

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

FELIPPE CARNELOSSI FURLANETO

**DIREITO À VIDA E A INICIATIVA PRIVADA: O DEVER ESTATAL E A LIMITAÇÃO
DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE**

CURITIBA

2009

FELIPPE CARNELOSSI FURLANETO

**DIREITO À VIDA E A INICIATIVA PRIVADA: O DEVER ESTATAL E A LIMITAÇÃO
DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Kfourir Neto

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPPE CARNELOSSI FURLANETO

DIREITO À VIDA E A INICIATIVA PRIVADA: O DEVER ESTATAL E A LIMITAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de _____ de 2009.

RESUMO

O presente trabalho científico tem por objeto a análise do dever do Estado em prestar assistência à saúde aos seus cidadãos quando estes, necessitando da realização de procedimentos médicos, recebem negativa por falta de cobertura contratual, junto às Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde, pessoas jurídicas de direito privado, devidamente reguladas e fiscalizadas pela agência reguladora de saúde suplementar. No desenvolver deste trabalho, foram abordadas noções básicas acerca dos direitos sociais, mais especificamente do direito à saúde, o Sistema Único de Saúde, verificando ainda, os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Ademais, ao tratar do sistema privado, observou-se a natureza jurídica das empresas aptas a atuar nesta seara, as espécies de cobertura contratual, bem como os entes reguladores do setor, tais como a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU. Com isto, concluiu-se que o Estado tem o dever de prestar a assistência aos cidadãos, nas hipóteses não cobertas pela iniciativa privada, haja vista o seu caráter universal, integral e isonômico, respeitadas os casos em que recai na reserva do possível, para que não haja a sociedade não se prejudique em razão de um único indivíduo.

Palavras-chave: Direito social. Saúde. Dever do Estado. Reserva do possível. Mínimo existencial. Escolha trágica. SUS. Sistema Único de Saúde. Sistema Misto. Iniciativa privada. Planos de saúde. Cobertura. Contrato. Limitação. Fundo comum. ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. CONSU. Conselho de Saúde Suplementar.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DO DIREITO SOCIAL	9
2.1 DO DIREITO À SAÚDE	13
2.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA “ESCOLHA TRÁGICA”	18
2.3 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	28
3 PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	35
3.1 DO SISTEMA COMPLEMENTAR	35
3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE	39
3.3 DA COBERTURA CONTRATUAL.....	43
3.3.1 Antes da Lei nº 9.656/1998	44
3.3.2 Após a Lei nº 9.656/1998	49
3.4 ENTES REGULADORES: ANS E CONSU	52
4 DAS LIMITAÇÕES DO ESTADO E DA INICIATIVA PRIVADA	56
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou disposto expressamente o dever de o Estado garantir o direito à saúde, e conseqüentemente à vida, de seus cidadãos, conforme se observa no art. 196 da Carta Magna.

Para conferir efetividade à norma, foi criado o Sistema Único de Saúde, conhecido por SUS, que possui como atribuição prestar assistência aos cidadãos, de modo a lhes garantir serviços médico-hospitalares, mediante pagamento das despesas provenientes dessa prestação de serviço.

Entretanto, prevendo que apenas o Sistema Único de Saúde não seria suficiente para prestar assistência a todos, de forma eficiente, de acordo com as necessidades de cada um, é que a Constituição da República (art. 197) expressamente dispôs que a iniciativa privada seria possível e livre, tendo uma responsabilidade subsidiária a do Estado.

Assim, várias Operadoras de Planos de Saúde se criaram, passando a comercializar planos de saúde mediante contrato de adesão, de modo a prestar assistência à saúde para seus beneficiários, dentro do limite contratual, haja vista nos contratos existir cláusulas limitativas que excluem determinados procedimentos de cobertura.

Ocorre que naquela época ainda não existia uma legislação específica que regulasse as Operadoras, sendo os contratos firmados regidos unicamente pelo Código de defesa do Consumidor, até 1999, eis que entrou em vigor a Lei nº 9.656/98, Lei esta que regulamenta o exercício das Operadoras.

Após, houve a criação a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que é a agência reguladora fiscalizadora das Operadoras de Planos de Saúde, que

impõe índices de reajustes anuais, rol de coberturas, dentre outras especificações, através da expedição de Resoluções Normativas.

Todavia, devido às limitações contratuais ou mesmo a ausência de determinado procedimento no rol expedido pela ANS, certas solicitações médicas são continuamente negadas pelos planos de saúde, por entenderem não haver cobertura.

Por sua vez, os beneficiários ao receberem as negativas, não se conformando, procuram o Poder Judiciário para que intervenha na relação jurídica contratual, onde na grande maioria das vezes lhes é deferida a antecipação de tutela para a liberação do procedimento, de medicamentos, baseado no fato do direito à vida prevalecer sobre o contrato.

É este o foco deste trabalho científico, no qual se tentará demonstrar que na hipótese de se alcançar o limite contratual, isto é, no caso da solicitação não possuir cobertura, seja contratual, seja no rol expedido pela ANS, esta deve ser remetida para que o SUS preste a assistência, devido à responsabilidade universal do Estado em garantir a saúde.

Para tanto, inicialmente se fará uma breve análise sobre os direitos fundamentais sociais, dando ênfase ao direito à saúde.

Posteriormente, será abordada a questão do Sistema Único de Saúde, onde se observará o dever do Estado e sua responsabilidade universal em garantir a saúde aos seus cidadãos, bem como a necessidade da aplicação de recursos públicos para não violar as normas constitucionais quanto ao mínimo existencial e, a reserva do possível, tecendo algumas considerações, ainda, sobre a escolha trágica.

Igualmente, estudar-se-á as Operadoras de Planos de Saúde, expondo sua natureza jurídica como um fundo comum securitário, a abrangência da cobertura contratual e, sua responsabilidade subsidiária.

Ao final, com base nas jurisprudências atuais e na melhor doutrina, será demonstrado que quando ultrapassado o limite de cobertura dos Planos de Saúde, é responsabilidade do Estado, bem como seu dever de prestar assistência, providenciando a realização dos procedimentos ou a distribuição de medicamentos, além da prevenção.

2 DO DIREITO SOCIAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a idealização dos direitos fundamentais sociais, entre estes, o direito à saúde, o qual foi devidamente garantido com a atribuição da responsabilidade ao Estado em prestar assistência de modo a proteger e tratar os cidadãos.

Inicialmente, cumpre tecer algumas breves considerações acerca dos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides¹ ao explicar a teoria dos direitos fundamentais, utilizando dos ensinamentos de Konrad Hesse (“Grundrechte”, in Staatslexikon, herausgegeben Von Goeresgesellschaft, Bd. 2. 7. Auflage, 1986) e Carl Schmitt (Verfassungslehre, Unveraenderter Neudruck, 1954, Berlim) afirma que os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, bem como que os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado.

Canotilho, por sua vez, ao abordar o tema dos direitos fundamentais diz que cumprem a função de direito de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva, quais seja: (i) em um plano jurídico-objetivo, constituem normas de competência negativa para o Poder Público, na medida em que proíbe a ingerência deste na esfera jurídica individual; (ii) num plano jurídico-subjetivo, implicam o poder de exigir positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva), bem como de exigir

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 514/515

omissões dos Poderes Públicos, de forma a evitar lesões por parte dos mesmos (liberdades negativas).²

Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais, ou seja, o direito de liberdades ou de defesa como bem expôs Canotilho, visam proteger o indivíduo da ingerência de sua autonomia, exigindo uma atuação negativa, uma abstenção do Poder Público.

Em outra vertente vem os Direitos Sociais, os quais pressupõem uma conduta positiva por parte do Estado.

Os Direitos Sociais são prestações proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta, enunciados em normas constitucionais, com o escopo de oferecer e de garantir melhores condições de vida ao ser humano, tentando assim, por certo, igualar os desiguais.³

José Afonso da Silva leciona que os direitos sociais disciplinam situações subjetivas grupais ou pessoais de carácter concreto. Ainda, que

“os direitos económicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem a uma política económica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”.⁴

Neste sentido, Pedro Lenza conclui:

Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando,

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541

³ VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva. O direito fundamental a saúde e o dever do Estado em assegurá-la, sob pena de responder civilmente pela omissão. **Rev. Humanidades**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 35, jan./jun. 2003. Disponível em < <http://www.unifor.br/notitia/file/1532.pdf>>. Acessado em 13 de abril de 2009.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**, 5ed., São Paulo: Malheiros. 2007, p. 183.

ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, da CF/88).⁵

De posse destas noções, é possível agora, indicar as características e as diferenças dentre os direitos de defesa e os sociais. Sobre o tema, Érica Pessanha leciona que:

Quanto às diferenças em relação às liberdades, a doutrina analisa, em primeiro lugar, que, enquanto os direitos de defesa possuem natureza preponderantemente negativa, os direitos sociais pressupõem uma conduta positiva do Estado. A primeira característica inerente ao direito em questão é, portanto, o seu *cunho prestacional*.

(...)

Outra característica dos direitos sociais é a *relevância do conteúdo econômico*, pois demandam recursos públicos disponíveis para que sejam concretizados.

(...)

Assim, enquanto os direitos de defesa visam, basicamente, proteger o indivíduo das ingerências em sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais visam uma prestação de natureza fática, sempre dependente da análise dos recursos disponíveis.⁶

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

(...) enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. 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 (...)⁷

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 758.

⁶ PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006. P. 308/309

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 261

Ainda neste sentido Luiz Roberto Barroso entende que:

Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde.⁸

Insta ressaltar que nem todas as liberdades sociais podem ser consideradas como direitos sociais prestacionais. Como exemplo, é possível indicar o direito à greve que, apesar de estar relacionado a um direito social, o do trabalho, não requer prioritariamente uma prestação positiva por parte do Estado para que se efetive.

Os direitos sociais encontram-se previstos no art. 6º da Constituição da República de 1988, podendo ser considerados prestacionais, a maioria dos direitos ali inseridos.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Diante do exposto, e visando a permanência no tema escolhido, passa-se, agora, a análise de um dos direitos sociais considerados prestacionais previstos no artigo acima transcrito, qual seja, o direito à saúde.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acessado em 12 de setembro de 2009. p. 6.

2.1 DO DIREITO À SAÚDE

Consoante asseverado no tópico anterior, a atual Constituição Federal prevê o direito à saúde, assim como outros direitos sociais. Entretanto, nem sempre tal disposição esteve presente em nossa legislação.

Para melhor expor a história da saúde na legislação constitucional pátria, segue abaixo quadro demonstrativo do Ministério da Saúde⁹:

Constituição Política do Império do Brasil – 1824
Em seu texto não incluía dispositivos relacionados à saúde.
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1891
Não constam dispositivos relacionados à saúde
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1934
Esta constituição traz o artigo 10º onde compete à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência pública
Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1937
Nesta constituição o artigo 16º fala da competência privativa da União em legislar normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.
Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1946
Nesta constituição é o artigo 5º que determina a competência da União em legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.
Constituição da República Federativa do Brasil – 1967
O artigo 8º desta constituição estabelece a competência da União em cuidar dos planos nacionais de educação e de saúde.

De mais a mais, a Organização Mundial da Saúde – OMS, em 1946, definiu saúde como “(...) um estado de completo bem estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”¹⁰

Neste sentido, a Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, em seu art. 3º, assim dispõe:

⁹ Informação presente no programa **SUS: a saúde do tamanho do Brasil**, organizado em homenagem aos 20 anos do Sistema Único de Saúde. Disponível em <http://www.sus20anos.saude.gov.br/sus20anos/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=9>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

¹⁰ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186.

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.

A saúde, conforme já exposto, consta como um dos direitos sociais reconhecidos no art. 6º, o qual abre o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos Fundamentais”) da Constituição da República.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua em seus dispositivos o direito de todo ser humano à vida e à segurança pessoal, os quais devem ser garantidos por cada Estado e, se realizar na medida dos recursos disponíveis, de modo a viabilizar um padrão de vida aos seus cidadãos, capaz de assegurar os direitos acima elencados como sociais.

Artigo III.

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

(...)

Artigo XXII.

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(...)

Artigo XXV.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Em que pese a Declaração dos Direitos Humanos, no seu artigo XXII assegurar a responsabilidade do Estado em garantir os direitos econômicos, sociais

e culturais, indispensáveis à dignidade da pessoa humana, o art. 196 da Carta Magna destaca a saúde como “direito de todos e dever do Estado”.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca desta norma constitucional:

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 conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada

têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF¹¹

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹² o art. 196 da Constituição Federal veicula dois princípios constitucionais relacionados à saúde, o do acesso universal e o do acesso igualitário.

O princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área de saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas. (...)

O princípio em pauta é complementado logicamente pelo princípio do acesso igualitário, cujo significado pode ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas etc.¹³

Igualmente, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, expõe em seu artigo 2º que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Neste diapasão, deve-se destacar que o Estado tem a atribuição e obrigação de desenvolver ações positivas para possibilitar o exercício dos direitos sociais.

Neste sentido, leciona Ives Gandra da Silva Martins:

A Constituição Federal conformou o Estado brasileiro não só como um *Estado de direito*, que tem por característica assegurar os direitos fundamentais do cidadão e submeter-se às normas que produz, mas também como um *Estado democrático*, o que pressupõe a atribuição ao ente estatal da obrigação de desenvolver ações positivas na área social – assim entendidas aquelas consistentes em criar os pressupostos fáticos necessários para, dentro do possível, possibilitar o exercício dos direitos sociais, de acordo e nos moldes traçados pela Carta Política.¹⁴

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000

¹² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 486

¹³ Ibidem, p. 486

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Serviços de saúde. Relevância Pública independente do regime de sua prestação. Participação da iniciativa privada em

Jorge Miranda afirma, ainda, que: “Os direitos econômicos, sociais e culturais são, no contexto do Estado de Direito Democrático, direitos universais e não direitos de classe.”¹⁵

Cumpra mencionar que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, sendo incumbência do Estado, não apenas prestar assistência, mas também, desenvolver políticas públicas capazes de viabilizar a prestação de serviços por entes particulares e, inclusive, propiciar um exercício preventivo para todos. O art. 197 da Constituição Federal assim dispõe:

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

Ingo Wolfgang Sarlet, sobre os deveres do Estado frente ao direito à saúde de seus cidadãos, ensina:

Ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental.¹⁶

A este respeito Guido Ivan de Carvalho esclarece:

caráter complementar ao SUS. Direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e/ou convênios celebrados com a administração. Reajuste e recomposição de preços. Exigência constitucional e da legislação ordinária para que os valores repassados reflitam os impactos da inflação e do aperfeiçoamento tecnológico dos procedimentos. Parecer. **Revista IOB de Direito Administrativo**. V.2, nº 14 (Fev/07). São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 103

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t.IV, 3ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 395.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, vol. I, nº 1, 2001.

Daí dizer-se que o art. 196 deve ser desdobrado em duas partes:

A de dicção mais objetiva, que obriga o Estado a manter, na forma do disposto no art. 198 da Constituição e na Lei 8.080/90, as ações e serviços públicos de saúde que possam prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de agravo à saúde (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (ações curativas);

A de linguagem mais difusa, que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão.

O direito insculpido na segunda parte do art. 196 (acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação) e explicitado no art. 198 é de eficácia plena, imediata, não podendo o Estado postergá-lo nem condicioná-lo a futura implementação de programas sociais e econômicos.¹⁷

Assim, conclui-se que o direito à saúde é de todo e qualquer cidadão, diga-se, universal, bem como dever do Estado em proporcionar assistência e medidas político-sociais, de forma a garantir um padrão de vida digno às pessoas de sua sociedade.

Todavia, uma ponderação há que ser feita. O dever do Estado não se restringe à União. Este dever é uma responsabilidade concorrente entre os entes federativos, de acordo com o art. 198, § 2º da Constituição Federal.

2.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA “ESCOLHA TRÁGICA”

Como já observado, o Estado tem o dever de realizar assistência preventiva e ações curativas, bem como desenvolver programas econômicos e sociais, para o fim de melhorar a qualidade de vida do cidadão.

¹⁷ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema único de Saúde – Comentários à lei Orgânica da Saúde**. 3ªed. Campinas: Unicamp, 2001. p. 41

Para tanto, o Poder Público precisa ter um posicionamento prestacional, na medida em que deve materializar o direito, através de investimento de recursos.

Ademais, cumpre salientar que para a efetivação dos direitos fundamentais, e diga-se, não apenas dos sociais, há um custo, seja para a prestação estatal (direitos sociais), ou simplesmente para a fiscalização dos direitos de defesa, por exemplo.

Todavia, este “custo” não pode ser compreendido de igual forma para estes direitos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, enquanto que aos direitos de defesa deve-se ter uma neutralidade econômico-financeira, visto que a sua eficácia jurídica e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já nos direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, eis que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso.¹⁸

Logo, é certo que para a efetiva concretização dos direitos sociais prestacionais há de ser examinados os recursos públicos, sendo estes, portanto, um dos grandes obstáculos para a sua efetivação.

A efetiva concretização dos direitos sociais prestacionais encontra seu segundo grande obstáculo na escassez de recursos. A expressão “*reserva do possível*” é utilizada largamente na doutrina para identificar o fenômeno da limitação de recursos frente à necessidade de aplicação dos mesmos para concreção dos direitos sociais.¹⁹

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p.234/235.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 12, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003. p. 47. (Apud.PESSANHA. Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006).

Ainda neste sentido, o magistrado gaúcho continua:

(...) a “reserva do possível” passou a traduzir (...) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares sintetizadas no orçamento público.²⁰

Com efeito, ainda que o Estado disponha dos recursos à disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que esteja fora dos limites do razoável.

Consoante asseverado, vários são os direitos sociais prestacionais, sendo a saúde, apenas um deles. Por isto, os recursos não podem, nem devem ser voltados a satisfação de um único direito, devendo ser distribuídos, de modo a propiciar uma vida digna a seus cidadãos.

Outrossim, destaca-se que não apenas do desenvolvimento de políticas sociais é que se constituem as despesas estatais.

Assim, merece relevo igualmente, a análise da atuação da administração pública frente à aplicação dos recursos disponíveis, eis que os princípios da moralidade e da eficiência devem ser respeitados, de modo a viabilizar a maximização dos recursos e a minimização do impacto da reserva do possível, o que possibilitaria uma maior efetividade dos direitos sociais.

Parece-nos oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direciona a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais (...)²¹

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. p. 237

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 5ª ed. Livraria do Advogado. 2003. p. 355.

Aqui, importa acrescentar que os recursos estatais precisam estar devidamente previstos no orçamento anual, estabelecido mediante Lei, conforme previsto no art. 165 da Constituição Federal.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

- I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Não obstante as despesas do Poder Público com seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, investimento nas empresas públicas e de economia mista, expressamente disposto nos incisos I e II do art. 165, § 5º da CF/88, respectivamente, há ainda, a obrigatoriedade de o orçamento incluir as condenações transitadas em julgado, segundo o art. 100, §1º da Carta Magna.

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a

designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Entretanto, ainda que haja previsão orçamentária para a seguridade social (art. 165, §5º, III, da CF/88), após uma mera análise do orçamento público, resta claro que a seguridade social possui uma parcela irrisória, se comparada com sua importância, haja vista que os recursos destinados a esta seara deverá ser remanejado, isto é, distribuído, para as mais diversas áreas (educação, saúde, etc.).

Para melhor caracterizar os recursos disponíveis, mais especificadamente, para a saúde, se necessário faz a observância do mínimo existencial, previsto nos art. 34 e 35 da Constituição da República, os quais ganharam nova redação com a Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000.

Ou seja, esta Emenda Constitucional, garante a aplicação mínima de recursos para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde, possibilitando a intervenção da União nos Estados, Distrito Federal ou Municípios localizados em Território Federal, bem como dos Estados em seus Municípios, na hipótese de desobediência da norma, apesar da autonomia dos entes federativos, o que demonstra a importância da saúde.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

Para estipular os valores mínimos a ser aplicados na saúde, a Emenda Constitucional alterando o art. 198, acrescentou os §§ 2º e 3º, os quais possuem o seguinte teor:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

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

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

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

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

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

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

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

Com o fim de regulamentar esta situação, o Conselho Nacional da Saúde editou a resolução nº 322, a qual foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade, e recentemente publicado o acórdão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu pelo não conhecimento, nos seguintes termos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 322, de 8 de maio de 2003, que estabelece as diretrizes a serem observadas para a aplicação da Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000. 2. Inadmissibilidade.

Resolução expedida com fundamento em regras de competência previstas em um complexo normativo infraconstitucional (Leis nº 8.080/1990 e 8.142/1990). 3. Precedentes. 4. Vencida a tese no sentido do conhecimento da ação, em razão de a Resolução nº 322/2003, do Conselho Nacional de Saúde, objetivar atender à disciplina determinada pelo art. 198 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 29/2000. 5. Ação direta não conhecida.²²

Visando a implantação imediata da medida de aplicação dos recursos mínimos, esta mesma Emenda Constitucional, qual seja a EC nº 29/2000, acrescentou o art. 77 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:"

"I – no caso da União:"

"a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;"

"b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;"

"II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e"

"III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º."

"§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento."

"§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei."

"§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal."

"§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo."

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2999/RJ. Rio de Janeiro. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 13/03/2008. Tribunal Pleno. DJe-089, 14-05-2009.

Pela simples leitura do artigo acima transcrito, é evidente que a destinação de recursos mínimos não seria suficiente para prestar a devida assistência, promovendo ações e serviços de saúde, que a Constituição indica como dever do Estado.

Em virtude disto, é possível afirmar que o direito à saúde, apesar de ser um princípio fundamental constitucional, não consegue ser prestado de forma eficaz pelo Estado de modo a atender todos, seja pela não regulamentação pelo Legislativo ou pela efetivação pouco satisfatória pelo Executivo, eis que o Poder Público não pode gastar mais do que arrecada com a tributação para implementar as políticas públicas.²³

Assim, verifica-se que a reserva do possível “evidencia a relação estreita e inafastável que há entre o crescimento econômico do País e do orçamento público com o grau possível de realização dos direitos sociais, ainda que fundamentais e constitucionalizados.”²⁴

Insta ressaltar que tendo em vista a baixa destinação, diga-se, aplicação tão somente do mínimo existencial, ou nem mesmo isso²⁵, pode-se afirmar que existe uma escassez de recursos para a saúde, e por que não, para a seguridade social.

Neste ínterim, a escassez de recursos faz como que o Poder Público precise escolher onde investir. Em razão desta escolha, duas serão as conseqüências: (i)

²³ CARDOSO, Oscar Valente. Concessão judicial de medicamento. Direito à saúde é princípio constitucional fundamental, mas o Estado não pode atender a todos, nem o Judiciário pode suprir falhas legislativas a respeito. **Revista Visão Jurídica**. Nº 37. São Paulo: Editora Escala. p. 58/61

²⁴ PAULSEN, Leandro. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Rio Grande do Sul: **Revista AJUFERGS N.º 01**. Disponível em < http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf> Acessado em 22 de julho de 2009.

²⁵ Analisar a **Recomendação nº 001/2009-PP-PRDF**, referente à Representação n.º 1.34.001.004554/2004-74, a qual, em síntese, afirma que a Emenda Constitucional nº 29/2000 não vem sendo atendida pela União, por deixar de aplicar os recursos de maneira satisfatória, ou até mesmo destinando a verba para o programa do “bolsa família”. Por fim, indicam que a União encontra-se em um débito de aproximadamente R\$ 5.485.494.079,56 (cinco bilhões quatrocentos e oitenta e cinco milhões quatrocentos e noventa e quatro mil setenta e nove reais e cinquenta e seis centavos), os quais deverão ser aplicados em ações e serviços de saúde.

uma parte da sociedade sofrerá pela não aplicação dos recursos em alguma das searas da seguridade social, ou mesmo pela destinação dos recursos para uma área específica do território nacional; (ii) enquanto que outra parte da sociedade se beneficiará do investimento.

A escassez de recursos exige dos poderes constituídos que façam opções entre as destinações possíveis e, quem sabe, opções entre determinadas medidas para a garantia de direitos sociais em detrimento de outras que também teriam o sentido de realizá-los, sendo que, com isso, podem mostrar-se, na prática, pelo menos em algum grau, excludentes.

Ora, em razão da necessidade da decisão que beneficiará uns e prejudicará outros, a melhor doutrina a denomina de “escolha trágica”.

Costuma-se invocar, para justificar a opção do Executivo, a necessidade de “escolhas trágicas”, que consiste em optar por concretizar determinados direitos para algumas pessoas em detrimento dos direitos de outras. A própria existência de políticas sociais, por si só, já implica as escolhas trágicas, pois decorre de opção por determinadas políticas em prejuízo de outras.²⁶

Coadunando as idéias tratadas até o momento sobre a aplicação do mínimo existencial e da trágica escolha, Flávio Galdino assim ensina:

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”. A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a ‘exaustão da capacidade orçamentária’ que impede a realização de um determinado direito. O argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’.²⁷

²⁶ CARDOSO, Oscar Valente. Op. Cit. p. 61

²⁷ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 214.

Ademais, Gustavo Amaral bem exemplifica a escolha trágica ao tratá-la no que tange à saúde:

A escassez é inerente às pretensões positivas e de modo ainda mais acentuado quanto à saúde. Ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar.²⁸

Desta feita, pode-se dizer que o Estado (*lato sensu*) deve prestar a assistência à saúde, o fazendo através do desenvolvimento de políticas sociais e, ações prestacionais, atendendo o disposto na Emenda Constitucional nº 29/2000, na medida em que aplica os recursos mínimos ali estipulados, arrecadados pelos tributos pagos pelos cidadãos, visando a melhoria da qualidade de vida do seu povo.

Por outro lado, tendo em vista a baixa destinação dos recursos, devido às trágicas escolhas, muitas vezes os procedimentos médicos (exames, consultas, cirurgias) e medicamentos não são liberados.

Ou seja, ainda que o Estado tenha o dever de prestar assistência universal à saúde, nem sempre esta se concretiza, havendo a negativa por parte do Poder Público.

Nesta hipótese, as pessoas ingressam na esfera judiciária buscando a efetivação de seus direitos. Todavia, ao conferir este acesso, poderá este julgador estar prejudicando o acesso de toda a coletividade àquele recurso; ou então se encontrará em uma situação onde a lei lhe impõe a concessão da tutela pretendida ao particular, mesmo sendo notória a absoluta falta de recursos públicos para que a

²⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.180-181.

obrigação seja cumprida, o que demonstra um claro conflito entre a previsão constitucional do direito fundamental e a realidade demonstra ser algo inatingível.²⁹

No entanto, ainda que determinado judicialmente a liberação de procedimentos médicos ou de medicamentos, a “reserva do possível” precisa ser respeitada, desde que comprovado a efetiva indisponibilidade total ou parcial dos recursos.

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes³⁰.

Deste modo, é certo que o Estado deve prestar assistência, isto é, ações e serviços de saúde, além de desenvolver políticas sociais, não sendo possível, entretanto, que se concretize a universalidade prevista na Constituição, haja vista a indisponibilidade total ou parcial dos recursos, segundo observado ao analisar a “reserva do possível”.

2.3 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O direito à saúde, como conhecido atualmente, surge na 8ª Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu imediatamente após a democratização de 1985.

²⁹ CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.6, nº 21, jan. 2008, p. 151

³⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. *Ibidem*. p. 356 e 357.

Frise-se, essa conferência gerou uma Comissão Nacional da Reforma Sanitária, o que veio a ser o capítulo de saúde da Constituição.³¹

O Sistema único de Saúde – SUS, por sua vez, foi criado pelo Estado, para dar efetividade aos dispositivos da Carta Magna, que reconhece o direito de acesso universal à saúde para toda a população.

Importa destacar que a legislação infraconstitucional configurou este sistema, mediante as Leis conhecidas como “Lei Orgânica da Saúde – LOS”, quais sejam, as Leis 8.080 de 19/9/1990, que criou o Sistema Único de Saúde e, 8.142 de 28/12/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde.³²

Entretanto, não apenas destas leis o Sistema Único de Saúde se rege. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que o SUS rege-se, principalmente por três princípios cardeais: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.

A descentralização indica que o SUS deve caminhar no sentido de que o atendimento básico à população seja realizado plenamente pelos Municípios, cabendo aos Estados o trato de questões de alta complexidade e à União a gestão do sistema.

A direção única em cada esfera de governo revela que o SUS tem como gestor federal o Ministério da Saúde, como gestores estaduais os Secretários Estaduais de Saúde e como gestores municipais os Secretários Municipais de Saúde.

A rede pública de saúde deve propiciar atendimento integral envolvendo desde a prevenção, passando pelo atendimento médico e hospitalar e envolvendo a assistência farmacêutica (remédios).

³¹ BUSS, Paulo. Determinantes sociais, os 20 anos do SUS e a informação. Palestra apresentada ao **Seminário SUS 20 anos: desafios para a informação e comunicação em saúde**. Fundação Oswaldo Cruz. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde. Rio de Janeiro: FIOCRUZ / ICICT, 2009, p. 24. Disponível em < <http://www.fiocruz.br/cict/media/susrevisado.pdf>> Acessado em 28 de agosto de 2009.

³² Informações prestadas pelo Ministério da Saúde, em comemoração aos 20 anos do Sistema Único de Saúde, ao abordar a linha do tempo da saúde, no programa **SUS: a saúde do tamanho do Brasil**. Disponível em <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/exposicoes/linhatempo/90.htm>> Acessado em 12 de agosto de 2009.

A participação da comunidade foi solidificada com a implantação dos Conselhos de Saúde (em todos os níveis federativos), órgãos que, só pela afirmação constitucional, possuem caráter deliberativo (Lei nº 8.142/90).³³

Quanto à participação da comunidade, acima mencionada, não se pode deixar de analisar os dizeres de Lenir Santos:

O SUS não tem o poder nem o dever de atuar em todas as áreas com implicações na saúde e que não são poucas. Daí poder afirmar que o SUS deve assegurar ao cidadão ações e serviços descritos no art. 200 da CF e explicitados nos arts. 5º e 6º da Lei 8.080/90, sendo responsabilidade de outros setores do Estado e também da sociedade, da pessoa, da família e das empresas (§ 2º do art. 2º da Lei 8.080/90) a adoção de medidas que evitem danos à saúde individual e coletiva, de forma ampla e genérica.³⁴

Ou seja, a comunidade, entenda-se, a sociedade, pessoa (paciente), família e empresas, possui a obrigação de adotar medidas preventivas para evitar danos à saúde individual e coletiva, de forma ampla e genérica, auxiliando o Estado neste dever, deixando, contudo, a assistência, isto é, o tratamento sob a incumbência deste.

A respeito da estrutura do SUS, João Agnaldo Donizeti Gandini afirma:

O art. 198 formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).³⁵

³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 487

³⁴ SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Radis**, nº 49. Setembro de 2006. p. 4. Disponível em < <http://www4.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>> Acessado em 17 de agosto de 2009.

³⁵ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 49, 31/01/2008. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4182. Acesso em 12/08/2009.

Quanto às atribuições do Sistema Único da Saúde, Leny Pereira da Silva ensina:

No artigo 200, (...), foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.³⁶

Ainda neste sentido, o art. 6º da Lei 8.080/90 também dispõe acerca das atribuições, senão vejamos:

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;

³⁶ SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia apresentada no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. p. 18/19. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

- 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.

Neste contexto, pode-se auferir que tais atribuições são impostas de modo a viabilizar a concretude dos objetivos do Sistema Único de Saúde, os quais se encontram previsto na própria Lei 8.080/90.

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.

A este respeito, o Procurador Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, ao participar da audiência pública sobre o SUS, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 2009, afirma:

Em obra específica (A Saúde e a Federação na Constituição Brasileira, Lumen Júris Editora, 2004), o procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert anotou com acerto que “o objetivo primeiro do SUS é articular todos os serviços públicos de saúde existentes no País para que, atuando de forma ordenada, possa haver a otimização dos escassos recursos sociais em todos os níveis da federação. Com efeito, a atuação conjunta dos entes públicos propicia um ganho de escala e evita a sobreposição de estruturas.”

Todavia, importa salientar que assim como o SUS possui deveres e atribuições, os usuários também as possuem, estando estas dispostas no art. 6º da Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009, que legisla sobre os direitos e deveres dos usuários do Sistema Único de Saúde.

Art. 6º Toda pessoa tem responsabilidade para que seu tratamento e recuperação sejam adequados e sem interrupção.

Parágrafo único. Para que seja cumprido o disposto no caput deste artigo, as pessoas deverão:

I - prestar informações apropriadas nos atendimentos, nas consultas e nas internações sobre:

a) queixas;

b) enfermidades e hospitalizações anteriores;

c) história de uso de medicamentos, drogas, reações alérgicas;

d) demais informações sobre seu estado de saúde;

II - expressar se compreendeu as informações e orientações recebidas e, caso ainda tenha dúvidas, solicitar esclarecimento sobre elas;

III - seguir o plano de tratamento proposto pelo profissional ou pela equipe de saúde responsável pelo seu cuidado, que deve ser compreendido e aceito pela pessoa que também é responsável pelo seu tratamento;

IV - informar ao profissional de saúde ou à equipe responsável sobre qualquer fato que ocorra em relação a sua condição de saúde;

V - assumir a responsabilidade pela recusa a procedimentos, exames ou tratamentos recomendados e pelo descumprimento das orientações do profissional ou da equipe de saúde;

VI - contribuir para o bem-estar de todos nos serviços de saúde, evitando ruídos, uso de fumo e derivados do tabaco e bebidas alcoólicas, colaborando com a segurança e a limpeza do ambiente;

VII - adotar comportamento respeitoso e cordial com às demais pessoas que usam ou que trabalham no estabelecimento de saúde;

VIII - ter em mão seus documentos e, quando solicitados, os resultados de exames que estejam em seu poder;

IX - cumprir as normas dos serviços de saúde que devem resguardar todos os princípios desta Portaria;

X - ficar atento às para situações de sua vida cotidiana que coloquem em risco sua saúde e a da comunidade, e adotar medidas preventivas;

XI - comunicar aos serviços de saúde, às ouvidorias ou à vigilância sanitária irregularidades relacionadas ao uso e à oferta de produtos e serviços que afetem a saúde em ambientes públicos e privados;

XII - desenvolver hábitos, práticas e atividades que melhorem a sua saúde e qualidade de vida;

XIII - comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de caso de doença transmissível, quando a situação requerer o isolamento ou quarentena da pessoa ou quando a doença constar da relação do Ministério da Saúde; e

XIV - não dificultar a aplicação de medidas sanitárias, bem como as ações de fiscalização sanitária.

Por fim, cumpre mencionar uma importante e relevante informação destacada por Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, na audiência pública realizada no dia 28 de abril de 2009.

O SUS é um sistema porque assim o diz a Constituição Federal. E um sistema, portanto, é um todo composto de diversas partes que se inter-

relacionam segundo regras que lhe dão coerência. Não cumprir essas regras tira a coerência do sistema, inviabiliza o funcionamento do sistema.³⁷

Diante do exposto, é possível afirmar que o SUS – Sistema Único de Saúde constitui-se como sistema, equiparado a um plano de saúde, público, que visa executar o dever do Estado em prestar assistência universal à saúde de sua população, bem como desenvolver ações protetivas e preventivas.

³⁷ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Audiência Pública realizada em 28/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

3 PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

3.1 DO SISTEMA COMPLEMENTAR

Consoante analisado, o Brasil mediante a Constituição Federal criou o Sistema Único de Saúde para prestar assistência integral e universal à saúde de seus cidadãos.

Todavia, os artigos 199 da Carta Magna³⁸, bem como o art. 21 da Lei 8.080/90 estipulam ser esta assistência à saúde, livre à iniciativa privada.

Isto é, visando dar maior efetividade à proteção da saúde da população, a Constituição Federal observando a ineficiência de uma única instituição pública (SUS) em prestar auxílio a todos, resolveu conferir à iniciativa privada o direito de participar nesta seara.

“(...) Aqui, é mister analisar, inicialmente um ponto importante no tocante aos direitos fundamentais. É comum tratarmos da saúde como direito fundamental, o qual deve ser efetivado diretamente pelo Estado, por meio de seus mecanismos de operacionalização da seguridade social. Entretanto, o Estado não possui o monopólio da prestação de serviços de saúde. A população em geral, portanto, pode optar por custear do próprio bolso suas despesas com saúde, acessando-a por meio de prestadores de serviço privado. (...)”³⁹

³⁸ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

³⁹ CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2008. p.157

Destaca-se, o sistema público não foi capaz de oferecer cobertura universal, gratuita e adequada, devendo, em razão disto, estabelecer uma harmonia entre o sistema privado e o sistema estatal, que se dá naturalmente.⁴⁰

Desta feita, é possível afirma, nas palavras de André da Silva Ordacgy, que o Brasil adota um sistema misto de saúde:

“O Brasil adota um sistema misto de saúde (público e privado), visto que a assistência à saúde é livremente assegurada à iniciativa privada, de forma complementar, por força do art. 199 da Constituição. Infelizmente, a má-gestão administrativa e financeira do SUS, o sucateamento dos grandes hospitais públicos, a escassez de profissionais médicos e o desvio de verbas da saúde têm prejudicado demasiadamente o sistema público de saúde, a ponto de sua inoperância servir como veículo de propaganda em favor dos planos privados de saúde.”⁴¹

Amanda Flávio de Oliveira também ensina sobre o hibridismo do sistema brasileiro:

A prestação de serviços de saúde no Brasil, portanto, tem como marca fundamental seu hibridismo, caracterizado pela coexistência da prestação pública e privada, o que implica a existência de dois subsistemas distintos, mas ambos vocacionados a tornar realidade o direito social à saúde consagrado constitucionalmente.⁴²

Ademais, apesar de o Brasil adotar um sistema misto de saúde, a doutrina entende, nos termos da própria constituição, que a assistência à saúde prestada pela iniciativa privada é complementar ao Sistema Único de Saúde.⁴³

⁴⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidor de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008. p. 161

⁴¹ ORDACGY, André da Silva. **O direito humano fundamental à saúde pública**. Disponível em <http://www.hemofiliabrasil.org.br/artigos/artigo_20080925170800ARTIGO_SAUDE_PUBLICA_ANDR_E_ORDACGY_ESDPU.pdf> Acessado em 31 de agosto de 2009.

⁴² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei de planos de saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**. Nº 67. 2008. p. 52.

⁴³ BATISTA JUNIOR, Francisco. **Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do sus**. Audiência Pública realizada em 28/04/09. Disponível em

Pela sua importância, os serviços de saúde são de competência dos entes públicos, podendo a iniciativa privada exercê-lo de forma complementar. Nesse caso, cabe aos órgãos estatais zelar pelo bom atendimento dos serviços, dispondo sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, que devem ser vistos de forma integrada. A regulamentação da saúde, para ser eficaz, necessita de uma adequada fiscalização e um intenso controle por parte dos poderes públicos (art. 197 da CF).

As empresas privadas podem complementar o Sistema Único de Saúde, seguindo os parâmetros fixados pelas entidades governamentais, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, §1º, da CF). O seu financiamento deve vir da iniciativa privada, que tem objetivo de lucro. O dinheiro público somente pode subvencionar as instituições privadas sem fins lucrativos, sendo terminantemente vedado ao poder público auxiliar ou subvencionar instituições privadas que não tenham finalidade beneficente (art. 199, §2º, da CF).

A assistência à saúde pode ser prestada pela iniciativa privada àquela parcela da população que tenha condições de pagar por esse serviço, o que não significa que a saúde privada deva ser a regra e a saúde pública reservada aos menos favorecidos da sociedade. O Estado brasileiro não pode se omitir na prestação da saúde pública: além de estar estipulada na Constituição, a saúde pública é custeada com dinheiro de toda a sociedade. As empresas multinacionais não podem participar do sistema de saúde privado, para complementar o sistema público. Esse incentivo foi idealizado para que as empresas brasileiras pudessem se estabelecer no mercado, impedindo um monopólio internacional no setor, o que seria extremamente danoso para o País (art. 199, §3º, da CF).⁴⁴

Cumpra mencionar que a própria Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) dispõe acerca da natureza complementar, em seu artigo 24:

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.

De outro norte, deve-se observar como se dará a assistência, por meio da iniciativa privada.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

⁴⁴ ANFRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 589/590.

Em sendo o serviço prestado de forma particular, há que serem observadas as Leis 8.078/90, a 8.080/90 e a Lei 9.656/98.

Quanto à primeira, Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt ensinam:

Como tivemos a oportunidade de escrever, 'uma lei especial nova não tem o condão de afastar a incidência do CDC sobre estes determinados contratos de consumo. A lei especial nova regula a relação de consumo especial no que positiva e o CDC continua a regulá-la de forma genérica e em todos os pontos que a lei especial nova não dispuser expressamente (art. 2º, LICC) (...).'⁴⁵

Ou seja, em sendo aplicável a legislação consumerista, deve atender todas suas prerrogativas e princípios, buscando as partes sempre agirem com transparência e lealdade, evitando, o fornecedor de incorrer nas práticas, bem como na estipulação de cláusulas abusivas.⁴⁶

Pelo art. 4º da Lei n. 8.078/90, com redação da Lei n. 9.008/98, a Política Nacional das Relações de Consumo terá por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo.⁴⁷

Com base na segunda (Lei Orgânica da Saúde), seu artigo 20 dispõe que “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.”

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit., 2008. p. 125

⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidor de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. op. Cit. p. 167. Ensino presente também na obra BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de planos de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de direito do consumidor**. Nº 49. P. 110.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 424.

Sendo que a terceira regula as pessoas jurídicas aptas a prestarem assistência à saúde, por iniciativa própria:

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:

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;

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;

Assim, passa-se agora a análise pormenorizada das pessoas jurídicas da iniciativa privada, autorizadas a prestarem assistência à saúde, de forma complementar ao sistema público.

3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

É lugar comum nas decisões judiciais envolvendo os consumidores e os planos de saúde a referência à prevalência do direito à vida e do princípio da necessidade em detrimento dos interesses econômicos do plano de saúde.

Estabelece-se a premissa de que a empresa privada, operadora do plano de saúde, auferir lucros na sua atividade e, como tal, quando estes interesses são

colocados em confronto com os do consumidor do plano, os últimos devem prevalecer.

A título de exemplifica-se, segue um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAME. PLANO ANTERIOR AO CDC E LEI 9656/98. MIGRAÇÃO NÃO OFERECIDA. ADEQUAÇÃO DO CONTRATO AO CDC NÃO REALIZADA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MORAL. Aplicação do CDC às relações de trato sucessivo estabelecidas anteriormente à sua vigência, sob pena de violação do direito constitucional à isonomia material e processual. Lei 9.656/98 que determina a adaptação das empresas de seguro saúde ao novo regime por ele trazido, através da possibilidade dos segurados anteriores à sua vigência migrarem seus contratos para os ditames da nova legislação. Omissão da ré em apresentar proposta de mudança do regime do seguro saúde à autora, ônus que lhe incumbia tanto pela exegese daquele diploma quanto pelos princípios norteadores do CDC, especialmente a boa-fé objetiva na execução contratual. Inércia da requerida que impõe sua responsabilização pelo custeio do tratamento, nos moldes da nova legislação. Contrato celebrado que ofende os princípios da transparência, da boa-fé objetiva, e da confiança, assim como os artigos 31, 39, IV, 46, 51, XV e §1º, I e II, e 54, §§ 3º e 4º do CDC. O segurador que tem os planos de saúde dos seus clientes entrarem do cenário pré para o ordenamento pós-CDC devem tomar a iniciativa de promover a adaptação dos instrumentos à nova ordem jurídica, respeitando seus novos valores, princípios e regras. Prevalência do bem jurídico vida sobre o interesse patrimonial. Interpretação favorável ao consumidor dos contratos de adesão, de acordo com o artigo 47 do CDC. Dano moral configurado. Indenização reduzida. Sentença que se reforma parcialmente.⁴⁸

No entanto, não apenas a jurisprudência, mas também parte da doutrina, que analisa a questão sob a ótica consumerista, entende neste sentido, eis que considera as cláusulas restritivas de cobertura como abusivas, e conseqüentemente nulas, em decorrência da irreversibilidade dos danos do ponto de vista do consumidor em contraposição ao interesse patrimonial.

⁴⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível 2009.001.53932. Relator Des. Maria Augusta Vaz. Julgamento 29/09/2009. Ver também o entendimento da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Autos nº 2.0000.00.350048-1/000(1). Rel. Maria Elza. DJ 09/03/2002.

Os julgados demonstram que o Tribunal de Justiça de São Paulo partiu de algumas presunções: a primeira, a de que a saúde é um bem cuja defesa não se confunde com a defesa da propriedade ou de outros bens de consumo; a segunda diz respeito à irreversibilidade dos danos, do ponto de vista do consumidor, em oposição ao interesse patrimonial, e, portanto, mais facilmente reparável, das administradoras de planos de saúde (que poderiam internalizar os custos ou distribuí-los). Finalmente, o Tribunal aplicou as regras da teoria contratual do Código de Defesa do Consumidor que permitem a revisão das cláusulas contratuais.⁴⁹

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer ao conceituar os planos privados de assistência à saúde afirma que tratam de contratos em que os fornecedores se obrigam a garantir o tratamento da saúde dos consumidores, sempre que necessário, mediante o pagamento de um prêmio mensal.⁵⁰

Contudo, uma importante ressalva deve ser feita. O chamado plano de saúde é um contrato de natureza securitária, garantido pela constituição de um fundo coletivo, ao qual se associam inúmeros consumidores ligados por um contrato privado, em um processo de mutualismo, participando com o pagamento de pequenas quantias (mensalidades), para a formação de um fundo comum, que é administrado pela empresa operadora do plano.

A esse respeito José Reinaldo de Lima Lopes ensina:

Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos (...) uma administradora de planos de saúde em primeiro lugar deve ser percebida como uma intermediária e uma gestora. Trata-se de gerir recursos captados do público em geral. Ao lado do aspecto financeiro que a atividade adquire, sua função é nitidamente distributiva, ou seja, alocar a cada segurado ou participante do plano, segundo as cláusulas de adesão ao fundo, parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados. Isto dá ao seguro o caráter de mutualidade (...). A mutualidade, neste sentido de 'solidariedade' em fundo comum, é também destacada por Pedro Alvim: 'O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro' (...) Os segurados, diz ele, 'reúnem-se em torno do segurador para formar o fundo comum, de modo que ninguém perde mais do que o prêmio pago, isto é, a sua contribuição para o fundo'. Vê-se,

⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidor de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. op. Cit. p. 164

⁵⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p. 15.

portanto, que uma empresa de saúde e uma seguradora têm que constituir um fundo comum com recursos alheios.⁵¹

O doutrinador em sua nova obra, ainda dispõe que “a função da prestadora é também gerir o fundo de modo a permitir sua permanente solvabilidade e liquidez.”⁵²

Nesse sentido, fácil ver que quando a empresa paga a conta médico/hospitalar da assistência prestada ao seu associado o faz em nome e por conta dele.

Ressalta-se que o inciso I, do art. 1º, da Lei, 9.656/98, dispôs que a operadora paga a conta “por conta e ordem do consumidor”.

Ou seja, é a própria lei que impõe à operadora a condição de mera gestora do fundo composto pelos recursos alheios, ou seja, pertencentes aos consumidores, razão pela qual prevê que paga as despesas por sua conta e ordem.

E mais, quando a decisão judicial determina o pagamento de despesas com a assistência à saúde sem a respectiva cobertura contratual, em nome dos princípios da necessidade e do direito à vida, onera o fundo comum mantido pelos consumidores e, o que é pior, o faz transferindo para todos os beneficiários contribuintes um ônus que é exclusivo do Estado.

Ora, se o fundo pertence aos seus consumidores e a operadora paga as despesas por sua conta e ordem, eis que é mera gestora, está absolutamente claro que quando se lança uma fatura para pagamento de despesas sem a devida cobertura contratual, se está simplesmente imputando tais despesas ao próprio consumidor.

⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima [et. al.]. **Saúde e Responsabilidade**. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Ed. RT., 1999, p. 30.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidor de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. op. Cit. p. 172

Assim, diversamente do entendimento jurisprudencial, a legislação especial faz crer que ao determinar o pagamento de despesas com a assistência à saúde não coberta pelo contrato, estar-se-ia confrontando, aparentemente, o direito à vida e à saúde de um consumidor, com o direito à vida e à saúde dos demais consumidores.

O entendimento doutrinário corre neste sentido, conforme se observa nas lições de Luís Roberto Barroso em seu artigo *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*:

Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Estes entrecosques podem ser de três tipos: 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 determinado 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 ambos 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 de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos.⁵³

3.3 DA COBERTURA CONTRATUAL

Por inúmeras vezes o Poder Judiciário é provocado para dirimir os conflitos de interesse entre os planos de saúde e seus beneficiários, por razões de negatividades de procedimentos médico-hospitalares, devido a alegada falta de cobertura do contrato.

⁵³ BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit. p. 8

Neste sentido, José Augusto Dias de Castro se afirma:

Um outro ponto presente em julgamentos de tribunais pelo país refere-se aos planos de saúde, não raro condenados a prestarem serviços não previstos contratualmente, ou a fornecer remédios que não constam de seus catálogos.⁵⁴

Assim, abre-se o presente tópico para melhor discutir o tema, uma vez que, em se comprovando a suposta exclusão de cobertura, imperioso se faz remeter a realização do procedimento ao Sistema Único de Saúde, conforme restará demonstrado ao final deste trabalho científico.

3.3.1 Antes da Lei nº 9.656/1998

Em que pese a Lei 9.656/98 já estar em vigência a mais de 10 (dez) anos, a maior parte dos contratos firmados com os planos de saúde foram celebrados nas décadas de 80 e 90, correspondendo, atualmente, a 58% dos 39 milhões dos contratos.⁵⁵

Assim, é de extrema importância analisar qual a legislação aplicável nestas hipóteses. Neste sentido, Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt afirmam:

De grande relevância prática é a complementaridade existente entre a Lei 8.078/90 (código de Defesa do Consumidor) e a Lei 9.656/98. Com a vigência da Lei 9.656/98, não houve a revogação tácita ou expressa da

⁵⁴ CASTRO, José Augusto Dias de. Op. Cit. p.157

⁵⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p. 16/17. Consultar ainda o site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/notatecnica012004.shtm>. Acessado em 8 de setembro de 2009.

aplicabilidade do Código do Consumidor às relações jurídico-sociais de consumo de planos ou seguros de saúde (...). Ademais, aos contratos anteriores à Lei 9.656/98, também contratos de consumo, aplicam-se somente os preceitos do CDC para evitar a retroatividade mínima afastada pela jurisprudência brasileira.⁵⁶

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS em seu “guia de cobertura assistencial” ao dispor acerca dos planos pré-regulamentados, também denominados de planos antigos, estabelece que:

aqueles contratados antes da Lei 9.656/98, ou seja, antes de 02/01/1999. Como são anteriores à legislação, a cobertura é exatamente a que consta no contrato e as exclusões estão expressamente relacionadas.⁵⁷

Para Ana Beatriz Rutowitsch Bicalho:

No que tange aos contratos de plano de saúde, celebrados anteriormente à Lei 9.656/98, deve-se esclarecer que apesar de não estarem subjugados aos preceitos da citada legislação, permanecem sob a égide da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁸

Convêm transcrever a ementa de acórdão na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, que dispõe sobre a não retroatividade da Lei 9.656/98 para aplicação aos contratos assinados anteriormente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p. 147/148.

⁵⁷ Disponível em <www.ans.gov.br>. Acessado em 08 de setembro de 2009.

⁵⁸ BIGALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Op.cit., p. 120

órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1o e 2o, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1o, incisos I a V, e 2o, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5o, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2o do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3o da Medida Provisória 1908-18/99.⁵⁹

Ao comentar esta decisão liminar, a doutrina concluiu:

- 1) As disposições do CDC e da Lei 9.656/98 regulam, em harmonia e complementaridade (a partir de um intenso diálogo das fontes), a proteção dos usuários de planos de saúde com contratos firmados após a entrada em vigor da lei dos planos de saúde.
- 2) A Lei 9.656/98 não pode ser aplicada aos contratos anteriores à sua entrada em vigor, em razão da decisão do STF na Medida Cautelar deferida na ADIn 1.931. Porém, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, como será demonstrado ao longo deste artigo, são suficientes para que se efetive o controle de cláusulas e práticas abusivas, tais como, dentre outras, a imposição de restrição de cobertura a determinadas doenças, limites de internação hospitalar, bem como cláusulas que permitam a variação do preço e rescisão contratual de modo unilateral.⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. Supremo tribunal federal. Pleno. ADI 1931 MC / DF - Distrito Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento 21/08/2003. **DJ** 28-05-2004.

⁶⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p. 25/26

Ademais, a própria Lei 9.656/98 é expressa em determinar que as suas disposições somente se aplicam a contratos firmados após sua vigência, não podendo retroagir, conforme dispõe seu art. 35⁶¹, podendo até mesmo, vir a violar o princípio constitucional da irretroatividade previsto no art. 5º, XXXVI⁶² da Constituição Federal de 1988, e no art. 6º, §1º⁶³ da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ainda neste sentido, pode-se citar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. OMISSÃO IRRELEVANTE. LONGO PERÍODO DE SAÚDE E ADIMPLENTO CONTRATUAL ANTES DA MANIFESTAÇÃO DA DOENÇA.

- As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação.

- O segurado perde direito à indenização, nos termos do art. 766, CC/2002, (art. 1.444/CC1916) se tiver feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. E isso não se verifica se não tiver ciência de seu real estado de saúde. Precedentes.

- Excepcionalmente, a omissão do segurado não é relevante quando contrata seguro e mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da contratação da apólice.

- Aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, o segurador que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente. Recurso Especial provido.⁶⁴

⁶¹ 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.

⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁶³ Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada. § 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1080973/SP. Recurso Especial. 2008/0173809-5. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 03/02/2009.

"Ação Declaratória de Nulidade de Cláusulas Contratuais e Indenização. Dano Moral e Material. Seguro-Saúde. CDC. Contrato não abrangido pela Lei nº 9656/98. (...) Os contratos de plano de saúde firmados antes da edição da lei nº 9656 de 03 de junho de 1998 não estão regulados por esta norma, porém, serão analisados à luz do código de defesa do consumidor. (...)"⁶⁵

Todavia, apesar deste entendimento, uma nova corrente vem se firmando nos tribunais pátrios.

Segundo esta nova teoria, ainda que os contratos sejam firmados anteriormente à vigência da Lei 9.656/98, tendo em vista a renovação anual do contrato, estes devem ser considerados como de trato sucessivo.

Logo, por ser de trato sucessivo, mesmo aos planos antigos, deve-se aplicar a Lei 9.656/98.

Apelação Cível. Plano de Saúde. Julgamento Antecipado. Cerceamento de Defesa não configurado. Ilegitimidade Passiva. Relação Jurídica de Direito Privado. Aplicabilidade da Lei 9.656/1998. Contrato de trato sucessivo. Doença Crônica. Cláusula Abusiva. Nulidade. Recurso não provido. I - A verificação da suposta abusividade da cláusula é matéria exclusivamente de direito, sendo desnecessária dilação probatória. II - O caso em comento se funda na averiguação de cobertura securitária adstrita a plano de saúde. E uma vez que a própria Constituição Federal autoriza a assistência à saúde pela iniciativa privada, no art. 199, incoerente a tese de ilegitimidade passiva, bem como a possibilidade de denúncia da lide à União Federal. III - A natureza sucessiva do contrato permite a aplicação da nova lei sem afrontar o ato jurídico perfeito. IV - Cláusula excludente de cobertura das doenças crônicas tem cunho subjetivo o bastante para dificultar o entendimento de abrangência. Interpretação que compulsoriamente deve ser feita de maneira mais favorável ao consumidor. Sentença mantida. V - Recurso de Apelação não provido.⁶⁶

Tamanha é a discussão em torno da questão da retroatividade da Lei 9.656/98, que isto está sendo objeto de discussão perante o Supremo Tribunal

⁶⁵ PARANÁ. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. 7ª Câmara Cível. Acórdão 19542. Relator Juiz Miguel Pessoa. **DJ** 10.09.04.

⁶⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível 0542982-7. Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Relator Juiz Substituto de 2º Grau Antonio Ivair Reinaldin. Unânime. J. 05.02.2009. **DJ** 108.

Federal, conforme se pode observar na decisão da Ministra Cármen Lúcia, que entendeu pela presença de repercussão geral.

DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEIS SOBRE PLANOS DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Há repercussão geral na questão sobre a aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde aos contratos firmados antes da sua vigência, à luz do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República.⁶⁷

Entretanto, em virtude das disposições legais e da doutrina, bem como demais fundamentos apontados, entende-se pela prevalência da corrente anteriormente demonstrada, qual seja, a Lei 9.656/98 não deve ser aplicada aos contratos pré-regulamentados.

3.3.2 Após a Lei nº 9.656/1998

Diferentemente do tópico anterior, quando há conflito de interesses entre os beneficiários e as operadoras de planos de saúde, envolvendo contratos firmados após a vigência da Lei 9.656/98, não restam dúvidas acerca da aplicação desta lei, cumulativamente ao Código de Defesa do Consumidor, como já observado.

Para melhor elucidar o tema, a ANS dispõe:

Se o seu contrato assinado após janeiro de 1999, ele está totalmente amparado pela nova legislação. Os contratos novos têm que oferecer todas as garantias previstas na Lei 9.656/98, quanto à cobertura assistencial, cobertura geográfica, rede de serviços, prazos de carência e aumento de mensalidade, entre outras.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 578801 RG / RS - Rio Grande do Sul. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento 16/10/2008. **DJe** 206. 30/10/08.

Os planos antigos (individuais ou familiares) não têm registro na ANS e estão proibidos de ser comercializados desde janeiro de 1999. São, também, intransferíveis, sob qualquer pretexto. Somente o titular e seus dependentes inscritos antes da entrada em vigor da nova lei têm a garantia de permanência no plano. Quando previsto no contrato, é possível a inscrição apenas de novos cônjuges e filhos.⁶⁸

Ainda que não restem dúvidas acerca da aplicação da lei, algumas considerações devem ser feitas.

Ora, em que pese posicionamento diverso jurisprudencial, quando se tratar de contratos antigos, a cobertura deve se ater aos termos e cláusulas expressas no contrato, em conformidade aos princípios da *pacta sunt servanda*, da obrigatoriedade contratual, direito adquirido e da segurança jurídica, respeitadas as possíveis exceções, tais como as cláusulas abusivas e o *rebus sic standibus*.

Ana Beatriz Rutowitsch Bicalho quando se manifesta acerca dos contratos posteriores à Lei 9.656/98, afirma que:

Os contratos de plano de saúde elaborados após a Lei 9.656/98 devem prever a cobertura de todas as doenças relacionadas pela Organização Mundial de Saúde, nos termos do seu art. 10. Isto significa que se tornam nulas de pleno direito todas as cláusulas contratuais elaboradas após a promulgação da citada lei que estabeleçam restrições às doenças classificadas pela mencionada Organização.⁶⁹

Contudo, ao se encontrar com os contratos pós-regulamentados, isto é, posteriores à Lei 9.656/98, aqui incluídos os contratos firmados posteriormente à Lei, ou aos contratos migrados (pré-regulamentados que se adaptaram), a cobertura não se restringe aos termos e cláusulas contratuais.

⁶⁸ Disponível em <www.ans.gov.br>. Acessado em 08 de setembro de 2009.

⁶⁹ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Op. Cit. p. 118.

Quando se estiver diante dos planos novos, a cobertura é regulamentada pela ANS, mediante resoluções normativas expedidas por esta agência reguladora, devendo ainda se observar a própria Lei 9.656/98.

A Lei de Planos de Saúde aborda a questão, sem, no entanto, resolvê-la por completo. De acordo com o caput do art. 10, os planos de saúde devem obrigatoriamente cobrir todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da organização Mundial de Saúde. Esta é a mais relevante imposição em matéria de cobertura disposta na Lei, já que impede, para os contratos assinados a partir de 1999 e para os antigos adaptados à nova legislação, a exclusão e/ou restrição de cobertura de toda e qualquer doença de vastíssima Classificação de Doenças da OMS.⁷⁰

Entretanto, em absoluta contradição ao art. 10, a própria Lei 9.656/98 e diversas resoluções admitiram a redução do alcance dessa regra, possibilitando a exclusão de cobertura.

Neste sentido a doutrina dispõe:

A principal redução daquele comando legal veio já no texto original da Lei 9.656/98, art. 11, que permite a suspensão de cobertura de doenças e lesões preexistentes por 24 meses, contados da data de contratação do plano de saúde.

Ademais, por meio de medida provisória, foi inserida outra disposição contrária ao art. 10, *caput*, ao passo que submete à ANS a definição da “amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade” (§4º). Significa dizer que se passou a admitir uma limitação da abrangência da cobertura assistencial por meio de “regulamentações” da ANS.⁷¹

Diga-se, em 2005 houve a expedição da RN 82, tendo esta sido revogada pela RN 167, de 02 de abril de 2009, que se encontra em vigor atualmente, relacionando os procedimentos de cobertura obrigatória para as Operadoras de Planos de Saúde.

⁷⁰ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p.203

⁷¹ Idem. p.204

3.4 ENTES REGULADORES: ANS E CONSU

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961/2000, assumiu as competências do CONSU – Conselho de Saúde Suplementar, como as de fiscalizar e regulamentar o setor.⁷²

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (MP nº 1.928/99), de 25.11.1999. DO 226-A, de 26.11.1999, p. 13.

Criada para atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.⁷³

O artigo 1º da Lei 9.961/2000 dispõe neste sentido, classificando, ainda, a ANS como autarquia vinculada ao Ministério da Saúde.

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Ademais, a lei que criou a ANS em seu art. 4º, estabelece as competências da agência reguladora, tais como, em seu inciso XXXVI, a articulação com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia dos serviços privados de assistência à saúde, senão vejamos:⁷⁴

⁷² Idem. p.201

⁷³ FORTEZA, Dulcinéia Zampieri; VIEIRA, Cristiane Maria; BONATTO, Maura de Fátima. **Saúde – Planos Privados de Assistência Suplementar**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002 p. 8

⁷⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Op. Cit. p. 55

Art. 4º Compete à ANS:

- I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;
- II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
- III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;
- IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;
- V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;
- VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;
- VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;
- VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;
- IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;
- X - definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;
- XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;
- XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998;
- XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;
- XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;
- XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).
- XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;
- XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;
- XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;
- XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;
- XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

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

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).

XXXV – determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (Redação dada pela MP nº 2.097-36, de 26 de janeiro de 2001).

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX – celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos. (Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).

XL – definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. (Inciso incluído pela MP nº 2.097-36, de 26 de janeiro de 2001).

XLI – fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Artigo e alíneas incluídas pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).

a) conteúdos e modelos assistenciais;

b) adequação e utilização de tecnologias em saúde;

c) direção fiscal ou técnica;

d) liquidação extrajudicial;

e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras;

- f) normas de aplicação de penalidades;
 - g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados;
- XLII – estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Inciso incluído pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).

É certo, como já mencionado anteriormente, que a competência da ANS é ampla e recai sobre múltiplos aspectos das atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de assistência médica.⁷⁵

Vale lembrar, no entanto, nas palavras de Sílvio Luiz Ferreira da Rocha que:

Ao lado da Agência Nacional de Saúde Suplementar existe órgão integrante do Ministério da Saúde a quem a lei também reservou ampla competência normativa e fiscalizadora, inclusive das atividades da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar: o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU. Ao CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, compete, entre outras atribuições, estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor da saúde suplementar; aprovar o contrato de gestão da ANS; supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS (art. 35-A da Lei 9.656/98).⁷⁶

Assim, pode-se dizer que tanto a ANS como o CONSU estão inseridos em um modelo de intervenção estatal no domínio econômico, que minimiza o papel do Estado como prestar direto do serviço, maximizando seu papel como regulador dos serviços prestados pelos particulares.⁷⁷

⁷⁵ ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. In MARQUES, Cláudia Lima [ET AL]. Op. Cit. p. 232

⁷⁶ Idem. p. 233

⁷⁷ Idem. p. 233

4 DAS LIMITAÇÕES DO ESTADO E DA INICIATIVA PRIVADA

Consoante asseverado é indene de dúvidas, inclusive por ser texto constitucional, o dever do Estado em prestar assistência à saúde (art. 196 da CF), sendo, admitida a prestação pela iniciativa privada, em caráter suplementar (art. 199 da CF), razão pela qual se considera o sistema à saúde como misto.

Nesse passo convém pontuar os principais princípios previstos no texto constitucional e na Lei Orgânica da Saúde: (a) universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; (b) integralidade de assistência; (c) preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; (d) igualdade da assistência à saúde, sem preconceito ou privilégios de qualquer espécie; (e) direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; (f) participação da comunidade – afinal, essas diretrizes gerais devem ser, indistintamente, obedecidas pelo serviço público ou privado no trato da saúde.⁷⁸

Para a concretização do direito à saúde, diga-se, de ordem prestacional do Estado (União, Estados-membros e municípios), este criou o Sistema Único de Saúde, bem como promove, cotidianamente, medidas preventivas através da conscientização dos cidadãos, especialmente, mediante propagandas.

Quanto à obrigação do Estado de custear prestação de saúde não abrangida pelas políticas públicas, deve-se dizer que a política pública de saúde no Brasil é ampla e abrange a promoção de saúde, a prevenção e tratamento de doenças, bem como a reabilitação e os cuidados paliativos e tem como norte a “utilização de epidemiologia para o estabelecimento de prioridades”.⁷⁹

⁷⁸ SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola; SERRANO JR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p.193

⁷⁹ BELTRAMI, Alberto. **O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário.** Audiência pública realizada em 27/04/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 15 de agosto de 2009.

No entanto, é consenso atualmente, que os valores estipulados na Emenda Constitucional nº 29/2000, que constituem o mínimo existencial para uma vigência digna dos cidadãos, não vem sendo efetivamente cumpridos, como já observado.

A título de ilustração, a imprensa noticiou que o Estado do Paraná para atingir o percentual de 12% de aplicação em saúde gastou com material de manobra, patrulhamento e treinamento de cavalos, auxílio fardamento, compra de munições e até de suprimentos de aviação.⁸⁰

Salienta-se, há descumprimento da norma pelo Estado, quando a prestação de assistência à saúde não ocorre, uma vez que o direito à saúde institui um dever a este sujeito determinado:

(...) não incluímos aqui (entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômica-social em geral) nem o direito à saúde (art. 196) nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.⁸¹

No sentido de flagrante descumprimento da norma,

(...) o jornal “O Valor Econômico”, de São Paulo, em 9 de abril de 2009, ou seja, relativamente há pouco tempo, informou que o Governo Federal gastou quarenta e oito milhões de reais, em 2008, com atendimento a decisões judiciais. Então, judicialização da saúde é o que todo mundo fala. Ora, há duas semanas, o jornal “O Globo” publicou que o gasto com propaganda governamental chegou quase à ordem de quatrocentos milhões de reais. Então, temos aí, tudo bem que muito dessa propaganda governamental pode efetivamente ser necessária, até no campo da saúde pública, em termos de prevenção e de informação da população brasileira,

⁸⁰ SANTOS, Ivan. **Cavalos, estrada e avião na conta da saúde do Paraná, Governo Requião mantém política de incluir gastos de outras áreas para atingir investimento.** Disponível em <<http://www.bem-parana.com.br/index.php?n=105575&t=cavalos-estrada-e-aviao-na-conta-da-saude-do-parana>>. Acessado em 18 de setembro de 2009.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. P. 150. APUD: SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola; SERRANO JR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. Op. Cit. p. 189

mas é certo que muita coisa aí, entre você atender à pessoa que precisa de um medicamento e a propaganda governamental, certamente que o disparate entre valores é muito grande.⁸²

Neste contexto, não basta apenas dizer que ocorre o descumprimento da norma quando a prestação é negada. É importante que se observe quais as hipóteses em que isto ocorre.

Quem bate às portas do Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado nega-lhe tal prestação. É importante destacar que a negativa da prestação não decorre sempre do mesmo fundamento. Três hipóteses podem ser sublinhadas: a) em alguns casos há política pública que não é executada; b) em outros a política pública é inadequada; e c) finalmente, há casos em que não há política pública definida.⁸³

Contudo, como já discutido, é certo que a saúde de seus cidadãos não é o único bem protegido pelo Estado, assim, importante se faz analisar a questão da reserva do possível e do mínimo existencial.

É oportuno lembrar que, embora a própria classificação do mínimo existencial minimize o “problema dos custos”, não afasta por completo, a posição de alguns autores, de que as condições mínimas de existência também se concretizam a partir de uma análise da *reserva do possível*. Tal análise indica que há um limite de possibilidades materiais para a exigência de direitos perante o Judiciário.⁸⁴

Ainda neste sentido:

⁸² ORDACGY, André da Silva. **Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do sus.** Audiência Pública realizada em 28/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

⁸³ SOUZA, Antonio Fernando Barros E Silva De. **O acesso às prestações de saúde no brasil – desafios ao poder judiciário.** Audiência pública realizada em 27/04/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 15 de agosto de 2009.

⁸⁴ PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006. p. 322

A escassez de recursos exige que o magistrado tenha uma preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto poderá prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público.⁸⁵

Em que pese este entendimento, nas atuais decisões do Poder Judiciário não se verifica a preocupação com o impacto orçamentário.

Alguns casos no Município de Maceió, por exemplo, o juiz de primeiro grau determinou que fosse bloqueada uma conta de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) e que ela fosse usada para poder comprar esses medicamentos, e que eles fossem entregues ao paciente, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) dia, e essa multa seria destinada ao paciente caso não fosse cumprida.⁸⁶

Neste aspecto, importa salientar que em determinadas hipóteses, tais como a transcrita acima, excepcionalmente, há a possibilidade da aplicação da reserva do possível, eis que poderia acarretar prejuízo à população, em face da não aplicação da verba orçamentária nos demais campos sociais, como a segurança e a educação.

Destaca-se, parte da doutrina entende que o princípio da reserva do possível não pode ser aceito, pois a saúde constitui o direito mais básico e essencial do ser humano, merecendo prioridade.

Nas tutelas de saúde, o Estado tem alegado em sua defesa o princípio da reserva do possível, que consiste na idéia de que os recursos públicos são limitados, enquanto que as demandas sociais são ilimitadas. Dessa forma, o Estado teria discricionariedade para eleger as políticas públicas que deseja implementar. Não merece prosperar tal argumentação, visto que o direito à

⁸⁵ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2005. p. 194

⁸⁶ ROSA, José Antonio. **Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Audiência Pública realizada em 28/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

saúde constitui o direito mais básico e essencial do ser humano, razão de ser da própria criação do Estado, motivo pelo qual merece máxima prioridade, devendo sobrepor-se a outras destinações orçamentárias.

Porém, como já observado, há uma enorme diferença entre os recursos aplicados na saúde e nos demais setores, diga-se, apenas em publicidade foram aplicados quase 10 (dez) vezes ao valor investido em saúde.

Logo, ainda que se entenda pela aplicabilidade da reserva do possível, esta deve ser feita com parcimônia, na medida em que apenas excepcionalmente, como no caso exposto por José Antônio Rosa, na audiência pública realizada em 28/04/09, seria possível.

Como dito, o sistema brasileiro é misto, pois admite a prestação pela iniciativa privada. Portanto, se faz necessário, agora, a análise de sua cobertura perante as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde.

Considera-se: operadora de planos privados de assistência à saúde toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestação pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros.⁸⁷

Conforme exposto no capítulo antecedente, a cobertura dos planos de saúde pode ter dois parâmetros, os próprios contratos e a legislação, aqui, elencadas a Lei 9.656/98 e as Resoluções Normativas expedidas pela ANS.

Para os contratos firmados após a Lei 9.656/98, em especial, é indiscutível que sua cobertura é estabelecida pelo ente público, o qual intervém na iniciativa privada mediante a agência reguladora.

Assim, cumpre lembrar quanto ao sistema privado, que este se caracteriza pela natureza suplementar ao sistema público.

⁸⁷ LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de (org.). **Administração da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-Papers Serviços Editoriais, 2005. 1ªed. p. 23.

“A fatia de atendimento à saúde que a lei reserva para a iniciativa empresarial privada é conhecida como Saúde Suplementar ou Supletiva, no sentido que suplementa o Dever do Estado de promover o bem-estar da população proporcionando saúde pública aos cidadãos que não tenham acesso aos planos privados de assistência à saúde.”⁸⁸

Para Ives Gandra de Martins, esta natureza suplementar/complementar, não permite que o Estado institua exigências para a iniciativa privada, visando uma melhor qualidade na assistência à saúde, uma vez que a saúde é considerada de relevância pública:

“Por outro lado, se a constituição admite que a entidade privada participe complementarmente do SUS, isso, à evidência, não autoriza o Poder Público a instituir uma série de exigências para melhorar o atendimento à saúde – como se estivesse fazendo alguma coisa em prol da melhoria no atendimento aos pacientes – sem ofertar contrapartida adequada, transferindo ao particular todos os custos e ônus dessas ações.(...) Aliás, é de se perquirir com que autoridade o Estado irá desempenhar o maior poder de controle sobre o particular – quando ente a exerce as atividades consideradas de relevância pública sob regime de direito privado, nos moldes do que estabelece o art. 197 da CF -, se atua de forma irresponsável, deixando de fazer sua parte, quando a assistência se dá sob regime de direito público.”⁸⁹

De forma a justificar as afirmativas acima, o doutrinador cita os ensinamentos o Ministro Eros Graus:

“Para Eros Roberto Grau, seu significado é mais lato, abrangendo, também, todos os serviços públicos: ‘Assim, tanto a serviços (a determinados serviços) que não são concebidos como serviços públicos, prestados pelo setor privado, quanto a serviços públicos prestados pelo Estado ou pelo setor privado, em regime de concessão ou permissão, pode ser atribuído o predicado axiológico de ‘serviço de relevância pública.’ (...) De todas essas disposições decorre que a idéia de *parceria* permeia a prestação da assistência à saúde. Sob regime de direito privado, mediante a participação mais próxima do Estado, no tocante à sua regulação e

⁸⁸ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde: Comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 293.

⁸⁹ MARTINS, Ives Gandra de. Op. Cit. p. 116.

fiscalização; sob regime de direito público, mediante a efetiva participação do particular no regime único, em caráter complementar.

Por imperativo lógico, se a relevância dessa atividade autoriza o Estado a exercer um maior poder de ingerência sobre os procedimentos e o resultado do serviço prestado pelo particular, com a finalidade de assegurar padrões mínimos de boa qualidade, quando o serviço é prestado pelo próprio Poder Público, diretamente ou por meio de terceiro – ou seja, por meio da iniciativa privada, atuando complementarmente no SUS – tem o Estado o dever inarredável de fornecer os meios para que a prestação de serviços se revele adequada, sob pena de atuar de forma inconstitucional.⁹⁰

Logo, resta evidente, portanto, que o Estado não pode transferir à iniciativa privada mais deveres do que impõe a si próprio, em razão do caráter suplementar da atividade.

Finalizando, em razão da limitação de cobertura dos contratos dos planos de saúde, seja pela suas cláusulas, quando não abusivas, ou pela própria legislação, não se pode considerar o dever de universalidade pela iniciativa privada.

Destaca-se, este caráter de universalidade, bem como o atendimento integral é inerente ao sistema público, como bem leciona Paulo César Vieira Tavares:

Com efeito, fica o Estado, portanto, obrigado a garantir aos seus cidadãos o acesso a serviços e ações de saúde, que devem proporcionar, repita-se, atendimento integral (inciso II do art. 198 da CF), nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos (exames, cirurgias etc.) e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, pouco importando o seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do usuário do SUS.⁹¹

O entendimento jurisprudencial não destoia do acima mencionado:

CIVIL. SEGURIDADE PRIVADA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO. CLÁUSULAS RESTRITIVAS. INEXISTÊNCIA, À ÉPOCA, DE NORMAS LEGAIS IMPEDITIVAS DE LIMITAÇÕES EM INTERNAÇÃO HOSPITALAR. VALIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

⁹⁰ Idem, p. 106

⁹¹ TAVARES, Paulo César Vieira. **A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais.** Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/15867>>. Acesso em 13 de abril de 2009..

Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais.

De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntário em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessário ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento.

Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes.

Recurso especial conhecido pela divergência e provido.⁹²

Desta feita, é possível afirmar que quando um procedimento médico-hospitalar, solicitado ultrapassa os limites contratuais, não sendo abrangidos pela iniciativa privada, constitui-se o dever do Estado a prestar a assistência à saúde, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, respeitadas as hipóteses excepcionais em que há aplicação o princípio da reserva do possível.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Seguridade privada. Plano de saúde. Contrato. Cláusulas restritivas. Inexistência, à época, de normas legais impeditivas de limitações em internação hospitalar. Validade. Equilíbrio econômico-financeiro. Acórdão em Recurso Especial 242550/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no **Diário de Justiça** em 18/02/2002.

5 CONCLUSÃO

Consoante observado no decorrer deste trabalho pode-se afirmar que o Brasil para o fim satisfazer as normas constitucionais quanto ao Direito à Saúde, adota um sistema misto, isto é, possui dois sistemas que prestam assistência à saúde de seus cidadãos, sendo um público e o outro privado.

É notório o dever do Estado em prestar assistência à saúde de sua população, não ficando esta prestação restrita ao tratamento, mas também à prevenção e publicidade, de forma isonômica, integral e universal.

Ademais, cumpre salientar que tal dever, responsabilidade, é concorrente entre os entes federativos, os quais se utilizam do Sistema Único da Saúde – SUS para a realização desta prestação.

Outrossim, se destaca que em sendo a prestação uma atividade livre à iniciativa privada, esta é regulada, normatizada e fiscalizada pelos entes públicos, os quais, inclusive, dispõem acerca da cobertura dos contratos de planos de saúde.

Ora, como o contrato deve ter uma cobertura estipulada por ente estatal, diga-se, agência reguladora (ANS), não pode o Poder Judiciário ampliar a cobertura do contrato celebrado, sem que haja a respectivo aumento da contraprestação.

Entretanto, verifica-se que atualmente este entendimento não prevalece, devendo, ser modificado, uma vez que com esta prática, há a violação do princípio da obrigatoriedade, da equidade contratual, da boa-fé, além de prejudicar os demais beneficiários, em virtude das empresas se tratarem de um fundo comum.

Portanto, na hipótese de não haver cobertura contratual para determinado procedimento médico, deve o beneficiário ser atendido pelo Estado, mediante o Sistema Único de Saúde, ressalvadas as hipóteses de aplicação da reserva do possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANFRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acessado em 12 de setembro de 2009.

BATISTA JUNIOR, Francisco; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar; ORDACGY, André da Silva; ROSA, José Antonio. **Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Audiência Pública realizada em 28/04/09. Pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

BELTRAMI, Alberto; SOUZA, Antonio Fernando Barros E Silva De. **O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário**. Audiência pública realizada em 27/04/2009. Pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acessado em 15 de agosto de 2009.

BIGALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 49, jan. 2004,

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros. 2001.

BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde: Comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988:** Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais de n. 1, de 1992, a 56, de 2007, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n.1 a 6, de 1994. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. 464 p.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário oficial da União** de 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica Da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 20 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei n. 8142/90. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília DF, 28 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União** de 04 de junho de 1998.

BRASIL. Lei n. 9.961/2000, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 29 de janeiro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito intertemporal. Aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde. Repercussão geral reconhecida. Há repercussão geral na questão sobre a aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde aos contratos firmados antes da sua vigência, à luz do art. 5º, inc. Xxxvi, da constituição da república. RE 578801 RG / RS - Rio Grande do Sul. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento 16/10/2008. **DJe** 206. 30/10/08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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 consequência constitucional indissociável do direito à vida. RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, **DJ** 24/11/2000

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 322, de 8 de maio de 2003, que estabelece as diretrizes a serem observadas para a aplicação da Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000. 2. Inadmissibilidade. Resolução expedida com fundamento em regras de competência previstas em um complexo normativo infraconstitucional (Leis nº 8.080/1990 e 8.142/1990). 3. Precedentes. 4. Vencida a tese no sentido do conhecimento da ação, em razão de a Resolução nº 322/2003, do Conselho Nacional de Saúde, objetivar atender à disciplina determinada pelo art. 198 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 29/2000. 5. Ação direta não conhecida. ADI 2999/RJ. Rio de Janeiro. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 13/03/2008. Tribunal Pleno. **DJe**-089, 14-05-2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Direito civil e consumidor. Seguro saúde. Contratação anterior à Vigência da lei 9.656/98. Doença pré-existente. Omissão irrelevante. Longo período de saúde e adimplemento contratual antes da Manifestação da doença. REsp 1080973/SP. Recurso Especial. 2008/0173809-5. Relatora Ministra Nancy Andrichi. **DJ** 03/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Seguridade privada. Plano de saúde. Contrato. Cláusulas restritivas. Inexistência, à época, de normas legais impeditivas de limitações em internação hospitalar. Validade. Equilíbrio econômico-financeiro. Acórdão em Recurso Especial 242550/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no **Diário de Justiça** em 18/02/2002.

BRASIL. Supremo tribunal federal. Pleno. ADI 1931 MC / DF - Distrito Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento 21/08/2003. **DJ** 28-05-2004.

BUSS, Paulo. Determinantes sociais, os 20 anos do SUS e a informação. Palestra apresentada ao **Seminário SUS 20 anos: desafios para a informação e comunicação em saúde**. Fundação Oswaldo Cruz. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde. Rio de Janeiro: FIOCRUZ / ICICT, 2009, p. 24. Disponível em < <http://www.fiocruz.br/cict/media/susrevisado.pdf>> Acessado em 28 de agosto de 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, Oscar Valente. Concessão judicial de medicamento. Direito à saúde é princípio constitucional fundamental, mas o Estado não pode atender a todos, nem o Judiciário pode suprir falhas legislativas a respeito. **Revista Visão Jurídica**. Nº 37. São Paulo: Editora Escala.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema único de Saúde – Comentários à lei Orgânica da Saúde**. 3ªed. Campinas: Unicamp, 2001.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. **Revista de Direito Social**. Ano VIII – Jan./Mar. 2008, nº 29.

CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2008.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS nº 322, de 08 de maio de 2003.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **ONU**, 10 de dezembro de 1948.

DINIZ, Maria Helena. Curso **de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. São Paulo: Saraiva. 2006.

FORTEZA, Dulcinéia Zampieri; VIEIRA, Cristiane Maria; BONATTO, Maura de Fátima. **Saúde – Planos Privados de Assistência Suplementar**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 49, 31/01/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4182. Acesso em 12/08/2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5ªed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de (org.). **Administração da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-Papers Serviços Editoriais, 2005. 1ªed.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2005

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **'Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde'**, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor- vol. 13, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima [et al.]. **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Serviços de saúde. Relevância Pública independente do regime de sua prestação. Participação da iniciativa privada em caráter complementar ao SUS. Direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e/ou convênios celebrados com a administração. Reajuste e recomposição de preços. Exigência constitucional e da legislação ordinário para que os valores repassados reflitam os impactos da inflação e do aperfeiçoamento tecnológico dos procedimentos. Parecer. **Revista IOB de Direito Administrativo**. V.2, nº 14 (Fev/07). São Paulo: IOB Thomson, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **SUS: a saúde do tamanho do Brasil**, organizado em homenagem aos 20 anos do Sistema Único de Saúde. Disponível em <http://www.sus20anos.saude.gov.br/sus20anos/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=9>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t.IV, 3ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PAULSEN, Leandro. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Rio Grande do Sul: **Revista AJUFERGS N.º 01**. Disponível em <http://www.ajufers.org.br/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf>. Acessado em 22 de julho de 2009.

PARANÁ. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. 7ª Câmara Cível. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais e indenização. Dano moral e material. Seguro-saúde. Cdc. Contrato não abrangido pela I. N° 9656/98. Emergência. Recusa de cobertura dos procedimentos - acidente pessoal - ausência de previsão - irrelevância - cobertura devida. Despesas reembolsadas de acordo com carência - contratada. Dano moral não caracterizado. Recurso parcialmente provido. Apelação Cível nº 248609-6. Apelante: Claudemir Aparecido Da Silva Nicolau. Apelada: Santa Rita Saúde S/C Ltda. Acórdão 19542. Relator Juiz Miguel Pessoa. **DJ** 10.09.04.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível. Plano de Saúde. Julgamento Antecipado. Cerceamento de Defesa não configurado. Ilegitimidade Passiva. Relação Jurídica de Direito Privado. Aplicabilidade da Lei 9.656/1998. Contrato de trato sucessivo. Doença Crônica. Cláusula Abusiva. Nulidade. Recurso não provido. Apelação Cível 0542982-7. Apelante Nossa Saúde Operadora de Planos Privados de Assistência à Saúde Ltda. Apelado José Grabarski. Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Relator Juiz Substituto de 2º Grau Antonio Ivair Reinaldin. Unânime. J. 05.02.2009. **DJ** 108.

PESSANHA. Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, N° 8 - Junho de 2006

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na Constituição de 1988. **Revista de Direito Social**. Ano VII – Out./Dez. 2007, n° 28. p. 11/29.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei de planos de saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. **Revista de Direito do Consumidor**. N° 67. 2008.

ORDACGY, André da Silva. **O direito humano fundamental à saúde pública**. Disponível em <http://www.hemofiliabrasil.org.br/artigos/artigo_

20080925170800ARTIGO_SAUDE_PUBLICA_ANDRE_ORDACGY_ESDPU.pdf>
Acessado em 31 de agosto de 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível 2009.001.53932. Apelante UNIMED Rio Cooperativa de Trabalho Medico do Rio de Janeiro Ltda. Apelado Calliope Fifas. Relator Des. Maria Augusta Vaz. Julgamento 29/09/2009.

SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Radis**, nº 49. Setembro de 2006. p. 4. Disponível em <<http://www4.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>> Acessado em 17 de agosto de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, vol. I, nº 1, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 5ª ed. Livraria do Advogado editora. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**, 5ed., São Paulo: Malheiros. 2007.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia apresentada no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. p. 18/19. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

TAVARES, Paulo César Vieira. **A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/15867>>. Acesso em 13 de abril de 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva. O direito fundamental a saúde e o dever do Estado em assegurá-la, sob pena de responder civilmente pela omissão. **Rev. Humanidades**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 35, jan./jun. 2003.