º [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 3º [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 4º [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 5º [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 6º [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 7º A Câmara de Saúde Suplementar é composta dos seguintes membros: [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

§ 1º São dispensadas do cumprimento das condições estabelecidas nos incisos VI e VII deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência privada à saúde na modalidade de autogestão, citadas no § 2º do art. 1º. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º A autorização de funcionamento será cancelada caso a operadora não comercialize os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 3º As operadoras privadas de assistência à saúde poderão voluntariamente requerer autorização para encerramento de suas atividades, observando os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

a) comprovação da transferência da carteira sem prejuízo para o consumidor, ou a inexistência de beneficiários sob sua responsabilidade; ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

b) garantia da continuidade da prestação de serviços dos beneficiários internados ou em tratamento; ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

c) comprovação da quitação de suas obrigações com os prestadores de serviço no âmbito da operação de planos privados de assistência à saúde; ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

d) informação prévia à ANS, aos beneficiários e aos prestadores de serviço contratados, credenciados ou referenciados, na forma e nos prazos a serem definidos pela ANS. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Art. 9º Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

I - as operadoras e administradoras estiverem provisoriamente cadastradas na ANS; e ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

II - os produtos a serem comercializados estiverem registrados na ANS. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 1º O descumprimento das formalidades previstas neste artigo, além de configurar infração, constitui agravante na aplicação de penalidades por infração das demais normas previstas nesta Lei. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º A ANS poderá solicitar informações, determinar alterações e promover a suspensão do todo ou de parte das condições dos planos apresentados. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 3º A autorização de comercialização será cancelada caso a operadora não comercialize os planos ou os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 4º A ANS poderá determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

VIII - ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer. ([Incluído pela Lei nº 10.223, de 2001](#))

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro

meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o **caput**, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo

máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

IV - quando incluir atendimento odontológico:

a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;

b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;

c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral;

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

§ 1º Após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º A partir de 3 de dezembro de 1999, da documentação relativa à contratação de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações de que trata este artigo, deverá constar declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência, e de que este lhe foi oferecido. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 3º ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 13. Os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.~~

~~Parágrafo único. Aos planos ou seguros individuais ou familiares, aplicam-se as seguintes disposições:~~

~~I - o prazo mínimo de vigência contratual de um ano;~~

~~II - são vedadas:~~

~~a) a recotagem de carências;~~

~~b) a suspensão do contrato e a denúncia unilateral, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato;~~

~~c) a denúncia unilateral durante a ocorrência de internação do titular.~~

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

I - a recontagem de carências; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde.~~

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 15. É facultada a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros de que trata esta Lei em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme critérios e parâmetros gerais fixados pelo CNSP.~~

~~Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o **caput** para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já participarem do mesmo plano ou seguro, ou sucessor, há mais de dez anos.~~

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o **caput** para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos e seguros tratados nesta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:~~

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

I - as condições de admissão;

II - o início da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o **caput** do art. 15;

~~V - as condições de perda da qualidade de beneficiário ou segurado;~~

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

VI - os eventos cobertos e excluídos;

~~VII - as modalidades do plano ou seguro:—~~

- ~~— a) individual;~~
- ~~— b) familiar; ou~~
- ~~— c) coletivo;~~

~~VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;~~

VII - o regime, ou tipo de contratação: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

a) individual ou familiar; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

b) coletivo empresarial; ou [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

c) coletivo por adesão; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;

~~X - a área geográfica de abrangência do plano ou seguro;~~

X - a área geográfica de abrangência; [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

XII - número de registro na ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~§ 1º A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais do plano ou seguro privado de assistência à saúde, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.~~

~~— § 2º A validade dos documentos a que alude o *caput* condiciona-se à aposição da rubrica do consumidor ao lado de cada um dos dispositivos indicados nos incisos I a XI deste artigo.~~

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 17. A inclusão como contratados ou credenciados dos planos privados de assistência à saúde, de qualquer hospital, casa de saúde, clínica, laboratório ou entidade correlata ou assemelhada de assistência à saúde implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.~~

~~§ 1º É facultada a substituição do contratado ou credenciado a que se refere o *caput*, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores com trinta dias de antecedência.~~

~~§ 2º Na hipótese de a substituição a que se refere o parágrafo anterior ocorrer durante internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a mantê-lo internado e a operadora obriga-se ao pagamento das despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato.~~

Art. 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o **caput** deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Na hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º Excetua-se do previsto no § 2º os casos de substituição do estabelecimento hospitalar por infração às normas sanitárias em vigor, durante período de internação, quando a operadora arcará com a responsabilidade pela transferência imediata para outro estabelecimento equivalente, garantindo a continuação da assistência, sem ônus adicional para o consumidor. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - nome da entidade a ser excluída; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos:~~

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência,

assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

~~III - a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.~~

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Parágrafo único. A partir de 3 de dezembro de 1999, os prestadores de serviço ou profissionais de saúde não poderão manter contrato, credenciamento ou referenciamento com operadoras que não tiverem registros para funcionamento e comercialização conforme previsto nesta Lei, sob pena de responsabilidade por atividade irregular. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 19. As pessoas jurídicas que, na data de vigência desta Lei, já atuavam como operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde terão o prazo de cento e oitenta dias, contado da expedição das normas pelo CNSP, para requererem a sua autorização de funcionamento.~~

~~Parágrafo único. O não cumprimento do disposto no caput deste artigo implica o pagamento de multa diária fixada pelo CNSP e aplicada pela SUSEP às operadoras de planos e seguros de que trata esta Lei.~~

Art. 19. Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º Até que sejam expedidas as normas de registro, serão mantidos registros provisórios das pessoas jurídicas e dos produtos na ANS, com a finalidade de autorizar a comercialização ou operação dos produtos a que alude o **caput**, a partir de 2 de janeiro de 1999. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Para o registro provisório, as operadoras ou administradoras dos produtos a que alude o **caput** deverão apresentar à ANS as informações requeridas e os seguintes documentos, independentemente de outros que venham a ser exigidos: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - registro do instrumento de constituição da pessoa jurídica; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - nome fantasia; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - CNPJ; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - endereço; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

V - telefone, fax e e-mail; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

VI - principais dirigentes da pessoa jurídica e nome dos cargos que ocupam. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º Para registro provisório dos produtos a serem comercializados, deverão ser apresentados à ANS os seguintes dados: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - razão social da operadora ou da administradora; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - CNPJ da operadora ou da administradora; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - nome do produto; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - segmentação da assistência (ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia, odontológica e referência); [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

V - tipo de contratação (individual/familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão); [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

VI - âmbito geográfico de cobertura; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

VII - faixas etárias e respectivos preços; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

VIII - rede hospitalar própria por Município (para segmentações hospitalar e referência); [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IX - rede hospitalar contratada ou referenciada por Município (para segmentações hospitalar e referência); [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

X - outros documentos e informações que venham a ser solicitados pela ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º Os procedimentos administrativos para registro provisório dos produtos serão tratados em norma específica da ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º Independentemente do cumprimento, por parte da operadora, das formalidades do registro provisório, ou da conformidade dos textos das condições gerais ou dos instrumentos contratuais, ficam garantidos, a todos os usuários de produtos a que alude o **caput**, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, todos os benefícios de acesso e cobertura previstos nesta Lei e em seus regulamentos, para cada segmentação definida no art. 12. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º O não-cumprimento do disposto neste artigo implica o pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aplicada às operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 7º As pessoas jurídicas que forem iniciar operação de comercialização de planos privados de assistência à saúde, a partir de 8 de dezembro de 1998, estão sujeitas aos registros de que trata o § 1º deste artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 20. As operadoras de planos ou seguros de que trata esta Lei são obrigadas a fornecer periodicamente ao Ministério da Saúde e à SUSEP informações e estatísticas, incluídas as de natureza cadastral, que permitam a identificação de seus consumidores, e de seus dependentes, consistentes de seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32.~~

~~Parágrafo único. Os servidores da SUSEP, no exercício de suas atividades, têm livre acesso às operadoras de planos privados de assistência à saúde, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas, processos e documentos, caracterizando-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas na lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.~~

Art. 20. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS todas as informações e estatísticas relativas as suas

atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 1º Os agentes, especialmente designados pela ANS, para o exercício das atividades de fiscalização e nos limites por ela estabelecidos, têm livre acesso às operadoras, podendo requisitar e apreender processos, contratos, manuais de rotina operacional e demais documentos, relativos aos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. ([Renumerado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º Caracteriza-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas na lei, a imposição de qualquer dificuldade à consecução dos objetivos da fiscalização, de que trata o § 1º deste artigo. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;

~~II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso anterior, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladora da empresa.~~

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso I, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladoras da empresa. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela [Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#).

~~Parágrafo único. A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo normas definidas pelo CNSP.~~

§ 1º A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo diretrizes gerais definidas pelo CONSU. ([Renumerado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º As operadoras com número de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo, a ANS, dar-lhes publicidade. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial, previsto no [Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966](#). —~~

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

I - o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirográficos; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Para efeito desta Lei, define-se ativo realizável como sendo todo ativo que possa ser convertido em moeda corrente em prazo compatível para o pagamento das despesas administrativas e operacionais da massa liquidanda. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1º deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - a manutenção da suspensão dos prazos judiciais em relação à massa liquidanda; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - a suspensão dos procedimentos administrativos de liquidação extrajudicial, salvo os relativos à guarda e à proteção dos bens e imóveis da massa; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - prevenção do juízo que emitir o primeiro despacho em relação ao pedido de conversão do regime. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º A ANS, no caso previsto no inciso II do § 1º deste artigo, poderá, no período compreendido entre a distribuição do requerimento e a decretação da falência ou insolvência civil, apoiar a proteção dos bens móveis e imóveis da massa liquidanda. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º O liquidante enviará ao juízo prevento o rol das ações judiciais em curso cujo andamento ficará suspenso até que o juiz competente nomeie o síndico da massa falida ou o liquidante da massa insolvente. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 24. Sempre que ocorrer insuficiência nas garantias a que alude o inciso VII do art. 3º, ou anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves, em qualquer operadora de planos privados de assistência à saúde, a SUSEP poderá nomear, por prazo não superior a cento e oitenta dias, um diretor fiscal com as atribuições que serão fixadas de acordo com as normas baixadas pelo CNSP.~~

~~§ 1º O descumprimento das determinações do diretor fiscal por administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem efeito suspensivo, para o CNSP.~~

~~§ 2º Os administradores da operadora que se encontrar em regime de direção fiscal serão suspensos do exercício de suas funções a partir do momento em que for instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão, perdendo imediatamente o cargo na hipótese de condenação judicial transitada em julgado.~~

~~§ 3º No prazo que lhe for designado, o diretor fiscal procederá à análise da organização~~

administrativa e da situação econômico-financeira da operadora e proporá à SUSEP as medidas cabíveis conforme previsto nesta Lei.

~~§ 4º O diretor-fiscal poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial.~~

~~§ 5º No caso de não surtirem efeitos as medidas especiais para recuperação econômico-financeira, a SUSEP promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação por leilão da carteira das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde.~~

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º O descumprimento das determinações do diretor-fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem que isto implique efeito suspensivo da decisão administrativa que determinou o afastamento. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal ou técnico procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora, bem assim da qualidade do atendimento aos consumidores, e proporá à ANS as medidas cabíveis. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º O diretor-fiscal ou técnico poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o **caput** deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1º, para a decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1º, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º A indisponibilidade também não alcança os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexos de causalidade. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 24-B. A Diretoria Colegiada definirá as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal e do responsável pela alienação de carteira, podendo ampliá-las, se necessário. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 24-C. Os créditos decorrentes da prestação de serviços de assistência privada à saúde preferem a todos os demais, exceto os de natureza trabalhista e tributários. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei sujeitam a operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:~~

Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

~~IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde;~~

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

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

VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e cobertura das garantias obrigatórias referidas no inciso VII do art. 3º.~~

Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores de planos privados de assistência à saúde, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e cobertura das garantias obrigatórias. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 27. As multas serão fixadas pelo CNSP e aplicadas pela SUSEP, em função da gravidade da infração, até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19 desta Lei.~~

~~Parágrafo único. As multas constituir-se-ão em receitas da SUSEP.~~ ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

Art. 27. A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 28. Das decisões da SUSEP caberá recurso ao CNSP, no prazo de quinze dias, contado a partir do recebimento da intimação.~~ ([Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo ao CNSP dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias, prazos, perempção e outros atos processuais, assegurando-se à parte contrária amplo direito de defesa e ao contraditório.~~

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 9º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1º a 7º deste artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º O termo de compromisso referido no **caput** não poderá implicar restrição de direitos do usuário. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assum

~~também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal.~~

~~§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o **caput** será de um terço do tempo de permanência no plano ou seguro, ou sucessor, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.~~

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o **caput** será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§ 5º A condição prevista no **caput** deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

~~Art. 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.~~

~~§ 1º Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no **caput** é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.~~

~~§ 2º Cálculos periódicos para ajustes técnicos atuariais das mensalidades dos planos ou seguros coletivos considerarão todos os beneficiários neles incluídos, sejam eles ativos ou aposentados.~~

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no **caput** é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))

§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30.

~~Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras a que alude o art. 1º 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.~~

~~§ 1º O ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras diretamente à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, ou ao SUS, nos demais casos, mediante tabela a ser aprovada pelo CNSP, cujos valores não serão inferiores aos praticados pelo SUS e não superiores aos praticados pelos planos e seguros.~~

~~§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a entidade prestadora ou o SUS, por intermédio do Ministério da Saúde, conforme o caso, enviará à operadora a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.~~

~~§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o trigésimo dia após a apresentação da fatura, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao Fundo Nacional de Saúde, conforme o caso.~~

~~§ 4º O CNSP, ouvida a Câmara de Saúde Suplementar, fixará normas aplicáveis aos processos de glosa dos procedimentos encaminhados conforme previsto no § 2º deste artigo.~~

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. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º O ressarcimento a que se refere o **caput** será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - multa de mora de dez por cento. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 7º A ANS fixará normas aplicáveis ao processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 33. Havendo indisponibilidade de leito hospitalar nos estabelecimentos próprios ou credenciados pelo plano, é garantido ao consumidor o acesso à acomodação, em nível superior, sem ônus adicional.

~~Art. 34. As entidades que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei podem constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.~~

Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

~~Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei.~~

~~§ 1º No prazo de até noventa dias a partir da obtenção da autorização de funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com seus consumidores.~~

~~§ 2º A adaptação dos contratos a que se refere o parágrafo anterior não implica prejuízo ao consumidor no que concerne à contagem dos períodos de carência, dos prazos para atendimento de doenças preexistentes e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados os limites de cobertura previstos no contrato original.~~

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 35-E, a adaptação dos contratos de que trata este artigo deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela ANS, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º A adaptação dos contratos não implica nova contagem dos períodos de carência e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados, quanto aos últimos, os limites de cobertura previstos no contrato original. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º Os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 7º Às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos, não-optantes pela adaptação prevista neste artigo, fica assegurada a manutenção dos contratos originais, nas coberturas assistenciais neles pactuadas. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 8º A ANS definirá em norma própria os procedimentos formais que deverão ser adotados pelas empresas para a adaptação dos contratos de que trata este artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para: [\(Vigência\)](#) [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - aprovar o contrato de gestão da ANS; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

a) aspectos econômico-financeiros; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

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; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

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; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-B. O CONSU será integrado pelos seguintes Ministros de Estado: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) [\(Vigência\)](#) [\(composição: vide Dec.4.044, de 6.12.2001\)](#)

I - Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de Presidente; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - da Saúde; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - da Fazenda; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - da Justiça; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

V - do Planejamento, Orçamento e Gestão. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º O Conselho deliberará mediante resoluções, por maioria de votos, cabendo ao Presidente a prerrogativa de deliberar nos casos de urgência e relevante interesse, **ad referendum** dos demais membros. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Quando deliberar **ad referendum** do Conselho, o Presidente submeterá a decisão ao Colegiado na primeira reunião que se seguir àquela deliberação. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º O Presidente do Conselho poderá convidar Ministros de Estado, bem assim outros representantes de órgãos públicos, para participar das reuniões, não lhes sendo permitido o direito de voto. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 4º O Conselho reunir-se-á sempre que for convocado por seu Presidente. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 5º O regimento interno do CONSU será aprovado por decreto do Presidente da República. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 6º As atividades de apoio administrativo ao CONSU serão prestadas pela ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 7º O Presidente da ANS participará, na qualidade de Secretário, das reuniões do CONSU. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: [\(Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009\)](#)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; [\(Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009\)](#)

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; [\(Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009\)](#)

III - de planejamento familiar. [\(Incluído pela Lei nº 11.935, de 2009\)](#)

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-D. As multas a serem aplicadas pela ANS em decorrência da competência fiscalizadora e normativa estabelecida nesta Lei e em seus regulamentos serão recolhidas à conta daquela Agência, até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19 desta Lei. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) [\(Vigência\)](#)

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

§ 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-H. Os expedientes que até esta data foram protocolizados na SUSEP pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei e que forem encaminhados à ANS em consequência desta Lei, deverão estar acompanhados de parecer conclusivo daquela Autarquia. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-I. Responderão subsidiariamente pelos direitos contratuais e legais dos consumidores, prestadores de serviço e fornecedores, além dos débitos fiscais e trabalhistas, os bens pessoais dos diretores, administradores, gerentes e membros de conselhos da operadora de plano privado de assistência à saúde, independentemente da sua natureza jurídica. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-J. O diretor técnico ou fiscal ou o liquidante são obrigados a manter sigilo relativo às informações da operadora às quais tiverem acesso em razão do exercício do encargo, sob pena de incorrer em improbidade administrativa, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-L. Os bens garantidores das provisões técnicas, fundos e provisões deverão ser registrados na ANS e não poderão ser alienados, prometidos a alienar ou, de qualquer forma, gravados sem prévia e expressa autorização, sendo nulas, de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação deste artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Parágrafo único. Quando a garantia recair em bem imóvel, será obrigatoriamente inscrita no competente Cartório do Registro Geral de Imóveis, mediante requerimento firmado pela operadora de plano de assistência à saúde e pela ANS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 35-M. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade, conforme estabelecido na Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, e regulamentações posteriores. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

Art. 36. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Brasília, 3 de junho de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Renan Calheiros
Pedro Malan
Waldeck Ornélas
José Serra

APÊNDICE

APENDICE A

ENTREVISTA CONCEDIDA NO DIA 17/03/2011, ÀS 08h15min, PELO DR. LUIZ SOARES KOURY, MÉDICO NEUROCIRURGIÃO, DIRETOR DA AEBEL E DO HOSPITAL EVANGÉLICO DE LONDRINA. VICE-PRESIDENTE DA FEDERAÇÃO DAS MISERICÓRDIAS DO PARANÁ.

1. Quando um cidadão que tem plano de saúde se utiliza do atendimento pelo SUS gera uma obrigação de ressarcimento por parte da operadora ao SUS. Pela doutrina talvez a melhor justificativa para este ressarcimento seja o enriquecimento sem justa causa. Esse procedimento realmente acontece? Sabe-se que a ANS recebe das operadoras de planos de saúde relatórios periódicos de suas atividades e usuários. Enquanto que o SUS também envia a listagem de pessoas atendidas e procedimentos realizados. É feito um cruzamento de dados e quando constatados os usuários de planos que se utilizaram do SUS, a conta é encaminhada para a operadora que deve pagar o valor da tabela no prazo de 15 dias sob pena de ter seu nome no CADIN. Esse ressarcimento realmente acontece desta forma? É um procedimento padrão dos planos de saúde realizarem este ressarcimento na prática e como acontece?

É como um seguro obrigatório do carro e você contrata um seguro opcional. Você tem direito de usar os dois.

Na interpretação da lei que regulamenta os planos de saúde o judiciário dá uma interpretação diferente. E o Estado também, se você tem plano de saúde não está coberto pelo SUS, o que é um absurdo, porque todos nós pagamos impostos.

Tem outro aspecto, o Estado não cobra pela mesma tabela que remunera o serviço. A tabela do SUS é para remunerar os prestadores de serviço conveniados e as operadoras de saúde são cobradas pela tabela TUNEP, que é muito mais vantajosa, paga melhor. O estado paga o serviço a 10 e cobra a 20.

Existe um cruzamento de dados, uma do SUS, outra das operadoras e aí se vê quais foram os pacientes segurados para cobrar das operadoras o serviço de saúde fornecido. Ocorre que existem muito homônimos, erros, que devem ser depurados e, através dos escritórios, dos órgãos jurídicos das instituições privadas, se contesta, se impugna. Se argumenta na esfera administrativa e se a ANS não aceita as contestações vai para o judiciário. Chega um ponto que as operadoras pagam, sempre pagam alguma coisa.

Recentemente a ANS colocou o hospital evangélico no CADIN pelo motivo de ter esgotado os questionamentos legais possíveis em relação a uma cobrança. Foi feito um parcelamento da dívida e, a ANS não reconheceu este parcelamento e continua a inscrição no CADIN. Porque o parcelamento oferecido pelo governo federal não é o mesmo que a ANS oferece. O hospital está pagando e terão que brigar de alguma forma.

Um órgão do governo tem uma postura e outro tem outra diferente e a iniciativa privada fica no meio desse conflito todo.

É injusto o ressarcimento, primeiro porque a pessoa tem o direito constitucional de usar o SUS e se quiser paga do seu próprio bolso e usufrui da iniciativa privada para ter uma medicina suplementar, qual o problema disso?

O judiciário já é pacífico no sentido de dever de ressarcimento da iniciativa privada

ao SUS. A contrapartida não existe.

2. Existe a possibilidade da rede privada ser compelida judicialmente a prestar à saúde a hipossuficientes mesmo sem convênio com o SUS. No caso de um paciente ingressar na justiça invocando um tratamento que não está disponível na rede pública e o judiciário conceder o tratamento às custas do Estado, já vem expressa a forma de ressarcimento? Os valores da tabela do SUS cobrem os gastos realizados com o tratamento? Como isso acontece na prática? Como se dá o ressarcimento do atendimento desta instituição privada? De que forma o Estado faz o ressarcimento?

Não existe a possibilidade de não cumprir a decisão. O judiciário parte da premissa que o fato é uma emergência e que se não for concedido o paciente morre. O hospital mesmo conferindo que não se trata de um caso de vida ou morte é obrigado a prestar o serviço.

Os casos mais comuns são de cirurgia bariátrica. Esta cirurgia não é de emergência, mas o judiciário, induzido pelo advogado que defende a necessidade de urgência em razão de taxas de glicose, pressão arterial, diabetes, etc, invocando a urgência da cirurgia, acaba concedendo. No caso desta cirurgia existe um índice de massa corporal para a indicação da cirurgia, por exemplo 40 de massa corporal. Já aconteceu do advogado orientar o paciente a comer mais para atingir este índice e assim a operadora é obrigada a cobrir.

O judiciário parece que não pertence ao estado como se fosse um terceiro que não tem nada a ver com isso. O que se percebe que quem mais sofre é a sociedade e a iniciativa privada.

Decisão judicial que concede um tratamento no hospital evangélico às custas do estado. O Estado não ressarce. A decisão do juiz é uma liminar e o estado vai contestar até a última instância, ninguém consegue receber e se for receber será em precatório? O sistema de compensação tributária para cobrar a conta do estado não tem ocorrido, pelo menos não no evangélico.

Esses assuntos são muito próximos a nos e ocorre no nosso dia-a-dia. O judiciário não quer escutar. Os juízes não querem dar sentença, eles tiram o problema da frente através de liminares. Eles poderiam ter ouvir ou ter um comitê técnico para conhecer destas questões antes de conceder a liminar e decidir de uma forma mais adequada conhecendo também a realidade da rede privada. Existe uma certa irresponsabilidade, termo forte para se usar, na concessão da saúde por parte do judiciário. A conta acaba sendo paga pela própria iniciativa privada, porque o paciente que está se beneficiando, mesmo que venha a perder esta ação em 20 anos, ele não terá recursos para pagar. Ou seja, mesmo ganhando essa ação, a iniciativa privada já absorveu o custo, já concedeu o tratamento e ninguém paga.

Em Brasília, como a rede pública contratada não estava suprindo a demanda de leitos de UTI, o judiciário, o MP conseguiu forçar o gestor a encaminhar esses pacientes excedentes para leitos da rede privada. O hospital foi obrigado a receber estes pacientes, quase quebrou todo o sistema, o estado não pagou este custo e não vai pagar nunca.

O poder judiciário é muito paternalista. É da nossa cultura isso. Se fosse nos EUA ninguém questionaria se a pessoa tem ou não o direito. Vai depender se a pessoa tem ou não o contrato garantindo isso. Se não tem ninguém contesta. Aqui no Brasil ninguém respeita contrato. Aqui você tem um contrato claro, regulamentado, sem

letras miúdas, através da operadora de planos de saúde. Os contratos não têm cláusulas abusivas, são todos aprovados pela ANS e mesmo assim os juízes passam por cima do contrato. É como se tem um carro com seguro para incêndio. O carro quebra e eu quero o seguro.

O estado remunera os hospitais que atendem aos SUS pela tabela do SUS. Os valores são ridículos, uma consulta custa 10 TUNEP é melhor que a do SUS. Por quê? Não existe a isonomia.

A justificativa para o ressarcimento por parte da operadora ao sus é o enriquecimento sem causa. Mas porque a tabela TUNEP não pode ser aplicada para o Estado ressarcir?

Existem dois valores para o mesmo procedimento. Um pra pagar e um para cobrar. A iniciativa privada briga, mas aí prevalece o interesse público. O judiciário não quer saber disso.

Na CF diz que o dever de saúde é do estado. As operadoras atuam de forma suplementar é assim que deveria ser.

Os próprios gestores do SUS vão para a iniciativa privada, utilizam os serviços privados de saúde. No discurso defendem o sus, mas na prática não funciona e não funciona por problemas de gestão.

Ninguém consegue suportar a forma que se prega no Brasil tem direito a tudo sem limite. Existem três fatores responsáveis pela situação da saúde no Brasil:

Primeiro, a medicina tem uma inflação maior de que qualquer inflação oficial, porque incorpora novas tecnologias e não troca. Continua a manter as antigas e adquire os novos. Segundo, a formação médica está cada vez pior, e os médicos indicam mais remédios do que o necessário. Terceiro, os laboratórios ficam a pressionar a indicação de produtos deles e usam também desta técnica diante do judiciário quando produtos - que estão em teste no primeiro mundo e não estão aprovados para uso clínico, no Brasil passam a ser concedidos judicialmente. Acontece dos laboratórios convencerem os médicos a usar esses medicamentos e os médicos induzem os pacientes a ingressarem na justiça para a concessão deste remédio. Então o laboratório, que deveria financiar esta pesquisa, transfere o custo da pesquisa para o estado, para a sociedade, ou seja, quem paga a conta somos todos nós.

Isto é muito comum na rede médica. O judiciário concede através de liminar utilização de um medicamento que não está padronizado para uso clínico e obriga as operadoras ou o estado a pagar.

O estado é movido a impostos. Falta no bolso, aumenta a carga tributária. A iniciativa privada tem que aumentar os seus custos para poder cobrir os prejuízos sofridos.

3. O Sr. acredita que quando uma decisão judicial concede o acesso a saúde a um paciente está privilegiando uma minoria?

Sim. O direito individual prevalece sobre o coletivo. Quando o juiz dá uma liminar obrigando o estado a pagar um equipamento, uma prótese, um marca passo que custa 40 mil ele não pensa quantos pacientes com outras doenças muito mais comuns que atinge uma parcela muito maior da sociedade está deixando de atender. Um paciente consome uma quantidade de recursos que beneficiaria uma grande parcela da sociedade.

A administração até faz o seu papel, procura priorizar ações que atinjam uma maior parcela da comunidade. Mas quando o judiciário tira daqui para atender ali, o

judiciário está sendo irresponsável. Deveria colocar na balança, 40 mil você atende um paciente e com os mesmos 40 mil você pode atender a necessidade de saúde de 50 pessoas acometidas de outros males. Outro problema é que o judiciário atenderá quantos forem aos tribunais. E o direito individual não pode prevalecer sobre a coletividade.

4. O Judiciário é o socorro daqueles menos favorecidos economicamente, que não são acolhidos. se ele não lhes der proteção, quem dará?

Dizem que hoje na avenida paulista tem mais aparelhos de ressonância magnética que em todo o Canadá. O estado determina que terá um aparelho para determinada área e atendimentos. Existe essa regulação e limitação. Os governos dividem em regiões e aloca um aparelho para atender aquela população, isso aconteceu na Espanha. No Brasil todo mundo importa e todos nós acabamos pagando a conta. Aqui os exames são estimulados. É cultural.

O judiciário é necessário para efetivar direitos constitucionais e para a proteção da sociedade. O ativismo judicial é uma realidade. Ao mesmo tempo que a iniciativa privada vem sendo massacrada com este ativismo porque não existe um equilíbrio financeiro nesta questão de saúde. O grande problema é equacionar essa relação. O judiciário deve pensar na questão econômica da empresa privada de saúde que acaba pagando uma conta que seria dever do estado.

É uma questão ideológica. O poder público é que deve suprir. Mesmo sabendo que não tem recursos para isso. O discurso é esse. Só que na hora do atendimento se socorre na iniciativa privada porque o estado não é capaz de suprir. Em Londrina onde é que a população vai buscar atendimento? No evangélico, na santa casa ou no SUS. Se um deles não suportar a saúde em Londrina será um caos. O sistema não suporta a demanda. Os postos de saúde que são do serviço público não conseguem resolver os problemas de saúde mais elementares e aí a iniciativa privada deve suprir.

5. Como são contratadas as instituições privadas de saúde pelo SUS?

O SUS para fazer contratos tem prioridades. Primeiro são os hospitais públicos porque o estado já está bancando os custos de estrutura daquele hospital. É lógico fazer contratos com essas instituições, porque ele está bancando. Só que estas estruturas públicas são ineficientes, primeiro pela estrutura, pelo tamanho e segundo pela ineficiência do atendimento. Como não dá conta da demanda, a segunda prioridade de contratação do SUS são os hospitais filantrópicos e por último, se ainda não for suficiente para atender a demanda, serão contratos os hospitais com fins lucrativos.

1º hospital público; 2º hospital filantrópico; 3º com fins lucrativos

O contrato de saúde com o SUS estabelece algumas regras e metas mensais de atendimento que são avaliadas periodicamente porque o pagamento é por valor fixo mensal. O hospital tem 50 cirurgias cardíacas, 70 neurológicas e 200 atendimentos de acordo com a região e a população. O contrato é para atender esta demanda estimada. Se o hospital atender menos que a meta o valor será diminuído; se atender mais, teoricamente o valor irá aumentar.

O conselho municipal de saúde é quem confere os balanços. É o órgão que autoriza essas despesas. Ocorre que em Londrina ficou-se mais de 10 anos sem contabilizar os atendimentos excedentes e que até agora não foram pagos e não foram

reconhecidos como atendimentos excedentes pelo conselho. Hoje os hospitais pressionaram e o município parcelou esta dívida. Uma comissão em Brasília mostrou no sistema do ministério da saúde que mesmo que mostrasse que estava sobrando, faltava a inclusão de atendimentos excedentes. Aí aumentaram o orçamento após muita discussão.

Hoje estão se pagando os procedimentos excedentes. Ainda está a receber os serviços prestados em novembro. Estamos em março e os impostos devem ser pagos em dia.

Não se pode negar atendimento, mesmo que exceda o que exceder.