

UNICESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

VINÍCIUS CALEFFI DE MORAES

DA ABORDAGEM CRÍTICA DO RESSARCIMENTO AO SUS E O ACESSO À
SAÚDE

MARINGÁ

2019

VINÍCIUS CALEFFI DE MORAES

**DA ABORDAGEM CRÍTICA DO RESSARCIMENTO AO SUS E O ACESSO À
SAÚDE**

Dissertação de mestrado apresentada ao Unicesumar – Centro Universitário de Maringá, como requisito para obtenção do título de mestre em ciências jurídicas.

Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.

MARINGÁ

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M827a Moraes, Vinícius Caleffi de.
Da abordagem crítica do ressarcimento ao SUS e o acesso à saúde / Vinícius Caleffi de
Moras. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2018.
130 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.
Dissertação (mestrado) – UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá, Programa de
Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2018.

1. Sistema Único de Saúde. 2. Direito à Saúde. 3. Acesso à saúde. I. Título.

CDD – 362.1

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

VINÍCIUS CALEFFI DE MORAES

**DA ABORDAGEM CRÍTICA DO RESSARCIMENTO AO SUS E O ACESSO À
SAÚDE**

Dissertação de mestrado apresentada ao Unicesumar – Centro Universitário de Maringá, como requisito para obtenção do título de mestre em ciências jurídicas, sob a orientação: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.

Banca Examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.

Membro: _____

Prof.^a Dra. Juliana Marteli Fais Feriato

Membro: _____

Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Maringá/PR, 22/02/2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador o Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira pela sugestão do tema, bem como pelo suporte na condução deste trabalho.

Meus agradecimentos também à Prof. Dra. Juliana Marteli Fais Feriato que contribuiu para que eu questionasse o assunto com uma visão econômica durante sua disciplina de Direito Internacional Econômico e Direitos Humanos.

E ao Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira pelas pontuais observações durante a banca do projeto de dissertação acerca do modo de abordagem deste estudo.

RESUMO

O presente estudo tem como propósito a análise da obrigação legal de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas Operadoras de Planos de Saúde, de acordo com o artigo 32 na Lei n. 9.656/1998. Segundo esta norma, quando o consumidor é atendido pela rede pública de saúde, o fornecedor dos serviços privados de saúde tem que restituir o custo do tratamento ao sistema público de saúde, embora seja uma obrigação do Estado fornecer o serviço público de saúde gratuito, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal. Assim, esta dissertação expõe o conceito de direito fundamental à saúde, avaliando o que é um direito fundamental, além de apresentar os direitos sociais como aqueles que dependem de uma atuação do Estado para se tornarem eficazes. Também discorre sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do direito constitucional brasileiro e o direito à saúde é explicado como um direito que permite ao indivíduo ter qualidade de vida, sendo um dever do Estado a ser cumprido por meio da implementação de políticas públicas de saúde. Adicionalmente, o sistema de saúde brasileiro é analisado como um mecanismo que organiza o serviço público de saúde com princípios e diretrizes previstos na Constituição Federal, ao mesmo tempo que os antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde são estudados para demonstrar como as políticas públicas de saúde são atualmente previstas e como o financiamento dos serviços públicos é feito através da seguridade social, demonstrando-se que o direito à saúde também é assegurado pelo ativismo judicial, mesmo na hipótese de omissão do Estado. Além disso, os serviços particulares de saúde são elucidados como uma atividade econômica regulada pelo Estado, na qual o objetivo é a obtenção do lucro, por isso, para o estudo do ressarcimento ao sistema público de saúde brasileiro, são avaliados os limites de intervenção do Estado no domínio econômico, bem como o conteúdo do direito fundamental à saúde, para concluir sobre a constitucionalidade dessa normativa e para um acesso à saúde mais efetivo.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde, direito à saúde e acesso à saúde.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the legal obligation to reimburse the Brazilian Health System by the Operators of Private Health Plans, according to article 32 of Law n. 9.656/1998. According to this norm, when the consumer is served by the public health network, the provider of private health services has to return the treatment cost to the public health system, although it is an obligation of the State to provide free public health service, in pursuant to article 196 of the Federal Constitution. Thus, this dissertation exposes the concept of fundamental right to health, evaluating what a fundamental right is, as well as presenting social rights as those depending on a State action to become effective. It also discusses the principle of dignity of the human being as a fundament of Brazilian constitutional law. The right to health is explained as one that allows the individual to have quality of life and should be fulfilled through public health policies by the State. In addition, the Brazilian health system is analyzed as a mechanism that organizes the public health service with principles and guidelines established in the Federal Constitution, while the historical background of the Brazilian health system is studied to demonstrate how public health policies are offered today and how the financing of public services is carried out through social security, demonstrating that the right to health is also ensured by judicial activism, even in the omission of the State. Furthermore, private health services are explained as an economic activity regulated by the State, in which the objective is to profit. Hence, the limits of State intervention in the economic domain and the content of the fundamental right to health are analyzed in order to conclude on the constitutionality of this legislation and for a more effective access to health.

Keywords: Brazilian Health System, right to health and access to health.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABI - Aviso de Beneficiário Identificado

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AIH - Autorizações de Internação Hospitalar

ANS – Agência Nacional de Saúde

CADIN - Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal

DIDES - Diretoria de Desenvolvimento Setorial

FNS - Fundo Nacional de Saúde

GRU - Guia de Recolhimento da União

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS - Instituto Nacional de Previdência Social

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

IVR - Índice de Valoração do Ressarcimento

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

RE - Recurso Extraordinário

SAI/SIH - Sistema de Informações Ambulatoriais de Informação Hospitalar

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUDS -Sistema Único Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	11
1.1. DA CONCEPÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL	11
1.2. DOS DIREITOS SOCIAIS	20
1.3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	26
1.4. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	34
CAPÍTULO 2 - DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO	42
2.1. DA FORMAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO	42
2.2 - DO FUNCIONAMENTO DO ATUAL SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	50
2.3 - DO FINANCIAMENTO DAS AÇÕES DO SUS	61
2.4 – DAS AÇÕES DE SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL	73
3 – DO RESSARCIMENTO AO SUS	81
3.1 – DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	81
3.2 – DA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO E REGULAÇÃO ECONÔMICA	88
3.3. DO RESSARCIMENTO AO SUS NO DIREITO BRASILEIRO.....	94
3.4 - DA ABORDAGEM CRÍTICA DO RESSARCIMENTO AO SUS	103
DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

INTRODUÇÃO

De acordo com a sistemática do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, quando o cliente do plano de seguro saúde procura, na rede pública, um atendimento coberto pelo contrato firmado com a operadora de plano privado de saúde, as despesas relativas aos serviços de prestados pelo SUS devem ser ressarcidos ao Poder Público, na forma das diretrizes regulamentares estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde.

A controvérsia acerca do ressarcimento ao SUS foi objeto de análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1931, bem como do Recurso Extraordinário n. 597.064, tendo sido definido em julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, aos 07 de fevereiro de 2018, que é constitucional o art. 32 da Lei n. 9.656/95, ao prever a sistemática do ressarcimento ao SUS, uma vez assegurado o contraditório e a ampla defesa, na esfera administrativa e em todos os marcos jurídicos.

No entanto, a sistemática do ressarcimento propõe uma regulamentação da atividade privada, no âmbito da organização do sistema público de saúde, que em tese transfere ao particular os custos do tratamento de saúde promovido pelo Estado, o qual já tem o dever constitucional de assegurar o direito à saúde de forma universal, gratuita e integral, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

Nesse sentido, propõe-se a compreender no âmbito deste estudo a legitimidade do dever de ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos privados de saúde, além da análise das razões que levaram o STF a considerar constitucional o art. 32 da Lei n. 9.656/1998, especialmente, para o fim de concluir se a sistemática do ressarcimento ao SUS causa prejuízo ao acesso dos serviços de saúde providos pela iniciativa privada.

Isso porque, considerando a fundamentalidade do direito social à saúde, com substrato no princípio da dignidade da pessoa humana, constituído como fundamento do Estado brasileiro, assim como que por ora o Poder Público é insuficiente para atender as demandas de atendimento à saúde, convém analisar se os meios de atuação do Estado no domínio econômico também têm como objetivo a promoção da saúde e facilitação do seu acesso.

Para tanto, procede-se por meio do primeiro capítulo com vistas a compreender o conteúdo do direito à saúde, de forma analítica sobre a natureza jurídica do que consiste um direito fundamental, juntamente com a possibilidade desse direito também se revelar como um direito social com vistas a uma atuação positiva do Estado com a implementação de políticas públicas.

Ao mesmo tempo, passa a expor o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a sua carga axiológica que exige condições materiais mínimas de sobrevivência para o indivíduo, para o especial fim de compor a análise do direito fundamental à saúde em tópico específico sobre aquilo que compreende, bem como o que importa como prerrogativa a ser exigível em face do Estado.

Aliado a essa perspectiva, no segundo capítulo, propõe-se a entender como o Estado brasileiro organiza e implementa as políticas públicas de saúde por meio de um sistema organizado, no qual hoje se desdobra no Sistema Único de Saúde – SUS, com princípios e diretrizes próprios que informam os meios e procedimentos para as ações de saúde, expressamente previstos na Constituição Federal.

Assim, além da necessidade de vislumbrar os antecedentes históricos que deram causa a atual sistema público de saúde, procura-se expor quais são os princípios que regem a sua atuação, conjugando-se com o meio de financiamento social do serviço público de saúde, além de considerar a hipótese de controle pelo Poder Judiciário acerca da prestação de políticas públicas de saúde no contexto do Estado omissor.

No terceiro capítulo, modifica-se a perspectiva de análise sobre o acesso à saúde, quando se busca a partir de então compreender o conceito da saúde suplementar, envolvendo os serviços privados de saúde ofertados pelas operadoras de planos de privados de saúde de forma onerosa no mercado de consumo, procedendo-se ao estudo também da possibilidade do Estado intervir no domínio econômico, por meio do seu poder regulamentar e os limites que tornam legítima a atuação nesse sentido.

Em sequência, permite-se dissertar especificamente sobre o ressarcimento ao SUS, assim como a obrigação legal que transporta para o mercado privado dos planos de saúde, a fim de que, com os conceitos preestabelecidos, seja possível a abordagem crítica do instituto, especialmente para concluir acerca da sua constitucionalidade e a possibilidade dele promover o acesso à saúde no âmbito público e privado.

1 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1. DA CONCEPÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais compreendem sobretudo um conjunto de prerrogativas jurídicas reconhecidas pelo Estado e conferidas ao homem para a sua realização no meio social, tratam-se necessariamente de um direito do homem, um direito básico e essencial à vida humana, cuja origem é derivada de uma conquista histórica da sociedade, com a positivação de direitos fundamentais na ordem jurídica interna do Estado.

Demonstram-se no aspecto jurídico objetivo, quando impõe limitações para a atuação dos poderes públicos, impedindo invasões na liberdade do indivíduo, mas ao mesmo tempo, em um plano jurídico subjetivo, ao conferir o poder de exercer direitos em face do Estado, exigindo a sua atuação deste em prol da liberdade positiva do indivíduo.¹

Os direitos fundamentais possuem ainda a característica marcante de despontarem no direito positivo, de acordo com a evolução do contexto histórico, de forma que a proteção humana pela ordem jurídica é gradual e expansiva, na medida que os direitos passam a ser incorporados pelo ordenamento, complementando-se aqueles já assegurados pelo Estado, atribuindo-lhes novos significados e outorgados maiores prerrogativas, de acordo com a transformação política pela qual passa a sociedade no decorrer do tempo.

Nessa perspectiva, o conteúdo dos direitos fundamentais perpassa necessariamente por um movimento constante e inevitável de unificação da humanidade em torno da história, como bem considera Comparato, no sentido de que os direitos fundamentais não permanecem com uma definição estanque para o direito, pois modificam-se e evoluem pelo confronto da violência e dominância entre os povos, aliada a evolução do conhecimento científico e a conseqüente afirmação dos direitos pela sociedade no âmbito das declarações dos direitos.²

Nessa acepção, é possível considerar que um dos principais predicados dos direitos fundamentais, além da imprescritibilidade, universalidade e irrenunciabilidade, é propriamente a sua característica de historicidade, evoluindo e adquirindo novos conteúdos conforme as mudanças do contexto social.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 517.

² COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

Ademais, vale registrar que também pelo fato do reconhecimento dos direitos fundamentais ser expansivo em torno do direito, à medida que cada nova conquista política da sociedade sobrepõe-se ao Poder do Estado, com o reconhecimento de novos direitos pela ordem jurídica,³ o conteúdo dos direitos fundamentais por esse motivo também são inesgotáveis em toda a sua abrangência.

Logo, os direitos fundamentais não permanecem limitados na ordem jurídica por um único axioma, na medida que assim podem ser reconhecidos novos direitos, objetos de proteção na norma constitucional, como também ampliados aqueles já previstos pelo direito positivo com outros aspectos relevantes para a sociedade.

No entanto, em um primeiro plano, é importante estabelecer que o epicentro do conceito inicial dos direitos fundamentais, necessariamente está atrelado à ideia de limitação do poder do estado, com o reconhecimento da liberdade dos indivíduos e a consagração dos princípios básicos que instituíram o estado moderno. Assim como sucedeu, por exemplo, com o direito à igualdade e à legalidade, tendo em vista especialmente o avanço da influência burguesa nos domínios do estado absolutista, no contexto do continente europeu durante o século XVIII.⁴

Da mesma forma, sendo os direitos fundamentais invariavelmente frutos de uma conquista histórica da sociedade, eles emanam, em cada contexto, pela fusão de várias fontes do pensamento jurídico, como os argumentos jus filosóficos, ora conjugados com as ideias do direito natural, ou ainda do cristianismo, além das tradições políticas de um povo tuteladas pelo direito.

Portanto, no que diz respeito ao início do reconhecimento normativo dos direitos fundamentais, os quais embora tenham início principalmente com o surgimento do Estado Liberal, não é possível ao mesmo tempo negar a contribuição da antiguidade clássica, como por exemplo o pensamento filosófico de Aristóteles de que o homem é um animal político⁵, ao pressupor ser inerente ao homem a necessidade de participação no poder política do Estado para o seu reconhecimento social.

Ocorre de maneira semelhante com pensamento pregado pelo cristianismo da idade média, por entender que o homem é criado à imagem de Deus,⁶ porquanto já se denota que ao homem deve ser atribuída a titularidade de direitos simplesmente pelas características humanas que lhe são próprias.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 149

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição de República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 19.

⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 146.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 17.

Assim sendo, apesar de já ser possível entrever um pensamento em torno dos direitos fundamentais à condição humana, por outro lado, o marco histórico inicial dos direitos fundamentais se dá com o surgimento do Estado Liberal, principalmente, com a proteção da autonomia individual e a delimitação da intervenção do Estado na vida privada, pautado pelo princípio da legalidade, tendo em vista a primazia da lei como fonte suprema do direito.⁷

Essa evolução social em torno da necessidade de encontrar proteção à liberdade da vida privada, ocorre em essência pela superação da ideia do Estado Absolutista, com a concentração do poder política de forma autoritária na monarquia, sem existir naquele contexto a possibilidade de desenvolvimento das atividades da sociedade civil, reivindicadas especialmente pela burguesia emergente, quando então surgem novos diplomas legais aptos ao reconhecimento da liberdade individual.

É o que se verifica, por exemplo, no âmbito americano, com a positivação dos direitos do homem pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, já em 16 de junho de 1776, também outrora denominada “Virginia Bill of Rights”, ao prever a criação de um estado, a partir da formação das treze colônias americanas, com a previsão normativa de um regime democrático juntamente com a limitação do poder estatal.⁸

Além do mais, surgem nesse contexto, posteriormente, tanto a declaração de independência dos Estados Unidos da América, bem como a Revolução Francesa no Século XVIII, ambos com ideais voltados para a proteção da autonomia privada em face dos abusos do Estado Absolutista, juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com uma evidente influência da história americana e da filosofia francesa, em um ambiente de desejo de mudança no sistema político do Estado, em que se nota então a positivação dos direitos naturais, inatos ao homem, supraestatais e inalienáveis, como os direitos à liberdade, igualdade, propriedade.⁹

Nesse aspecto, os direitos fundamentais surgem em um primeiro momento a partir da necessidade de garantia da liberdade individual, em contraposição com a ingerência do poder do Estado na vida em sociedade, fundado em aspectos jusfilosóficos e do direito natural, abraçados também pela necessidade de mudança no modelo econômico capitalista burguês, com vistas a assegurar o exercício da propriedade, liberdade e igualdade.

⁷ ZAGRAEBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 24.

⁸ MORAES, Guilhaer Braga Pena de. **Dos direitos fundamentais - contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTR, 1997. p. 45.

⁹ CARVELLI, Urbano; e SCHOLL, Sandra. **Evolução história dos direito fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos**. Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011. p. 182. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24.03.2018.

Por outro lado, essa perspectiva dos direitos fundamentais pautado pela busca de proteção absenteeísta do Estado na vida privada modifica-se, especialmente, após o avanço tecnológico proporcionado pela revolução industrial inglesa, donde se verificou a inexistência de condições mínimas de vida ao proletariado, contexto que propiciou o início do postulado do Estado Social, no sentido de que tanto a intervenção do poder arbitrário na liberdade individual deve ser impedido pelo direito positivo, como também deve ser cominado ao Estado o dever assegurar condições mínimas de sobrevivência e desenvolvimento humano.

Essa mudança de aspecto na proteção de direitos humanos, a qual passa a pressupor uma proteção social a ser assegurada pelo Estado, como forma de recompor o equilíbrio entre os indivíduos afetados pela exploração do capitalismo na sociedade, também decorre do reconhecimento de que o predomínio do positivismo liberal, pautado pelo império da lei, ao todo é insuficiente para a tutela de dos interesses sociais, em vista da desigualdade fática entre os indivíduos, vez que se limitava a considerar apenas a igualdade em sentido formal.

Logo, novos direitos passam a ser concebidos no aspecto de atuação do Estado com vistas a assegurar condições mínimas de sobrevivência do homem em sociedade, razão pela qual são então assegurados pelo constitucionalismo os direitos sociais como o trabalho, educação, cultura e o acesso à saúde em prol do indivíduo, vez que deixa de ser preocupação única a ideia de limitação do poder estatal, haja vista a necessidade de assegurar melhores condições de vida e a igualdade material.¹⁰

Nesse sentido, é válido considerar que tanto as conquistas operadas pela burguesia em face do absolutismo, como também o reconhecimento do Estado do Bem-Estar Social são fatores que demonstram que os direitos fundamentais não se desenvolveram em um único momento, pois ao invés disso evoluíram tanto com seu conteúdo, quanto em seu aspecto de proteção e abrangência, de acordo com cada conquista política da humanidade em face das instituições do Estado.

É também por esse motivo que se torna possível compreender o sentido dos direitos fundamentais, bem como estabelecer uma classificação dos seu conteúdo histórico, de acordo com gerações ou dimensões, conforme preleciona Paulo Bonavides, conquanto tais direitos em verdade podem ser agrupados em torno de um perfil histórico-temporal.¹¹

Seguindo essa sistemática, em síntese, seria possível conceber que os direitos de primeira geração corresponderiam às liberdades individuais exercidas em face do Estado, como

¹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 142.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

os direitos civis e políticos; os de segunda geração, por sua vez, exigem uma atuação positiva do Estado para o bem-estar do indivíduo, com a disponibilização de meios materiais suficiente para a sobrevivência digna; e, por fim, os direitos fundamentais de terceira geração dizem respeito aos direitos coletivos e genericamente reconhecidos ao gênero humano, ou também denominados direitos transindividuais atribuídos a uma coletividade, como um todo.

Essa sistemática de dimensões de direitos fundamentais também demonstra que os direitos de primeira geração, outrora conquistados pelo confronto da burguesia com o Estado Absolutista, bem como os direitos de segunda geração, derivados das lutas de classe por condições mínimas na sociedade capitalista industrial, foram incorporando-se ao texto constitucional a partir da evolução do contexto histórico social até a atualidade, na forma de um conjunto de direitos básicos à proteção humana articulados pelo direito.

Por esse motivo, em razão do diálogo existente em torno dos direitos fundamentais que se modificam a cada período de reconhecimento de direitos pelo Estado, nem sempre é possível estabelecer a qual dimensão pertence um determinado direito fundamental.

Nesse sentido, no que diz respeito ao direito à saúde, por exemplo, objeto específico deste estudo, é possível concluir que se trata de um verdadeiro direito fundamental, haja vista a essencialidade do direito à vida humana, cujo reconhecimento pelo Estado derivou de uma conquista histórica da sociedade. Porém, ao mesmo tempo não é possível estabelecer de maneira precisa se ele pertence a somente uma das gerações de direitos fundamentais.

Isso porque ao passo que diz respeito à exigência de políticas públicas para a garantia de melhor qualidade de vida e condições sociais, também deriva do direito à vida assegurado em face do Estado de cunho protetivo e de primeira geração, sem prejuízo, ainda, de se verificar no âmbito da tutela coletiva de grupos transindividuais, fator que demonstra portanto que a dimensão dos direitos fundamentais é integrativa com cada nova dimensão de direitos.

Assim, nessa perspectiva, os direitos fundamentais assegurados pelo Estado como sendo básicos à realização social do indivíduo pressupõem também não apenas o seu conteúdo inteligível da norma positivada no texto constitucional, como também dos valores que a ordem jurídica vem a agregar conforme a evolução histórica social.

Dessa forma, o conteúdo dos direitos fundamentais pertencente, em tese, a uma dimensão de direitos, mas passam a ser preenchidos pela interpretação e princípios que regem o arcabouço constitucional em cada período de tempo, de tal modo que a interpretação do direito à saúde, por exemplo, não é mesma para aquela do Século XX, porque vem a agregar novos valores com a evolução social.

Em razão disso, principalmente em face dessa perspectiva evolutiva dos direitos fundamentais no direito do Estado, também é importante estabelecer a diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, isso porque enquanto os direitos fundamentais, classificados em diferentes dimensões de direitos, contendo as prerrogativas do ser humano asseguradas pelo Estado, não se confundem com o conceito inerente aos direitos humanos, sendo possível compreender nessa acepção uma diferenciação limítrofe entre ambos, uma vez que embora tenham conteúdo compartilhado, na acepção técnico-jurídica do termo diferenciam-se pelas formas que são reconhecidos pelo direito.

Assim sendo, enquanto os direitos humanos derivam de um reconhecimento universal na esfera do direito internacional, pela condição essencial de ser humano, independente de ordem jurídica interna do estado, contendo um caráter internacional, em vista das declarações ou convenções internacionais sobre o direito humano. Os direitos fundamentais, por outro lado, são aqueles positivados pelo texto constitucional, delimitados espacialmente e temporalmente, no direito interno de cada país, tendo eles assim portanto um conteúdo mais preciso e restrito, de acordo com a sua descrição no direito positivo.

Nessa medida, dos direitos humanos combinam, ao seu significado descritivo, os direitos reconhecidos nas declarações e convenções internacionais, ao passo que os direitos fundamentais correspondem ao seu caráter básico ou fundacional de um sistema político de um Estado de Direito.¹²

Logo, o critério assumido para distinção entre ambas as categorias de direito é senão a previsão positiva na ordem interna de determinado Estado de Direito, conquanto o conceito de direitos humanos revelam-se mais amplos e imprecisos do que os direitos fundamentais.¹³

De todo modo, a distinção entre as duas categorias não importa em considerar que inexistente a comunicabilidade entre direitos humanos e direitos fundamentais, pelo contrário, é necessário destacar que, em regra, os direitos fundamentais justamente derivam de direitos humanos consagrados pelas declarações internacionais.¹⁴

Além do mais, os direitos humanos verdadeiramente informam o conteúdo dos direitos fundamentais, na medida que o processo de reconhecimento de um direito fundamental pela ordem jurídica interna do Estado fundamenta-se na evolução dos direitos humanos no plano internacional.

¹² LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Octava Edición. Tecnos, p. 47

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988**. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, Vol. I, n. 1. Abril, Bahia: Salvador, 2001. p. 10.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234.

Essa conexão existente entre os direitos humanos e fundamentais também permite concluir que os direitos fundamentais assegurados pelo Estado também podem se revestir da condição de direitos humanos na ordem internacional, gozando de dupla proteção, como tanto aquela disponível no direito nacional, como também àquela objeto de proteção pelas organizações e mecanismo de direito internacional.

Por isso, é relevante também entender a distinção acerca das expressões de direitos do homem e direitos humanos, haja vista que, nesse caso, o primeiro abrangeria os direitos naturais, inerentes ao homem, ainda não reconhecidos pela positivação jurídica, prendidos portanto no aspecto transcendental do jusnaturalismo; ao turno que os direitos humanos, no entanto, pressupõem, ao menos, pelo seu status de desenvolvimento, o reconhecimento pela ordem normativa internacional.¹⁵

Essas delimitações acerca dos direitos fundamentais também encontra ainda distinção com o que se pode denominar de direitos morais, ou aqueles comportamentos de cunho moral, haja vista que a autonomia moral, ainda que torne obrigatória a conduta por força do costume, não reproduz necessariamente a autonomia política na positivação dos direitos na ordem constitucional.¹⁶

Outro ponto importante diz respeito às denominadas garantias fundamentais e a sua natureza jurídica atrelada aos direitos fundamentais, haja vista que o art. 5º, Título II, da Constituição Federal, prevê tantos os direitos, como também as garantias fundamentais.

Essa previsão das duas categorias apartadas de forma expressa pelo constituinte reconhece que, embora com o mesmo grau de fundamentalidade para o direito, as garantias fundamentais tratam-se de direitos com objeto distinto e finalidade própria.

Assim, ainda que assimiláveis por terem o mesmo objeto de incidência, os direitos fundamentais redundam, em tese, nas previsões normativas declaratórias que exprimem as prerrogativas jurídicas reconhecidas. As disposições assecuratórias do direito, ao preverem instrumentos para a segurança do exercício dos direitos fundamentais, consistiriam nas garantias fundamentais.

As garantias tratam-se de verdadeiro meio de defesa para assegurar a sua eficácia dos direitos fundamentais,¹⁷ isso porque também de nada valeriam os direitos, caso não houvesse

¹⁵ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 18

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite, organizador. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233

¹⁷ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. **Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.3 23

meios instrumentais para tornar reais e eficazes tais direitos.¹⁸ Assim, os remédios constitucionais compartilham das características dos direitos fundamentais, como a própria historicidade e universalidade, mas despontam de maneira específica a natureza instrumental para a tutela dos demais direitos fundamentais.

Nessa acepção, os direitos fundamentais despontam ao menos duas perspectivas no âmbito da sua proteção, uma vez que outorgam aos titulares dos direitos a prerrogativa de exigir dos poderes públicos o seu cumprimento eficaz, no modelo de uma tutela subjetiva exercida em face do Estado, ao mesmo tempo que propõem uma dimensão objetiva às demais disposições do direito, pois o conteúdo dos direitos fundamentais é revelado com uma eficácia irradiante, a qual orienta e sustenta todo o ordenamento normativo.¹⁹

Assim, no que concerne a essa dimensão subjetiva, vale referência à teoria dos quatro *status*, desenvolvida no Século XIX por Geord Jellinek, a respeito das possibilidades de o indivíduo impor a atuação do Estado em seu favor, pois, de acordo com a teoria, todo o indivíduo inserido no corpo social está vinculado ao Estado, relacionando-se com este a partir de quatro *status*: *status passivo*, *status negativo*, *status positivo* e *status activus*.²⁰

Para Jellinek, o *status* compreende uma caracterização de como se relaciona o cidadão com o Estado, não se confunde com um direito, porquanto trata-se de uma situação que demonstra o ser jurídico de uma pessoa na sociedade, é na verdade a forma pela qual o Estado qualifica o seu cidadão.²¹

Nesse sentido, haveria o primeiro *status passivo* na medida que o indivíduo estaria totalmente subordinado aos poderes públicos, próprio do período do Estado Absolutista, onde haveria um conjunto de deveres perante o poder soberano, sem despontar prerrogativas exigíveis, trata-se da sujeição ao Estado.

No *status negativo* haveria, no entanto, o reconhecimento das liberdades individuais da vida privada, na qual estaria limitada à ingerência indevida do Estado, garantindo-se os direitos civis de primeira dimensão.

Diversamente, o *status positivo* trata-se, por outro lado, de capacidade de o cidadão exigir a implementação de determinadas condutas do Estado, com o especial fim de assegurar direitos previstos na Constituição Federal, e na medida que o poder público é omissivo no

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 532.

¹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 1999. p. 36.

²⁰ AGRA, Weber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora. Malheiros, 2015. p. 255.

cumprimento dos seus deveres, nasce a pretensão do indivíduo de exigir que o Estado atue de forma positiva em seu favor.

Assim também, diferencia um quarto status Georg Jellinek, ao denominar o *status activus* relacionando o à capacidade política do cidadão participar de forma ativa na organização e na elaboração de decisões políticas do Estado, onde se verificam os direitos políticos, enquanto categorias próprias de direitos fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Essa perspectiva de classificação proposta por Georg Jellinek demonstra que os direitos fundamentais são prerrogativas que conferem ao indivíduo a possibilidade de se colocar em diversos ângulos na relação jurídica que estabelece com o Estado Democrático de Direito, na medida que se desdobram em funções de exigir, como também interferir na condução da política de estado, o que vem inclusive a justificar a participação democrática no âmbito da saúde que adiante se pretende expor.

Por outro lado, no que se refere à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entretanto, é necessário considerar que, além de dotados de conteúdo normativo e impositivo, os direitos fundamentais também são imbuídos de valores que orientam o seu preceito.

Essa carga axiológica existente nos direitos fundamentais demonstra-se tanto como parâmetro para toda a integração do ordenamento, como também vinculam a criação do direito seja pela sua aplicação ao caso concreto pelo Poder Judiciário, ou na inovação normativa pelo Poder Legislativo.

Além do mais, a valoração do conteúdo integrante dos direitos fundamentais decorre, antes de tudo, em razão da natureza principiológica dos seus preceitos, tendo em vista a generalidade e a abstratividade que lhe são próprias, o que corresponde à ideia de distinção de regras e princípios, defendida sobretudo por Dworkin e Alexy.²²

Para ambos os autores, as duas espécies fazem parte do gênero norma, pelo qual o direito se expressa. No entanto, a diferenciação trata-se um qualitativo e lógico, pois, para Dworkin, crítico do positivismo jurídico, as regras disciplinam uma situação específica, aplicáveis à maneira do tudo ou nada, possuindo uma dimensão de validade, e os princípios possuem uma dimensão de peso,²³ motivo pelo qual o conflito entre princípio não se resolve do mesmo modo

²² SOUZA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras.** *Revista de Informação Legislativa.* Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011. p. 96.

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, 2003. p. 610-611. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 24.04.2018.

da aplicação das regras, podendo influenciar na decisão judicial, mas de observância obrigatória.²⁴

Para Alexy, os princípios são normas que devem ser realizadas na medida do possível, conforme mandados de otimização. Assim, a colisão entre princípios deve ser resolvida por um sopesamento dos valores de cada um, de modo que um princípio prevalece sobre o outro.²⁵

Essa perspectiva, permite afirmar que os princípios são normas jurídicas compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos.²⁶ Logo, em face do maior grau de indeterminação dos efeitos pretendidos pelos princípios, verifica-se ao mesmo tempo a multiplicidade dos meios para realizá-los.²⁷

Os direitos fundamentais, tendo a natureza principiológica, em razão do conteúdo axiológico de suas normas,²⁸ detém assim a relatividade da sua aplicação, porquanto, não sendo absolutos e encontram limites na nos direitos fundamentais igualmente consagrados na Constituição Federal.²⁹

Em vista disso, considera-se que os direitos fundamentais, no entanto, não são direitos absolutos pois verificam-se pela aplicação ponderada dos seus postulados principiológicos, especialmente na circunstância de incidência simultânea de direitos fundamentais. De todo modo é válido concluir que os direitos fundamentais condicionam ou limitam os meios de atuação do Estado, seja ao impor a sua abstenção da vida privada, como também ao prever a positivação de políticas públicas como direitos sociais.

1.2. DOS DIREITOS SOCIAIS

Conforme alhures, os direitos fundamentais compreendem em princípio um conjunto de direitos básicos e essenciais do ser humano reconhecidos pela ordem jurídica interna do Estado e positivados no texto constitucional.

Os direitos fundamentais nessa perspectiva são prerrogativas atribuídas ao ser humano que acompanham a evolução histórica da sociedade, de modo que, conforme a mudança no

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradución de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 89-94.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

²⁷ BARCELLOS, A. P. de. Op. Cit., p.51-56.

²⁸ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

²⁹ MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61.

sistema político, traduzem o reconhecimento de novos direitos e novos bens jurídicos de proteção para o ordenamento.

Isso também ocorre porque a insuficiência da ordem jurídica para acompanhar o contexto de histórico de reivindicações sociais, numa circunstância de crise da organização jurídica do Estado, origina uma tensão política propícia para a incorporação de novos direitos humanos no direito positivo interno.

É o que se verifica, por exemplo, a partir do surgimento da primeira dimensão de direitos fundamentais com a premissa da liberdade individual a ser assegurada em face das ingerências do Estado Absolutista, no qual se pretende a autonomia privada e a garantia do exercício da propriedade.

Ademais, esse respectivo movimento de positivação de direitos fundamentais na ordem jurídica interna é o que promove propriamente a atual concepção de Estado Democrático de Direito, na medida que são reconhecidos os direitos fundamentais, garantindo-se condições mínimas de qualidade de vida, assim como meios de participação dos diferentes indivíduos do povo na vida política do Estado.

Com base nesse ponto de vista delineado, é válido compreender que os direitos sociais tratam-se antes de tudo verdadeiros direitos fundamentais, os quais também tem como finalidade precípua assegurar ao indivíduo prerrogativas jurídicas para o sua realização social e melhoria da sua qualidade de vida.

No entanto, a distinção marcante afeta aos direitos sociais, diz respeito a sua característica inerente de garantir a atuação do Estado em determinada área de política pública, com meios e procedimentos que se compõem de prestações positivas em prol do indivíduo, com a finalidade especial de promover a igualdade social no sentido material.

Esse conteúdo material que informa os direitos sociais e ao mesmo tempo pressupõe classificação dos direitos fundamentais de segunda geração veio a ser atualmente protegido pelo Estado Democrático de Direito, de forma consecutânea ao reconhecimento dos direitos fundamentais primários, com a ruptura dos ideais liberalistas do Estado abstencionista, especialmente, em virtude das péssimas condições de vida da classe operária com o surgimento da Revolução Industrial na Inglaterra no Século XIX, ocasião em que se verificou de forma patente a precariedade e desigualdade entre os indivíduos.

Assim, é importante destacar que as condições materiais que envolveram a Revolução Industrial demonstravam de forma notória que a propulsão do capitalismo liberal, pregado pela burguesia, oportuniza a concentração de renda e a exploração do trabalho das classes menos favorecidas, de tal modo que o reconhecimento de direitos liberais, pelas cláusulas de abstenção

de “laissez faire” e “laissez passer”, promoveu ao mesmo tempo a exploração do homem pelo homem, em face da insuficiência do Estado assegurar a própria dignidade humana.³⁰

Portanto, muito embora a sociedade liberal tenha oferecido a segurança da legalidade, a liberdade de se determinar com a garantia de igualdade de todos perante a lei, tal isonomia demonstrou-se verdadeiramente inútil em virtude da multidão de operários em péssimas condições de vida,³¹ o que deu azo aos consecutivos movimentos sociais em crítica ao capitalismo liberal.

Nesse ambiente político, como aponta Daniel Sarmiento, surgem os mais variados flancos de movimentos destinados à crítica do capitalismo selvagem, os quais sob diferentes perspectivas, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal, que compunham uma superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado, tratava-se assim de uma verdadeira fachada que conferia legitimidade à relação de exploração ao proletariado.³²

De toda forma, independentemente do postulado dos movimentos socialistas daquela época, a exemplo do pensamento marxista, fato é que a dimensão egoística dos direitos tradicionais do capitalismo burguês trouxe a necessidade de assegurar ao homem tanto no plano econômico, social e cultural, um meio válido de obter um fundamento existencial-material, humanamente digno e como parte do patrimônio da própria humanidade.³³

É importante essa constatação porque passou a ser protegido pelo direito e assegurado pelo Estado, as condições mínimas de sobrevivência humana, de tal forma que o objeto de proteção do direito trata-se do próprio homem, o qual vem a ser a finalidade última da organização da estatal pela consecução de políticas públicas em seu benefício, o que também se corrobora com o princípio da dignidade humana a ser previsto como valor axiológico do texto constitucional, ao pressupor como fundamento do Estado a segurança das mínimas condições de dignidade do homem.

Por isso, justamente em razão desse contexto de incapacidade do liberalismo econômico, em relação às contradições sociais daqueles que se colocavam marginalizados e desprovidos de quase todos os bens sociais, é que se verifica a necessidade de mudança no modelo constitucional adotado pelo Estado.³⁴

³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65

³² SARMENTO, Op. cit. p. 31.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 385.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Editora Catavento, 2007. p. 188.

Logo, é válido registrar que nesse eixo histórico situa-se o marco do constitucionalismo social, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, quando se observa então o reconhecimento pelo Estado do seu dever garantir tanto as liberdades clássicas, como também do seu dever de intervir na ordem econômica e social para assegurar a igualdade material entre os indivíduos.

As características dessas constituições, fruto de um processo de democracia, é senão a incorporação de um caráter dirigente e programático do Estado de Direito no âmbito da organização econômica e social, o que exige a presença de um complexo de dispositivos constitucionais que visam a alterar ou transformar a realidade sócio-econômica.³⁵

É importante pontuar que a partir dessas novas cartas constitucionais, especialmente após o período da 2ª Guerra Mundial, os direitos sociais passam a propor normas de cunho determinante para a atuação do Estado, especialmente com a instituição de diretrizes programáticas para a prestação de serviços públicos e políticas públicas, ao revés da política de absentismo do estado no mercado e na economia, quando não se verificava a atuação do Estado vinculada a um panorama dirigente de justiça social.

Nessa concepção, os direitos sociais impõem normas de dirigismo estatal porque, como verdadeiros direitos fundamentais, especialmente atrelados ao valor da igualdade entre os indivíduos, não se referem, no entanto, à isonomia formal própria do capitalismo liberal, ao pressupor que cada um tem liberdade e autonomia do seu destino em face do Estado, sem considerar a situação social do indivíduo, ou o contexto em que ele se insere; pois, pelo contrário, desdobram-se também na igualdade material, no sentido de que o titular do direito disponha dos meios iguais para a sua sobrevivência digna, em consonância com sua condição desfavorecida ou da sua incapacidade de auto realizar.

Por isso, ligados à segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais são aqueles que, não se preocupando com a possibilidade do cidadão ter liberdades públicas para decidir o seu destino econômico, versam sobre a liberdade positiva do indivíduo ser reconhecido como membro igualitário na organização política,³⁶ ou seja, complementa-se o conceito de liberdade formal dos direitos fundamentais do Estado Liberal com a liberdade do indivíduo agir de forma equânime no seio social.

³⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964)**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento. (Org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

³⁶ AGRA, Walber de Moura. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 516.

Além disso, os direitos sociais, portanto, não são apenas poderes de agir de determinado meio, mas também poderes de exigir a concretização de direitos e deveres constitucionais do Estado,³⁷ pois, antes de tudo, os direitos sociais necessitam de um atuar positivo do Estado em favor do indivíduo, como aponta Gilmar Ferreira Mendes, são direitos fundamentais que dependem, para a sua realização, de providências estatais com objetivo de formação de órgãos e procedimentos aptos a sua efetivação no contexto social.³⁸

Por essa razão, os direitos sociais pressupõem uma relação jurídica travada entre o indivíduo e o Estado, no qual o indivíduo titular do direito vem a ser o sujeito ativo capaz de exigir a disponibilização de políticas públicas em seu benefício, sendo que os meios de realização dos direitos sociais revelam-se, sob essa perspectiva, como prestações positivas do Estado, no sentido de um fazer, com a realização de serviços públicos voltados para a concretização desses direitos.³⁹

Em decorrência disso, os direitos sociais são também considerados como direitos prestacionais, na medida que indivíduo pode reivindicar o fornecimento dos meios necessários para a sua fruição em face do Poder Público, o qual passa a ser o sujeito passivo dessa relação jurídica, também em virtude do seu dever constitucional na condução de políticas públicas.

Logo, dentro desse significado dos direitos sociais, como direitos prestacionais positivos, é necessário, no entanto, distinguir os direitos sociais propriamente dito daqueles que ora são considerados direitos econômicos, isso porque, ainda que se verifique a existência de pontos de comunhão entre ambas as categorias de direito, como por exemplo os direitos do trabalho, os quais são evidentemente direitos sociais clássicos, mas são também direitos econômicos e que disciplinam a ordem econômica do Estado.

Para José Afonso da Silva, enquanto os direitos sociais tratam-se de formas de tutela pessoal em face do Estado, o direito econômico tem também uma dimensão institucional,⁴⁰ assim o direito econômico que determina a realização de políticas econômicas, ou a disciplina jurídica dos meios de produção, em vista do interesse social dominante, ao passo que os direitos sociais por outro lado têm em vistas a disciplina normativa das situações subjetivas pessoais de caráter concreto.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 632

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 789.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.

Assim, os direitos econômicos são também premissas para a existência dos direitos sociais, conquanto preveem a política econômica orientada para intervenção e participação do Estado, com vistas a um regime democrático de tutela dos mais fracos, mas dentro do contexto do ambiente econômico⁴¹, pois, também são direitos sociais, entretanto, voltados para a orientação do regime de atuação econômica, embora não necessariamente se destinem a assegurar um conjunto de políticas públicas em um atuar positivo do Estado.

Além do mais, de acordo com a teoria proposta por Robert Alexy, é possível estabelecer uma distinção entre os direitos a prestações em sentido estrito, ora reconhecidos como direitos sociais, em contraposição aos direitos a prestações em sentido amplo, pois os últimos versam sobre o cumprimento do dever de proteção em vista da própria condição de Estado, detentor do governo soberano, mas não necessariamente como dever de garantia à justiça social, pelas políticas públicas em favor do indivíduo, conquanto tais prestações seriam próprias dos direitos a prestações em sentido estrito, como direitos a prestações fáticas, derivadas da atuação positiva do Estado como Estado Social.⁴²

Desse modo, verifica-se que o direito às prestações em sentido amplo engloba também as prestações voltadas para assegurar a proteção do indivíduo contra o próprio Estado, e as prestações em sentido estrito, por outro lado, versam sobre aqueles direitos sociais, no sentido da obrigatoriedade de prestação de políticas públicas de igualdade social.

Ao mesmo tempo, outro ponto de distinção entre a natureza dos direitos fundamentais clássicos de primeira geração e os direitos sociais, ora entendidos como direitos prestacionais, é que aqueles primeiros verificam-se exequíveis, em regra, pela tutela subjetiva individual. Por outro lado, os direitos sociais são destinados a uma justiça social universal, e não propriamente a esfera individual de cada cidadão, assim, os direitos sociais foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem.⁴³

Diante disso, a respectiva compreensão de que os direitos sociais diferem dos direitos subjetivos clássicos também significa que possuem verdadeira projeção coletiva a todo um conjunto de pessoas da comunidade política, principalmente, em razão de trazerem reivindicações das classes mais desfavorecidas no contexto social, bem como finalidade precípua a ideia de igualdade material e justiça social, o que também demonstra a característica

⁴¹SILVA, Op. cit. p. 286.

⁴²ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 482

⁴³FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. Revista USP. São Paulo, n. 21, 1994. p. 54.

inerente dos direitos sociais, no sentido de que a sua eficácia é dependente da atuação dos poderes públicos, a exemplo nesse contexto do direito à saúde.⁴⁴

É bem verdade que isso não transforma os direitos sociais em direitos puramente coletivos, no que diz respeito a sua tutela judicial, isso porque ainda assim são sindicáveis no Poder Judiciário pela tutela subjetiva do indivíduo que se encontra sem a fruição dos direitos sociais fundamentais assegurados nos termos da constituição.

No entanto, os direitos sociais encontram grande campo de incidência dos instrumentos coletivos para sua garantia, a exemplo do mandado de segurança e do mandado de injunção, conforme a conduta omissa do Executivo e do Legislativo na execução ou complementação normativa das normas constitucionais de direitos sociais.

Além do mais, justamente em razão dos direitos sociais preverem um conjunto de prestações positivas a serem prestadas pelo Estado, como políticas públicas para assegurar ao indivíduo condições mínimas de sobrevivência é que se tornam necessários instrumentos e mecanismos jurídicos suficientes para combater a omissão dos Poderes Públicos na atuação positiva desses direitos.

Isso também porque, muito embora os direitos sociais sejam plenamente eficazes na medida que o seu comando constitucional já é suficiente para vincular a atuação do Estado em determinado sentido, não podendo ele assim dispor de forma contrária ou ainda pretender se recusar ao seu cumprimento, deve-se considerar, por outro lado, que tais direitos demandam necessariamente prestações no plano fático.

Assim, na medida que o indivíduo reivindica esse atuar do Estado, que vem a permanecer omissa no cumprimento dos seus deveres constitucionais, tem-se por consequência prejudicada a eficácia dos direitos fundamentais sociais, os quais devem ser passíveis de proteção na ordem jurídica, especialmente porque a omissão dos Poderes Públicos em benefício do indivíduo, em condições de carência de políticas públicas, ao mesmo tempo viola os valores eleitos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana corresponde a um valor fundamental da ordem jurídica, bem como um fundamento a ser perseguido pelo Estado brasileiro, nos termos

⁴⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

da Constituição Federal. Nessa medida, a dignidade humana pressupõe uma qualidade intrínseca do ser humano a ser tutelada pelo direito, o que vem igualmente a instruir e informar os demais princípios e normas que regem o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, em princípio, a ideia que as pessoas podem ser tuteladas em uma categoria específica do direito, em função do valor essencial do ser humano é um axioma da civilização ocidental que teve surgimento tanto no pensamento clássico filosófico, assim como na ideologia cristã. Nesta última enquanto o ser humano é visto como criação à imagem de Deus, sendo dotado de valor próprio, distinto das demais coisas, para a filosofia da antiguidade clássica, por outro lado é possível associar a dignidade humana com a posição social ocupada pela pessoa no corpo social.⁴⁵

De todo modo, somente com a ascensão do movimento iluminista, o qual foi responsável por substituir o pensamento religioso, pela teoria do humanismo e a crença no racionalismo humano, é que se tem as primeiras preocupações no reconhecimento dos direitos individuais do homem, a fim de garantir a sua igualdade no âmbito político.⁴⁶

Assim, é no âmbito do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII que a concepção da dignidade da pessoa humana passa a ter um conceito racional, atrelado ao direito natural, em vista da noção da igualdade e liberdade.

Destaca-se, nesse contexto, o pensamento de Immanuel Kant, responsável por dar início a compreensão atual de dignidade humana, como valor próprio do ser humano, a partir de sua obra *Crítica da Razão Pura*, na qual considera que todo homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, não podendo ser objeto da vontade de outrem.

Logo, para o pensamento kantiano, diversamente das coisas que têm um valor relativo, o homem é merecedor de respeito próprio pela ordem jurídica, pois detém a racionalidade e a capacidade de autodeterminar-se.⁴⁷ Para Ana Paula de Barcellos, a concepção kantiana continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela tenham se agregado novas preocupações.⁴⁸

Além do mais, sob o aspecto histórico, é importante pontuar que a preponderância do valor da dignidade humana sobre as demais normas do ordenamento jurídico é um resultado da

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29-31.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 127-128.

⁴⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 124.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988**, p. 161.

insuficiência do positivismo jurídico, o qual sem assegurar um Estado Democrático de Direito, deu autorização legislativa aos regimes totalitários da Segunda Guerra Mundial no Século XX, totalmente afastados pelos valores éticos, e limitados a uma perspectiva formal do direito.

Nesse contexto, é que se observa ao surgimento do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, concomitantemente com um novo constitucionalismo ocidental, na medida que os textos constitucionais passam a ser dotados de princípios com alta carga axiológica, com relevância ao valor da dignidade humana.⁴⁹

Nessa acepção, a primeira positivação constitucional da dignidade humana que se tem notícia sucedeu pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, ao prever a dignidade humana como valor inviolável, especialmente em decorrência das anteriores atrocidades praticadas durante o regime nazista.

Mas é possível também destacar a influência de outros diplomas normativos para a positivação da dignidade humana, em especial, aqueles derivados do direito internacional, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão de 1948, ao prever no seu art. 1º que *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*.⁵⁰

Da mesma forma, essa circunstância de necessidade do reconhecimento dos direitos do humanos, em face dos regimes autoritários, é que também se insere o reconhecimento da dignidade da pessoa humana no direito pátrio, anos após o desbarato da ditadura militar iniciada em 1964, dando espaço para um Estado Democrático de Direito, instituído sob o manto da Constituição brasileira de 1988.⁵¹

Logo, nota-se de forma inquestionável no caso particular brasileiro que os dispositivos promulgados com a Constituição Federal de 1988 são envoltos com a preocupação de assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social, de tal forma que a dignidade torna-se núcleo básico informador de todo o ordenamento jurídico, assim como parâmetro para interpretação e compreensão de todo o sistema normativo.⁵²

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 28-29.

⁵⁰ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22.03.2018.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista Direito. Administrativo, Rio de Janeiro, abr/jun, 1998. p. 89

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33 .

Ademais, a influência normativa preponderante do princípio da dignidade humana e a sua carga valorativa sobre as demais normas que regem a sociedade somente se verifica na medida que o Estado torna-se democrático,⁵³ afastando a dominação política própria dos regimes políticos arbitrários.

Diante desse movimento histórico, como também em função da concepção kantiana, a dignidade da pessoa humana passa a ser considerada como a qualidade inerente de ser humano atribuída a cada indivíduo, atributo esse que o torna digno de consideração pela ordem jurídica do Estado, para o fim de conferir um complexo de direitos e deveres fundamentais que lhe preservem a liberdade individual contra qualquer ato abusivo na sua esfera íntima, assim como lhe promova possibilidade de condições mínimas existenciais e de sobrevivência digna no meio social.⁵⁴

Porém, é importante se apor nota de que, muito embora precariamente se pretenda estabelecer um norte acerca do significado do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como se obter uma conceituação precisa sobre o seu âmbito de proteção, posto que se revela distante de ser atingida doutrinariamente, até porque o próprio conteúdo da dignidade evolui de forma constante com os novos meios de tecnologia, ciência e relação social.

Além disso, tal complexidade acerca da definição também decorre da vagueza e imprecisão dos significados atribuídos à dignidade humana, a qual por ora se demonstra polissêmica e com múltiplos valores a serem protegidos no âmbito da tutela do ser humano.⁵⁵

Independentemente disso, vale ressaltar que a dignidade é, em sua essência, um atributo intrínseco e inerente ao ser humano, independentemente da sua situação no plano fático, ou da modo como se comportar na sociedade,⁵⁶ até porque a dignidade da pessoa humana enquanto atributo indissociável do ser humano é irrenunciável e inalienável, pois justamente qualifica o homem, não podendo dele ser destacada, de forma que a dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida, respeitada e protegida, pois representa uma qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana.⁵⁷

Assim, é possível estabelecer inclusive que, enquanto promotora das condições humanas mínimas de existência, a dignidade é fundamento para as refrações essenciais do

⁵³ ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 31.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62

⁵⁵ INGO, Sarlet. Op. Cit. 2006. p. 40

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 93.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. p. 366

direito à personalidade humana, sendo corolário de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, na forma de uma cláusula geral para tutela da pessoa humana.⁵⁸

No que diz respeito à status jurídico normativo da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, também não se encontra expressa previsão ou clareza quanto ao seu conteúdo valorativo, tanto é assim que o Constituinte de 1988 entendeu por bem não incluir a dignidade humana no rol de direitos fundamentais previstos pelo art. 5º do diploma, mas em vez disso positivou a dignidade humana na condição de princípio e valor fundamental da República Federativa do Brasil, ao art. 1º, inciso III. Na realidade, essa forma de positivação do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional também se afina ao seu pretendido valor estruturante da ordem jurídica.

Por isso, José Afonso da Silva ora denomina a dignidade da pessoa humana de valor supremo, inclusive, não estando apenas limitada à ordem jurídica, mas vigente no âmbito da ordem política, social e econômica, da mesma forma que a democracia é o único regime político capaz de promover a efetividade dos direitos fundamentais, haja vista que, se a dignidade da pessoa humana é um fundamento, é por que ela se constitui num valor supremo, num valor fundante da Democracia e do Direito.⁵⁹

Além disso, para o aludido autor o princípio da dignidade da pessoa humana é também um fundamento da República porque antecede a sua própria formação, na medida que não é uma criação do texto constitucional, mas por outro lado preexiste ao Estado, estando reconhecida como valor supremo da ordem jurídica.⁶⁰

Nessa concepção, em vista do reconhecimento normativo do princípio da dignidade como valor fundante da ordem jurídica, tem-se a partir dele ao mesmo tempo um fundamento para os demais direitos fundamentais e também para a atuação política do Estado, sendo que nessa perspectiva é possível afirmar que o homem torna-se não só objeto de proteção pelo direito, mas também o fim da atuação do Estado Democrático de Direito em todas as suas acepções, tendo em vista a carga axiológica vinculante da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, na condição de valor fundamental da Constituição Federal, é que a dignidade da pessoa humana faz com que o homem torne-se o personagem principal do direito, como centro do universo jurídico e prioridade justificante.⁶¹

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48-49

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 92.

⁶⁰ SILVA, Op. Cit. p. 92

⁶¹ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. 1ª ed (2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

Portanto, a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, é que se reconhece que o Estado existe em função do ser humano,⁶² de forma que o exercício do poder em todas as suas esferas somente será legítimo e justificado, caso esteja em consonância com os objetivos da dignidade humana. A dignidade da pessoa humana torna-se assim um fator de legitimação do poder do Estado.

Também por essa razão, a dignidade da pessoa humana não se vislumbra apenas na condição de norma-princípio, mas de valor fundamental com observância obrigatória e natureza cogente, porquanto a sua natureza superior de fundamento de todo o sistema normativo e da ordem social propriamente legítima e justifica o comportar-se do Estado Democrático de Direito.

Ademais, a dignidade da pessoa humana é um fundamento da república, e ao mesmo tempo um fundamento dos próprios direitos fundamentais. Por isso, para Ernst-Wolfgang Böckenförd, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal despontam com o resultado do reconhecimento da inalienabilidade dos direitos humanos, os quais por sua vez também se baseiam na inviolabilidade da dignidade humana.⁶³

Por isso, embora tenha se destacado a previsão normativa da dignidade humana no texto constitucional, é possível reconhecer ainda que a dignidade humana tem a sua tutela protegida inclusive quando não é prevista pelo direito positivo, haja vista que detém a eficácia irradiante dos seus valores aos demais princípios da ordem constitucional.

Do mesmo modo, o princípio dignidade da pessoa humana influi nas demais normas do ordenamento jurídico, independentemente da sua previsão positiva, conquanto se trata de um valor que transcende ao próprio homem. Para Haberle, a dignidade transcende a natureza humana sendo inata à própria existência homem. Ela constitui natureza do ser humano e os aspectos da cultura e atividade das gerações humanas em toda a sua totalidade.⁶⁴

Também nessa acepção a natureza jurídica da dignidade humana assume caráter normativo, com caráter principiológico, por isso, não se cinge à concepção reducionista da regra jurídica, haja vista que nesse contexto a Constituição permeada de princípios assume a

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 219.

⁶³ BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução de Juan Luis Requejo Pages**; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 98.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: MAURER, Beatrice. et. al. **Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 150.

característica aberta e permeável de valores jurídicos suprapositivos, com conteúdo relacionados às ideias de justiça social e realização dos direitos fundamentais.⁶⁵

Por isso, a dignidade humana pode se revelar como princípio ou como postulado normativo na medida que estruturam a aplicação e interpretação das outros princípios e regras, servindo de parâmetro para a realização do direito na condição de um metanorma.⁶⁶

De todo modo, a dignidade da pessoa humana também se revela como a prerrogativa assegurada ao indivíduo de ter acesso a uma existência digna, ao ser respeitado pelo atributos de ser humano que lhe são próprios, assim como a garantia de meios materiais e processos para um mínimo existencial.

Isso também sucede porque o princípio da dignidade humana reserva um espaço de proteção do direito, pelo simples fato de o homem deter a condição de ser humano, sendo possível afirmar que a dignidade relaciona-se com as prestações materiais como também as liberdades de pensamento.

Ademais sendo fruto de avanços de conquistas de direitos, o princípio da dignidade humana traduz a superação da intolerância, exclusão, ou incapacidade de aceitação do outro na sua plenitude de liberdade e condições materiais.⁶⁷

Essa percepção revela que a dignidade da pessoa humana também tem como perspectiva o princípio da igualdade, ao prever que as prerrogativas conferidas pela a sobrevivência digna decorrem pela sua condição própria de ser humano, transcendendo qualquer qualificação jurídica da sua situação pelo direito posto pelo Estado, donde encerra a isonomia material das condições de vida e fundamenta as políticas públicas diferenciadas para inclusão social daqueles que se encontram em situação de flagrante violação aos pressupostos da dignidade humana.

É interessante pontuar que, nesse sentido, a dignidade da pessoa humana desdobra-se em duas dimensões distintas, compreendendo a negativa, quando impõe limites ao Estado, e a dimensão positiva como dever das prestações para assegurar a dignidade mínima do indivíduo, por isso, ressaltam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a respeito dessa perspectiva da

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. p. 30.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** – Coordenadores Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-52.

dignidade da pessoa humana, no sentido de que o objetivo de promover condições para que as pessoas tornem-se dignas é senão um dos fins do Estado.⁶⁸

Dessa forma, sob esse ponto de vista, é possível estabelecer que a dignidade humana invariavelmente representa a obrigação do Estado em assegurar as condições materiais mínimas de sobrevivência.

Essa concepção do princípio da dignidade da pessoa humana também se relaciona diretamente com a noção do mínimo existencial, na medida que corresponderia às condições materiais mínimas de existência sem as quais o indivíduo não teria preservada a sua dignidade.⁶⁹

Assim, a dignidade humana teria como conteúdo um conjunto prestações materiais atrelados ao mínimo existencial do indivíduo, o que se poderia concluir corresponder ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Para Ana Paula de Barcellos, em decorrência do previsto pela Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial que é possível conceber na atual ordem jurídica identifica-se com ao menos três direitos materiais e um instrumental, assinalando-se nesse sentido o direito à educação básica, saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça, de forma que é possível considerar que esses quatro direitos revelam-se como o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.⁷⁰

É válido registrar que tal análise debruça-se sobre a definição teórica do núcleo essencial da dignidade humana, tanto no sentido de compreender o seu conteúdo material, como também delimitar o núcleo sindicável pelo indivíduo para a garantia das condições mínimas de sobrevivência.

Assim, quando se busca definir o mínimo existencial em saúde está se referindo às prestações ou serviços de saúde que são judicialmente exigíveis do Poder Público.⁷¹

Dessa forma, é possível estabelecer, pelo menos em tese, um parâmetro suficiente para definir que a dignidade abrange, no seu núcleo essencial, o direito à saúde e à educação, como forma de garantir o próprio desenvolvimento do indivíduo, em plenas condições de vida e de suas capacidades, no qual também se inclui a assistência social aos desamparados, como meio fornecer prestações materiais para isonomia material entre as pessoas, ao mesmo tempo que o

⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 425.

⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 302.

⁷¹ BARCELLOS, Op. Cit. p. 326.

acesso à justiça, com seu aspecto instrumental, poderia viabilizar a concretização dos demais direitos, na hipótese de omissão do Estado no cumprimento dos seus deveres constitucionais.

Esse conjunto de prestações em favor do indivíduo compreenderia a intangibilidade da dignidade humana e conteúdo material do mínimo existencial para uma subsistência digna, ressaltando-se que dentro dele também se verifica compreendido o direito fundamental à saúde, o qual por sua vez considera a proteção da qualidade de vida como valor intrínseco do ser humano a ser assegurado pela ordem constitucional.

1.4. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Assim, o direito à saúde é sobretudo um direito fundamental. Não se trata de uma categoria limitada acerca do direito social de cunho programático, mas também pressupõe o reconhecimento da sobrevivência digna do indivíduo, assegurado e exigível em face do estado, no sentido de exigir o acesso à saúde e à qualidade de vida saudável.

Trata-se na realidade de um direito do homem com surgimento histórico não definido, porquanto acompanha toda a evolução da tutela do indivíduo em face do estado, juntamente com o direito à vida, ao mesmo tempo que se sobressai com o desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social, à medida que são assegurados novos direitos prestacionais positivos em favor do homem.

Além do mais, não se encontra estanque, uma vez que a proteção jurídica é progressiva e se dispõe de acordo com a realidade social do Estado do Direito em um dado momento histórico. Isso também decorre em virtude dos direitos do homem constituírem em verdade uma classe variável de direitos que se modificam de acordo com as condições históricas, com os carecimentos e interesses prevaletentes no Estado de forma contínua.⁷²

Por esse motivo, tendo em vista a abrangência e complexidade do direito à saúde, é necessário primeiramente estabelecer um paralelo entre o direito à saúde e o direito à vida, uma vez que o âmbito de proteção de ambos ora se confundem, outrora se complementam.

Nessa compreensão, o direito à proteção da vida pressupõe não apenas a manutenção do estado vital, mas também a sobrevivência qualificada com a plenitude do desenvolvimento de todas faculdades humanas, o que também é objeto proteção e fascínio do direito à saúde, ao considerar que este último igualmente pressupõe a prevenção e atendimento pelo Estado para a realização de uma vida saudável.

⁷² BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 18-19.

No entanto, a possibilidade de distinção entre o direito à vida e o direito à saúde essencialmente se verifica porque o primeiro, embora corresponda à uma garantia de qualidade de vida, o direito fundamental à saúde compõe, no entanto, todo o mecanismo de acesso aos serviços de atendimento à saúde a serem prestados pelo Estado, no âmbito de suas políticas públicas.

Logo, trata-se também em princípio de um direito social qualificado por um conjunto de prestações positivas exigíveis com meios e procedimentos a serem disponibilizados pelos poderes públicos, como forma de assegurar as condições mínimas de sobrevivência do indivíduo em prol do princípio da dignidade da pessoa humana.

De igual maneira, é inevitável também a correlação existente entre o direito fundamental à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o direito à saúde tem como proposta imediata a implementação de políticas públicas pelo Estado, voltadas para a redução do risco doença e outros agravos, o que se comunica dessa forma com os meios de realização da dignidade do ser humano e a promoção das condições materiais mínimas de existência, cujos fundamentos estão albergados pelo aludido princípio.

Nesse contexto em que o direito à saúde é atrelado à dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 é categórica ao prever o direito fundamental à saúde, na medida que a prestação dos serviços e a garantia do acesso à saúde é dever do Estado Democrático de Direito, garantido ao indivíduo, nos termos do artigo 196 da carta magna, no qual se dispõe ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, assegurado por meio da implementação de políticas sociais e econômicas, com vistas à redução do agravo doença, pelo acesso universal e igualitário às ações do Poder Público.

É importante pontuar também que, nessa perspectiva constitucional do direito à saúde, o próprio preâmbulo previsto no diploma constitucional, em que pese não tenha caráter normativo, registra ao menos as intenções do Estado brasileiro para a interpretação e integração das demais normas constitucionais, haja vista que nele são consignadas as diretrizes políticas vigentes à época do constituinte.

E, nesse sentido, importante notar o aspecto motivacional da Assembleia Constituinte de 1988 gravado no preâmbulo do texto constitucional, quando justifica a previsão do Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, no qual se remete à liberdade, segurança, desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

Logo, torna-se evidente que a Constituição Federal de 1988, outrora denominada Constituição Cidadã, tem como objetivo precípua assegurar o exercício e a eficácia dos direitos

sociais, como se verifica tanto pelos seus dispositivos normativos, como também das intenções políticas expostas do preâmbulo, no que se permite concluir a previsão do direito à saúde, como valor assegurado pelo Estado brasileiro dentro desse conjunto de valores supremos.

Por esse motivo, considerando também que o direito à saúde é um direito fundamental, assim como que corresponde um direito social dependente de um conjunto de políticas públicas, as quais estão expressamente previstas no texto constitucional como dever do Estado, vale compreender portanto o que vem a compor o significado do próprio termo saúde.

Nessa acepção, a palavra saúde vem do adjetivo latino *saulus* cuja definição corresponde a inteiro ou intacto. Porém no que diz respeito ao conceito teórico de saúde, como leciona Sueli Gnadolfi Dallari, é possível afirmar que a primeira definição teórica do conceito de saúde surge com Hipócrates, filósofo grego do Século IV a.C. No entanto, a concepção de saúde como estado ausência de doenças tem origem no início do século XVII, pelo trabalho do filósofo francês, Descartes, que ao identificar o corpo humano à máquina, entendia que era possível descobrir a causa da conservação da saúde.⁷³

Assim, somente com o término da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização Mundial da Saúde, a qual no preâmbulo de sua Constituição firmou um novo marco teórico-referencial a respeito do conceito de saúde, ao dispor que a saúde corresponderia ao completo bem-estar físico mental e social, e não apenas a ausência de doenças.⁷⁴

Evidentemente, o conceito de saúde entendido apenas como o estado de ausência do agravo doença não atende à definição precisa que se pretende conferir ao direito fundamental à saúde, isso também porque o direito em si compreende outros aspectos relacionados que não se envolvem com o atendimento do mal doença, haja vista que busca na sua acepção um conjunto de fatores que rege a vida de forma saudável.

No entanto, é bem verdade que o conceito de saúde estabelecido pela OMS não é objetivo e envolve um componente subjetivo dificilmente qualificável, no sentido de delimitar senão a expressão “bem-estar”, assim, é possível estabelecer parâmetros desejáveis em termos orgânicos e mentais, mas não como um objetivo concreto, e sim como um norte orientativo.⁷⁵

Essa acepção de bem-estar no que compreende o direito à saúde, por outro lado, na medida que se demonstra de maneira abstrata e genérica, ao mesmo tempo não torna

⁷³ DALLARI, S. G. **O direito à saúde**. Revista Saúde Pública. São Paulo, 22 (57-63), 1988. p. 58. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 09.03.2018.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 22.07.2018.

⁷⁵ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987. p. 33.

identificável de forma objetiva quais são os meios de políticas públicas a serem atribuídos ao Estado para a persecução do referido conceito saúde.

Nesse sentido, em vista da amplitude da concepção de saúde, enquanto bem-estar do indivíduo, conforme definido pela OMS, provoca invariavelmente a inaplicabilidade do conceito, conquanto permite ao Estado adotar diferentes decisões políticas para a implementação daquilo que consistiria saúde.⁷⁶

Além disso, para Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz, está superada a definição do conceito de saúde pela OMS, quando traz de forma dissociada a concepção de bem-estar físico, mental e social, isso porque, a saúde trata-se em princípio de um sistema no qual não se delineia uma nítida divisão entre o destaque físico, mental e o social, de modo que tal definição de saúde estaria ultrapassado.⁷⁷

Por outro lado, reconhecendo que o próprio discurso médico científico não é capaz de ser delimitado acerca da definição do conceito de saúde, verifica-se a posição de Dina Czeresnia, conquanto considera que tanto o discurso médico não contempla a significação mais ampla da saúde e do adoecer, haja vista que a saúde não é objeto que se possa delimitar unicamente no aspecto científico.⁷⁸

De todo modo, no que concerne ao direito à saúde, este é evidentemente abrangente não se limitando ao estado de ausência de doença, sendo possível afirmar que supera também a definição de bem-estar físico e mental estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, porquanto enquanto direito social destinado a assegurar condições mínimas de sobrevivência e de qualidade de vida, em vista dos valores que fundamentam o princípio da dignidade humana, não há como se delimitar de modo objetivo e restringível o direito à saúde, pois se dispõe na condição de direito fundamental expansível em torno da garantia da dignidade humana.

Da mesma forma, vale registrar que enquanto direito fundamental o direito à saúde compõem-se de uma base principiológica abstrata e genérica, a sua aplicação normativa também se verifica por meio da interpretação dos seus valores axiológicos e não propriamente pela definição precisa do conteúdo da sua norma

⁷⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Abordagem Sistêmica, Risco e Democracia.** Revista de Direito Sanitário, vol. 2, n. 1., Março de 2001. p. 30. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/13085/14887>. Acesso em: 08.03.2018.

⁷⁷ SEGRE, M.; e FERRAZ, F. C. **O conceito de saúde.** Revista de Saúde Pública. São Paulo, n. 31, outubro, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016#not1. Acesso em: 09.03.2018.

⁷⁸ CZERESNIA, D; e FREITAS C.M. **Cadernos de Saúde Pública. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção.** Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2003. p. 42

Ademais, o direito à saúde não se acaba nos processos de atendimento destinados à cura de cada patologia, uma vez que esses são apenas um dos diferentes componentes dos serviços que integram as políticas públicas de saúde, as quais pressupõe a ação organizada do Estado de cunho preventivo e promocional de melhores condições de vida, donde se inclui por exemplo as atribuições listadas ao sistema único de saúde no art. 200 da Constituição Federal, ao dispor que compete ao SUS, dentre outras funções, ordenar ações de vigilância sanitária, saneamento básico, incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico.

Nesse sentido, o direito à saúde compreende, portanto, tanto o direito ao tratamento da doença e recuperação do indivíduo, por meio do acesso aos serviços destinados à recuperação do enfermo, como também abrange a preservação da própria saúde, por meio de políticas públicas que visem reduzir o risco endêmico, como por exemplo o acesso a um meio ambiente sadio, na acepção de uma proteção genérica não individualizável, típico de uma coletividade transindividual, e com fundamento no princípio da solidariedade.⁷⁹

Isso demonstra que, no atual estágio de evolução do direito fundamental à saúde, não é suficiente que o Estado esteja limitado a assegurar tão somente os processos de tratamento de doenças, porquanto também se revelam necessárias as ações de cunho promocional e de cunho preventivo, com vistas à redução das injustiças sociais, a quem necessite das ações públicas de promoção da saúde coletiva.

Inserir-se nesse contexto o princípio do atendimento integral do sistema de saúde brasileiro, uma vez que o direito à saúde previsto constitucionalmente não se restringe à cobertura e ao atendimento médico hospitalar, além do fornecimento de medicamentos, pois também envolve as ações preventivas e assistenciais no âmbito das políticas públicas de saúde.

De igual modo, a fundamentalidade do direito à saúde está associada tanto no aspecto formal, haja vista a sua positivação no texto constitucional, nos termos do art. 196 e seguintes da Constituição de 1988, como também no aspecto material, conquanto se demonstra como conteúdo material essencial à normatização da vida em sociedade.

Outra faceta na qual é possível desdobrar o direito à saúde refere-se a sua dupla dimensão de direito de defesa e de direitos prestacionais. Isso porque, enquanto o direito à saúde é interligado à integridade física e psíquica do indivíduo, possibilita também a tutela de proteção à saúde contra intervenções do Estado ou mesmo de particulares.

⁷⁹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Consituição Federal: uma análise comparada**. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf. Acesso em: 08.03.2018.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet considera que, como direito de defesa, o direito à saúde visa *“impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular”*.⁸⁰

Na verdade, muito embora a Constituição não tenha exprimido o dever dos particulares, evidentemente, a lesão a integridade física ou psicológica de outrem trata-se de ato que indiretamente viola o aludido direito à saúde, tutelável portanto pelo direito, da mesma forma que se considera o dever da própria pessoa na proteção da sua saúde, haja vista a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais.⁸¹

Portanto, o direito à saúde tem dupla dimensão de direito prestacional, na medida que impõe ao Estado a realização de políticas públicas de saúde, ao mesmo tempo de direito de defesa para a proteção da saúde, entendida como bem-estar, em face de qualquer intervenção pública ou particular em face do titular do direito.

Assim sendo, o direito à saúde, além de guardar a concepção de atribuir ao Estado o dever de instituir políticas para o acesso à saúde também se dispõe no sentido que a saúde deve ser protegida como norma aplicável a toda sociedade, com vistas ao dever coletivo de assegurar condições de saúde de toda a comunidade.

Essa concepção também se observa na conceituação, proposta por Sueli Gandolfi Dallari, sobre o direito individual à saúde, como liberdade de escolha dos meios de tratamento, e o direito social à saúde, no qual se privilegia a igualdade material para o acesso à saúde entre os titulares do direito.⁸²

Além do mais, o direito à saúde está interligado a vários outros direitos fundamentais que giram em torno do manto protetivo do princípio da dignidade humana, tais como o direito ao saneamento básico, moradia, educação, assistência social, previdência e dentre outros, demonstrando-se um direito de natureza difusa ou transindividual, indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, como componente básico que estrutura o Estado Democrático de Direito.⁸³

Isto é, muito embora possa se considerar que o direito à saúde é atribuído ao indivíduo exigível em face do Estado, também pode se verificar no âmbito da tutela coletiva.⁸⁴

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, jan. 2002. p. 8.

⁸¹ SARLET, Op. cit. p.

⁸² DALLARI, S. G. Op. cit. p. 59.

⁸³ MENDES, Keyna Rocha. Curso de direito da saúde. São Paulo: Saraiva, 2013. p.42.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.40.

Nesse sentido, para Júlio César de Sá da Rocha, na medida que a Constituição Federal trata o direito à saúde como um direito de todos, na forma do artigo 196, trata-se portanto de um direito de natureza jurídica direito difusa.⁸⁵

Assim também, outro aspecto acerca do direito à saúde que pode ser objeto de sua análise trata-se da sua característica universal. Isso significa dizer que a titularidade do direito à saúde é universal no direito brasileiro, estando ela atribuída a qualquer indivíduo que precise do atendimento do Estado.

Logo, até mesmo aos estrangeiros, mesmo que não residentes no país ou contribuintes da seguridade social, são atribuídos o direito acesso igualitário aos serviços de saúde e as prestações do Estado, independentemente da sua condição jurídica ou social, é o que se permite compreender do acesso universal e igualitário previsto nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

É interessante notar que a ideia de universalidade do serviço público de saúde, prevista pela Constituição Federal de 1988, veio a superar o antigo sistema de saúde regulado pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão, os quais prestavam serviço de atendimento saúde aos profissionais de cada categoria profissional segurados, juntamente com os serviços prestados pelo antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) aos contribuintes da previdência social como segurados obrigatórios, razão pela qual naquele contexto não havia a organização de um sistema público de saúde voltado para o atendimento universal aos serviços de saúde.

Pelo contrário, atualmente, o Estado tem o dever de cumprir as políticas públicas a uma coletividade indeterminável, independente da condição do titular do direito à saúde, sendo objeto de tutela constitucional para todos aqueles que se encontrem na mesma situação.

Do mesmo modo, o direito à saúde compreende um processo de participação do indivíduo na composição das políticas públicas do Estado Democrático de Direito, conforme se interpreta das diretrizes do Sistema Único de Saúde, estabelecidas pelo art. 198 da Constituição Federal, ao prever expressamente no seu inciso III, a participação da comunidade.

Nesse sentido, os processos e procedimentos que envolvem os serviços de saúde abrangem não apenas a atuação do Estado, como também os indivíduos destinatários, os quais também possuem participação ativa na vida política da sociedade.

Ademais, o reconhecimento constitucional, no sentido de que a participação da comunidade é diretriz básica na organização do sistema de saúde, invariavelmente, tem

⁸⁵ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito à saúde. Direito sanitário na perspectiva dos direitos difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1988. p 46.

fundamento no princípio da solidariedade do interesse público e no interesse transindividual na melhoria de condições de acesso às políticas públicas de saúde.

Essa forma de democracia também vem a compor o conteúdo material do direito fundamental à saúde, numa perspectiva de possibilidade de participação social na condução de políticas públicas pelo Estado, aliás, a concepção de direitos fundamentais, igualmente, é conjugada com os deveres fundamentais na medida que os indivíduos são destinatários e responsáveis com as suas obrigações políticas pelo progresso da vida em sociedade, incluindo-se nessa acepção a participação na organização e diretrizes do Sistema Único de Saúde,⁸⁶ o qual é essencial para a eficácia do direito fundamental à saúde, uma vez que propriamente estabelece os meios normativos para a sua implementação no plano fático.

⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 160

CAPÍTULO 2 - DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO

2.1. DA FORMAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO

Conforme preestabelecido, o direito à saúde consiste em direito fundamental social, cujo conteúdo material forma um conjunto de políticas públicas a serem prestadas pelo Estado em benefício do indivíduo.

O direito à saúde, portanto, é um direito fundamental, atrelado à vida e à dignidade humana, que essencialmente demanda para a sua plena eficácia a disponibilização dos meios e procedimentos por parte do Estado.

Nesse contexto, uma vez reconhecida a fundamentalidade do direito à saúde e a necessidade de ser conferida a máxima eficácia do direito, cumpre compreender, em outro aspecto, a forma pela qual as prestações positivas relativas ao serviço público de saúde são organizadas pelo Estado.

Assim sendo, interessa não apenas compreender a natureza jurídica e a concepção do direito à saúde, mas também os meios pelos quais o Estado utiliza para organizar e disponibilizar o serviço de atendimento à saúde ao seu destinatário.

Essa estrutura estatal que compreende, ao mesmo tempo, a disciplina normativa acerca do fornecimento de serviços públicos de saúde e a composição institucional das políticas públicas na área de saúde perpassa necessariamente pela formação de um sistema público de saúde.

Entretanto, no contexto do Estado brasileiro, os serviços públicos de saúde, coordenados em torno de um sistema único descentralizado, como atualmente conhecido pelo SUS, somente foi definitivamente concebido por ocasião da Constituição Federal de 1988, quando então se redefiniu a formulação de uma política e organizacional para a ordenação dos serviços de atendimento à saúde.⁸⁷

Isso também porque a atual sistematização normativa dos serviços públicos de saúde, inclusive no que diz respeito aos princípios constitucionais que regem o atual sistema, teve como causa para a sua criação, a evolução do contexto político e histórico do Estado brasileiro.

Na realidade, apenas com vistas às condições materiais a que era exposta à população brasileira, na forma de atendimento do direito à saúde provido pelo Estado em épocas

⁸⁷ MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito à saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133.

anteriores, é que se pode compreender a conquista que representa a instituição de um sistema público de saúde descentralizado e universal, assim definido nos termos da atual Constituição Federal.

Por esse motivo, é válido colocar-se em análise os antecedentes históricos de formação do SUS, na medida que se verificam como fundamentos para a sua atual disciplina normativa no texto constitucional, em composição conjugada com a fundamentalidade do direito à saúde no direito brasileiro.

Nessa acepção, acerca dos antecedentes do SUS, é válido ressaltar que, em um primeiro momento, até o período do colonialismo português, durante o Século XVI, havia uma organização sanitária incipiente, com o objeto de controle de doenças epidêmicas, não havendo a criação de um sistema de saúde estruturado, situação na qual se propiciava a medicina popular e de conhecimento não científico.⁸⁸

No entanto, após o período do Brasil imperial, especificamente, durante os anos de 1822 à 1889, verifica-se o surgimento de uma política capitalista, com o início da industrialização, sendo que, muito embora não houvesse a sistematização dos serviços públicos de saúde para o atendimento da população, já havia uma preocupação acerca da política sanitária e de controle de endemias.

Portanto, a partir dessa época houve a criação das primeiras instituições de controle e vigilância sanitária, e conseqüentemente a centralização dos serviços de saúde os municípios, principalmente, pela delegação de atribuições de atendimento às juntas municipais e o controle de navios e saúde dos portos.

Por outro lado, a organização sanitária do país ainda era revestida de precariedade e despida de uma gestão descentralizada, com preocupação no atendimento assistencial.⁸⁹

Entretanto, nesse contexto, já se verifica uma característica da organização da rede pública de saúde que atualmente se denota, referente a uma municipalização do atendimento básico. E vale anotar, portanto, que até o fim do Brasil imperial não havia a gestão dos serviços públicos de saúde pelo Estado, uma vez que a atuação do Poder Público restringia-se, em essência, no controle de doenças pestilenciais, tendo em vista ao mesmo tempo as péssimas condições de sanitário.

⁸⁸ PAIM, Jairmilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; e MACINKO, James. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. IN: The Lancet. (Série Brasil) [Internet]. maio, 2011. Disponível em: <http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/31/file/O%20SISTEMA%20DE%20SAUDE%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 17.05.2018.

⁸⁹ MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito à saúde**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

Logo, nessa conjuntura, o direito à saúde, considerado como meio de qualidade de vida era totalmente inoperante, haja vista que o próprio atendimento curativo do aspecto doença do indivíduo não se encontrava organizado em um sistema público de saúde voltado para a promoção de políticas públicas na área de saúde.

Ademais, somente a partir do período republicano de 1889 até 1930, com um estado de política liberal-oligárquico e de economia agroexportadora, é que emergiram as primeiras questões sociais na gestão da saúde pública.

Dessa forma, entre o século XIX ao século XX, é quando, embora não organizado o serviço público de saúde em um sistema, já se inicia uma separação entre as ações de saúde pública do Estado e propriamente a assistência médico-hospitalar do caso individual, nesse sentido a saúde passa a despontar como uma questão social, não se restringindo ao aspecto doença do indivíduo, exigindo portanto uma resposta do poder público.⁹⁰

Essa separação entre as ações de sanitarismo e a assistência médica à população é essencial para a compreensão do atual sistema público de saúde, isso porque, em que pese no aspecto individual o direito à saúde revela a necessidade de tratamento e atendimento médico ambulatorial, o problema de saúde abarca também questão social de cunho coletivo.

Nesse sentido, a preocupação na gestão da saúde pública durante a república velha revelava-se essencialmente sobre o controle de doenças de massa que acometia o centros urbanos, segue a exemplo dessa sistemática a reação popular à lei de vacinação obrigatória criada por Oswaldo Cruz, com o fim precípua de erradicação das doenças de poliomielite e varíola, movimento social que ficou conhecido na história brasileira como a revolta da vacina.

Mas além do início das primeiras campanhas de imunização, destaca-se nesse contexto histórico tanto a criação das primeiras instituições públicas de saúde de relevância, especialmente, o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) em 1920 por Carlos Chagas, responsável por medidas de profilaxia, saneamento e controle de endemias, como também o surgimento das denominadas Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs) pela Lei Elói Chaves de 1923.⁹¹

As CAPS, na condição de instituições privadas, criadas por grupos específicos de funcionários públicos ou privados, eram organizadas com base em uma forma de um seguro previdenciário, de forma que recebiam as contribuições dos empregados e empregadores para

⁹⁰ PAIM, Jairmilson Silva. **O que é o SUS.** (Coleção Temas em Saúde) (e-book). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. p. 20. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/livro/o-que-e-o-sus-e-book-interativo>. Acesso em: 18.05.2018.

⁹¹ MENDES, Karyna Rocha. Op. Cit. p. 127.

a formação de um fundo, destinado à concessão de benefícios de aposentadorias, pensões, como também a prestação de serviços de assistência médica aos segurados.

Essa é a primeira formação histórica que compõe de forma mais apurada de prestação do serviço de saúde em conjunto com a atividade da previdência social, o que demonstra a tendência do Estado brasileiro de organizar o sistema público de saúde em conjunto com outras áreas da seguridade social, especialmente no que diz respeito à forma de financiamento das atividades dessas áreas.

Nesse contexto, a gestão associada do serviço de saúde com a administração de regimes previdenciários perpetua-se com o início do período do Estado Novo, sob o governo de Getúlio Vargas, a partir de uma plataforma política populista e de reforma de direitos sociais, como por exemplo o direito dos trabalhadores, em vista da promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Nessa época, também ocorrem mudanças significativas na gestão do sistema de saúde público brasileiro, em especial, pela substituição das CAPs pelos denominados Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), na medida que os trabalhadores então não eram mais organizados por cada empresa conveniada a um sistema previdenciário, mas sim por categorias profissionais específicas. Logo, há uma evolução porque o atendimento não passa a ser distinto por cada organização empresarial, mas disciplinado pela categoria profissional do segurado.

Além do mais, na era Vargas, a institucionalização das políticas públicas são então organizadas pelo Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp), o qual se destinou à prestação e serviços à parcela da população que não se encontrava abrangida pelo sistema previdenciário, despontando assim uma primeira separação entre a administração dos serviços públicos de saúde com a estruturação do sistema previdenciário.⁹²

Com o regime ditatorial instaurado pelo golpe militar de 1964, no entanto, houve a centralização dos diferentes institutos previdenciários, anteriormente divididos por categorias profissionais, com a formação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o que promoveu a cobertura centralizada dos serviços de assistência médica no regime previdenciário.

Logo, ainda assim havia um esforço político para que o atendimento de saúde fosse realizado no âmbito do seguro previdenciário, sem que houvesse uma atenção voltada para a implementação de políticas públicas de saúde a toda a população.

⁹² BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **Sistema Único de Saúde (Coleção para entender a gestão do SUS)**. Brasília: CONASS, 2011. p. 14-15. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao_sus_v.1.pdf. Acesso em: 18.05.2018.

Também por esse motivo, nesse contexto do regime militar, releva-se o início de incentivo para o desenvolvimento do mercado privado de saúde, na medida que se possibilita a celebração de convênios com as empresas de assistência médica privada no âmbito do INPS.

Na verdade, é possível considerar que esse é o berço dos planos de saúde, porque se desenvolveu nas empresas a prática de prestar serviços de assistência médica aos empregados, o que gerou no mercado outra modalidade institucional de empresa que se destinavam a gerir esses serviços médicos oferecidos pelos empregadores privados.⁹³

É importante pontuar que esse é o contexto de início das atividades das operadoras de planos de saúde, inicialmente atrelada a uma sistemática de complementar o atendimento da saúde pública, mas que posteriormente também acaba por despontar a independência da rede pública com a sua demanda provida pela própria iniciativa privada, especialmente, pelo avanço da contratação no âmbito empresarial, por meio dos convênios firmados com o seguro previdenciário do empregado.

Essa atuação da assistência médica privada no contexto dos beneficiários dos regimes previdenciários fica ainda mais evidenciada com a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) em 1974, cuja finalidade precípua era o atendimento ambulatorial e hospitalar dos segurados do INPS, implementada também por meio da contratação e compra dos serviços privados de assistência à saúde.⁹⁴

Assim, o sistema público de saúde desenvolvido até então durante o período da ditadura militar não reservava uma preocupação com o atendimento universalizado, ainda que naquela época o serviço de atendimento à saúde já fosse reconhecido, ao menos no plano teórico, como básico e essencial à população.

É importante pontuar que, durante o regime militar, a política de governo era essencialmente pautada pelo progressismo econômico, sem o desenvolvimento de um sistema voltado para assistência pública à saúde, o que se constata com o emprego dos recursos do Estado na atuação do INAMPS, cujo atendimento voltava-se unicamente aos trabalhadores formais da iniciativa privada, ao invés da gestão dos serviços públicos de saúde.

Portanto, era característico do sistema nacional de saúde implantado no período da ditadura militar a prevalência do atendimento médico pelo regime previdenciário, com o

⁹³ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **História da reforma sanitária brasileira e do Sistema Único de Saúde: mudanças, continuidades e a agenda atual.** História, Ciência, Saúde - Manguinhos. Vol. 21. n. 1. Rio de Janeiro, jan/mar, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702014000100077&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 18.05.2018.

⁹⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro.** Brasília: CONASS, 2002. p. 11. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf. Acesso em: 19.05.2018.

predomínio financeiro e burocrático, no sentido de uma crescente mercantilização dos serviços de saúde por instituições privadas com o emprego de recursos públicos.

Por outro lado, a saúde pública de atendimento à população, muito embora existente, era relegada a um segundo plano, restringindo-se em sua essência à campanhas de baixa eficácia, ou ainda a um sistema de filantropia ou aos poucos hospitais mantidos pelos municípios e Estados, sem, ressalte-se, a possibilidade de participação social na organização da saúde pública, haja vista a repressão política do regime de governo.⁹⁵

Logo, duas características são marcantes da rede pública de saúde desenvolvida até a ditadura militar e que se envolvem com a atual concepção do sistema público de saúde, primeiramente, a marginalização do atendimento à parcela da população mais carente e desprovida de recursos, contexto que demonstra uma ausência de justiça social a ser promovida por políticas públicas de Estado, como também a impossibilidade de participação democrática da população no âmbito de um governo ditatorial e autoritário.

Inclusive, é interessante notar que tais características ressaltadas, que eram até então negligenciadas no plano normativo jurídico, passam a ser expressamente asseguradas pela Constituição Federal de 1988, com a formação das regras que atualmente regem o SUS.

Além do mais, essa forma de gestão do serviço público de saúde baseado no sistema previdenciário daquela época, entra em crise em juntamente com o modelo econômico implantado pela ditadura militar, especialmente, em razão da diminuição do crescimento econômico, bem como da capacidade financiamento pela iniciativa privada do serviço de atendimento médico, o que levou inclusive a criação das denominadas Ações Integradas de Saúde⁹⁶, com a crescente participação da rede pública de saúde municipal e estadual, para a manutenção do sistema, o que deu início a uma incipiente descentralização coordenada nas ações de saúde pública.

Diante disso, tanto com o desgaste do modelo econômico imposto pela ditadura militar, assim como, em razão da insatisfação política, surge uma rearticulação de movimentos sociais destinados a propor mudanças no exercício de direitos civis e sociais percebidos como dimensões imanentes da democracia.⁹⁷

Esse contexto histórico foi pertinente para a propagação do denominado o movimento sanitário, ou também conhecida Reforma Sanitária, como um conjunto de propostas para

⁹⁵ LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Sílvia; ELDER, Flavio Coelho. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 60-61.

⁹⁶ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estud. av. vol.27 no.78 São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em: 19.05.2018.

⁹⁷ LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Sílvia; ELDER. Op. Cit. p. 62.

mudanças na gestão do sistema de saúde pública, incluindo os princípios da universalidade e integralidade do atendimento, o que também ficou evidenciado por ocasião da 8ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em março de 1986, movimento que levou, antes mesmo da nova constituição, a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, na medida que se tornou a primeira iniciativa de gestão descentralizada do sistema de saúde, pela implementação de recursos no atendimento à saúde providenciada pelos governos estaduais.

Logo, tanto a partir de um descontentamento com o regime político estabelecido no governo, no qual não havia espaço para o exercício da democracia, nem mesmo por eleição dos representantes do povo, bem como em vista da insatisfação com resultado econômico verificado no país ao longo da política desenvolvimentista que resultou na inflação em larga escala, dois outros vetores incipientes se demonstraram presentes naquela conjuntura que deram causa ao atual sistema de saúde público brasileiro, em especial, a necessidade de reformulação do financiamento do sistema, haja vista a dificuldade econômica para a manutenção da assistência médica por meio do subsistema previdenciário, como também a modificação para um sistema de acesso à toda a população, e não a gestão da assistência à saúde de forma específica às categorias do mercado de trabalho.

Portanto, com base nessa perspectiva, é que se constata a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, constituída como um verdadeiro divisor de águas no movimento social da reforma sanitária da década de 1980, por ser o primeiro movimento social e teórico a propor a mudanças na gestão dos serviços públicos de saúde, com diretrizes voltadas para a universalização da saúde e de controle social, delineados hoje como princípios norteadores da atuação do SUS.⁹⁸

Nesse sentido, é importante ressaltar que a criação de um Sistema Único de Saúde com as características que lhe são reconhecidas atualmente não derivou tão somente das ideias expressadas no âmbito estrito da Assembleia Constituinte de 1988, pois além disso tiveram como viés histórico a influência já exercida pelos movimentos sociais contrapostos ao regime da ditadura militar, os quais, antes mesmo do final desse ciclo de governo, com a nova ordem constitucional, já propunham uma positivação do direito à saúde organizado em um aspecto institucional capaz de garantir a universalidade do atendimento à população.

Nessa toada, em análise dos antecedentes históricos do SUS até a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que, muito embora o direito à saúde já fosse reconhecido pelo direito brasileiro, como uma prerrogativa conferida ao indivíduo, por outro

⁹⁸ OLIVEIRA, André Luiz de. **História da saúde no Brasil: dos primórdios ao surgimento do SUS**. Encontros Teológicos nº 61 Ano 27 / número 1 / 2012, p. 31-42.

lado, o sistema de gestão dos serviços de atendimento à saúde não correspondiam a um direito social assegurado de forma eficaz, quanto dever do Estado a ser instituído mediante políticas públicas, o que tornava o direito à saúde incapaz de produzir efeitos próprios de garantir o mínimo da dignidade humana.

Isso também evidencia, em essência, que a preocupação do Estado brasileiro na intervenção e organização do sistema público de saúde tanto é tardia, como também apenas se completa de forma compatível com um direito fundamental social apenas a partir da nova ordem constitucional de 1988, já com característica democrático-social marcante.

Ademais, anteriormente a esse período da nova carta magna, as disposições constitucionais também não tinham como objeto precípua a previsão do direito saúde, estruturado em torno de um sistema público, pois a normatividade jurídica considerava a proteção do direito à saúde como uma verdadeira garantia de “socorros públicos”, com proteção indireta pelas normas de competências dos entes federados.⁹⁹

Essa constatação de que a criação do sistema público de saúde descentralizado, universal e integral, com o objetivo de assegurar a prestação dos serviços de saúde a toda população, mediante a implementação de políticas públicas, somente se verifica então a partir da Constituição Federal de 1988, porque esta se trata da primeira carta constitucional fundada na necessidade da redemocratização política do país, elegendo como fator fundamental da atuação dos poderes públicos a intervenção e participação popular, contexto que foi propício para atender as ideias propostas pelo Movimento de Reforma Sanitária, especialmente expostas no âmbito da 8ª Conferência Nacional de Saúde

Ademais, a Constituição Federal de 1988 torna-se marco regulatório do acesso à saúde, não apenas pela criação de um sistema público de saúde, com organização voltada para a gestão dos serviços públicos de saúde, mas também pela própria atribuição de contornos essenciais ao direito fundamental à saúde, cujo objeto prevê a garantia de um direito fundamental social sindicável em face do Estado, a ser assegurado mediante a instituição de políticas públicas de saúde.

É válido pontuar também que o sistema de saúde nesse contexto passa da regulamentação infraconstitucional, como até então chegou a ser disciplinado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), pela Lei n. 6.229/75, para sistematização a nível

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 67/2008, Jul - Set / 2008. p. 125 - 126.

constitucional com a criação do novo SUS, juntamente com as definições dos princípios do sistema e a repartição das competências dos Entes federativos.

Assim, a forma de organização e estruturação do atual sistema público de saúde revelado no seio da Constituição Federal, com princípios e diretrizes próprios a serem observados pelo Estado brasileiro passa a ser objeto de compreensão, tendo em vista portanto que a sua criação, nos atuais termos, deriva de um conjunto de características do contexto histórico da atuação do Estado brasileiro na área da saúde, sendo que o entendimento do atual sistema faz-se imprescindível para a concepção dos meios de acesso à saúde.

2.2 - DO FUNCIONAMENTO DO ATUAL SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Portanto, o surgimento do SUS a nível constitucional é consequência de um processo histórico de falhas e também aperfeiçoamentos de sistemas anteriores da rede pública de saúde, a exemplo das reivindicações da reforma sanitária que propunham novos princípios de atuação do Estado no serviços público de saúde, incorporados pela Constituição Federal de 1988, a qual passa a prever tanto o direito fundamental à saúde, como também as diretrizes e princípios do sistema público de saúde, além da modificação da forma de financiamento de suas ações.

Ademais, tendo em consideração a evolução de uma série de eventos que levaram a formação do SUS, é importante considerar que a adoção de uma sistematização normativa da rede pública de saúde pela Constituição Federal de 1988 também provoca invariavelmente uma releitura normativa do conceito de saúde a ser incorporado nos serviços públicos prestados pelo Estado brasileiro.

Assim, enquanto anteriormente a percepção de saúde era atrelada apenas ao aspecto curativo do mal doença, a saúde no plano constitucional passa a abranger a promoção da qualidade de vida, conquanto o objeto de proteção compõe-se também de outros aspectos da vida em sociedade, como por exemplo a proteção ao meio ambiente, controle da produção e comercialização de medicamentos, bem como a divulgação informativa para a educação e a participação democrática da população na gestão dos serviços de saúde, uma vez que essas ações passam a compreender a noção do sistema público de saúde.

Nessa perspectiva, com a previsão constitucional de uma instituição dedicada a organização e disciplina dos serviços públicos de saúde no Estado brasileiro, juntamente com a mudança no conceito de saúde pública reconhecendo não apenas agravo doença, mas também

a saúde numa perspectiva de promover qualidade de vida,¹⁰⁰ o SUS vem a ser alçado a uma instituição voltada tanto para as atribuições regulares de atendimento e tratamento médico assistencial, como também para ações de saúde mais amplas, as quais compreendem a regulação, fiscalização e controle em áreas relativas à promoção propriamente da saúde, como por exemplo, o saneamento básico, alimentação, trabalho, pesquisa e desenvolvimento científico, além da educação e orientação social da população.

Isso também demonstra que se trata portanto de uma instituição distinta daquelas anteriores no contexto histórico brasileiro, uma vez que aquelas se dedicavam em princípio às atividades precípuas do atendimento médico ambulatorial à saúde, porquanto essa amplificação de atribuições a ao sistema da rede pública de saúde decorrente da Constituição Federal visa ao mesmo tempo instrumentalizar um novo significado do direito fundamental à saúde, o qual passa a ser compreendido pelo dever do Estado de prover de políticas públicas voltadas para promoção da saúde e também promoção da qualidade de vida.

Logo, a compreensão do Sistema Único de Saúde vai além da organização institucional dos meios para o acesso ao atendimento à saúde, porquanto ele abrange também a instrumentalização do direito à saúde, definido propriamente nos termos do art. 196 da Constituição Federal, ao pressupor o dever do Estado assegurar, mediante políticas sociais e econômicas, ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

No mesmo sentido, o SUS não se trata de uma entidade estatal específica dedicada ao fornecimento dos serviços de saúde, ele se refere em verdade a agrupamento de processos e órgãos de políticas públicas de saúde, tanto é assim que a Constituição Federal não dispõe acerca do conceito ou significado do SUS, apenas traz a definição de quais são as suas atribuições, muito embora, posteriormente, a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, vem a tratar no seu art. 4º que o SUS constitui o conjunto de ações e serviços de saúde prestados pelo Estado e pela iniciativa particular em caráter complementar.

De todo modo, é possível compreender o SUS de forma analítica naquilo que pressupõe para a instrumentalização do direito à saúde, sendo válido considerá-lo, primeiramente, como um sistema, na medida que abrange um conjunto ações e instituições, ordenadas e articuladas, para uma finalidade específica de prestação de serviços de atendimento à saúde; também sendo único porque completa em um único meio do indivíduo para obtenção do acesso à saúde pelo Estado, inclusive em contrariedade com a anterior segregação dos regimes previdenciários, com uma única direção em cada esfera de governo; e, por fim, considera evidentemente a saúde no

¹⁰⁰ SANTOS, Lenir. **Saúde e meio ambiente. Competências. Intersetorialidade.** Revista de Direito do Trabalho, vol. 120, Out – Dez, 2005. p. 136 – 138.

conceito amplo do termo, significando todas as condições dignas de realização do indivíduo na sociedade, como uma vida saudável, trabalho e própria participação social em políticas públicas de saúde.¹⁰¹

Da mesma forma, dentre as características que compõem a essência do SUS, pode-se afirmar que se trata de um conjunto de ações dos serviços de saúde, organizadas em sistema de unicidade porque também necessariamente pressupõe a exclusividade dos mecanismos para a prestação do atendimento à saúde pelo Estado, não sendo possível qualquer organização pelas entidades dos poderes públicos de organismo paralelos ou não integrantes do sistema do SUS, do mesmo modo que tanto o destinatários dos serviços, como o Estado devem dar estrita observância aos regramentos, diretrizes e princípio do SUS na gestão dos serviços de saúde.¹⁰²

Por esse motivo, a previsão constitucional expressa acerca do SUS, nela estabelecendo os princípios e diretrizes vetores da prestação dos serviços de saúde pelo Estado, e abrangendo ao mesmo tempo as atribuições exemplificativas do SUS na organização e disciplina regulamentar na gestão da saúde, tem por consequência em essência assegurar a observância obrigatória dos meios e procedimentos pelos poderes públicos, visando a plena eficácia da saúde pelo conjunto de ações do SUS.

Além disso, o fator de haver a normatização constitucional da disciplina do sistema público de saúde desponta igualmente que as regras e princípios institutivos do SUS são formalmente relevantes e fazem parte dos valores constitucionais que informam todo o direito infraconstitucional relativo à saúde.

Ademais, essa necessidade de ser provisionado a estruturação do sistema público de saúde e suas atribuições no texto constitucional também ocorre, uma vez que se trata de um instituto jurídico essencial para o exercício efetivo do direito à saúde.

Logo, justifica-se a sua proteção no seio constitucional também porque, além de se demonstrar o aspecto essencial da instrumentalização do direito à saúde no Estado brasileiro, tratando-se de uma decisão política fundamental do constituinte originário, visa portanto proteger a garantia de existência de um sistema público de saúde operante com a fundamentalidade do direito constitucional à saúde, em face de eventuais modificações do legislador ordinário possa vir a perpetrar, retirando o núcleo essencial de proteção das garantias institucionais do SUS, as quais foram conquistadas a partir de uma série de reivindicações da sociedade em um contexto de ineficiência da gestão da saúde pública.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Solange de. **O Direito à Saúde na Constituição da República de 1988 e o Sistema Único de Saúde**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 93/2015, Out – Dez, 2015. p. 119 - 134 .

¹⁰² DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus Limites Constitucionais**. São Paulo: Verbatim. 2012. p. 71.

Isso permite também afirmar que o aspecto de normatização e regulação do SUS no plano infraconstitucional é mais estrito com o texto constitucional de 1988, haja vista que tais disposições normativas deverão sob a pecha de inconstitucionalidade observar todo o regramento do SUS, como seus princípios, diretrizes e atribuições já projetadas pelo texto constitucional.

E nessa perspectiva, vale considerar portanto que, diante do realce constitucional conferido ao SUS, tratando-se de um mecanismo normativo essencial para a sociedade brasileiro, observando-se tanto a importância histórica de conquista social, como também em decorrência do caráter fundamental atribuído ao direito à saúde pela Constituição Federal, a instituição do Sistema Único de Saúde verifica-se, nos dizeres de Ingo Wolfgang; e Mariana Filchtiner Figueiredo, como uma autêntica garantia institucional fundamental.¹⁰³

Logo, não apenas o direito objetivo à saúde revela proteção constitucional contra eventuais retrocessos dos poderes públicos e dos particulares, mas também o próprio SUS enquanto instituição positivada a nível constitucional, a partir de uma conquista histórica brasileira, sujeita-se a um regime de proteção estabelecido para normas de direitos fundamentais, sendo também assim um dos limites materiais para a reforma constitucional, que visem estabelecer medidas de retrocesso ao direito fundamental à saúde.

Por esses motivos, a constitucionalização do sistema de saúde evidencia ao mesmo tempo que o direito à saúde deve ser exercido, em conformidade com os princípios e diretrizes que regulamentam o SUS no texto constitucional, dentre os quais é imprescindível destacar a universalidade do atendimento, unidade, integralidade, descentralização, a regionalização, a hierarquização, a integralidade e a participação da comunidade.

Princípios e diretrizes que revelados a partir da Constituição Federal definem a forma de funcionamento do SUS e sua consequente atribuição na organização dos serviços de atendimento à saúde, sendo que, dentre dessas normas estruturantes do SUS, considera-se em relevo, primeiramente, o princípio constitucional da universalidade do atendimento alçado nos termos do art. 196 da Constituição Federal, subdividido no acesso universal e no acesso igualitário.

O acesso universal é um princípio constitucional do sistema de saúde brasileiro que adveio com a Constituição Federal 1988, em verdadeiro rompimento com tradição de atrelar os serviços da saúde ao regime previdenciário, conferindo acesso unicamente aos trabalhadores formais da iniciativa privada às ações de saúde.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. Cit. p. 130.

Assim, o acesso universal pressupõe o atendimento de todo indivíduo, sem qualquer condição e independentemente de situação pessoal, econômica, física ou jurídica, em conformidade com os princípios defendidos pela reforma sanitária.

É um postulado portanto que reorganiza a forma de prestar os serviços à saúde de forma indiscriminada do seu usuário, conquanto poderão ser beneficiários das ações de saúde providas pelo SUS qualquer pessoa de etnia, nacionalidade ou riqueza.

Ademais, a universalidade é um princípio que também confere fundamento para os demais princípios e diretrizes do SUS que visam a garantia da saúde de forma integral, equânime e descentralizada.¹⁰⁴

Dessa forma, o princípio do acesso universal à saúde considera que o sistema público de saúde deve fornecer o atendimento e serviço a qualquer indivíduo beneficiário, como também em qualquer forma de níveis de complexidade de assistência, independentemente da situação objetiva do mal doença, como também da situação específica subjetiva pela qual passa o destinatário.

O princípio da universalidade do acesso à saúde incorporado ao sistema público de saúde qualifica com uma nova dimensão do dever do Estado na garantia de políticas públicas de saúde porque também propõe que, para a necessidade de ações de saúde em favor do indivíduo, basta necessariamente ele ter a condição de pessoa, pois assim já é o titular de direito fundamental.¹⁰⁵

Essa universalização dos meios de atendimento do SUS também decorre do conteúdo material do direito fundamental à saúde exigível em face do Estado, na medida que a sua proteção do direito não pode encontrar condições contrárias ao seu pleno exercício, sob pena do esvaziamento do sua eficácia e proteção constitucional.

Por esse motivo, qualquer seja o agravo saúde enfrentado pelo indivíduo a cobertura dos meios de tratamento e atendimento devem ser assegurados pelo sistema rede pública de saúde, ainda que se demonstrem raros, custosos ou específicos.

Logo, o princípio diretriz de universalidade da cobertura e atendimento do SUS promove uma garantia de organização institucional SUS dedicada necessariamente à proteção e promoção universal da saúde, em consonância com a fundamentalidade do direito material, como também passa a impor a atuação dos governos a disponibilização dos meios necessários ao acesso universal à saúde de toda a população.

¹⁰⁴ MATTA, G. C. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, G. C.; PONTES, A. L. de M. (Org.). **Políticas de Saúde: Organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Op. Cit., p. 228.

De outra parte, o princípio do acesso universal à saúde também é qualificado pela equidade do acesso, haja vista que a universalidade é definida nos termos da Constituição Federal de 1988 como acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Essa equidade do acesso universal à saúde aproxima-se do princípio da igualdade, ao estabelecer que terão acesso todos os indivíduos de forma equânime ao conjunto de ações e serviços de saúde. Por outro lado, a igualdade do acesso à saúde também deve ser sopesada numa perspectiva material da isonomia dos beneficiários dos serviços do SUS.

Nessa acepção, é possível considerar que a disponibilização dos serviços do SUS deve ser organizada de forma igual a todos os atendidos, mas também na medida de desigualdade que cada um apresenta,¹⁰⁶ respeitando-se uma isonomia formal e também condições materiais de que indivíduos em situação distintas tenham possibilidade de acesso aos mesmos serviços.

Essa forma de interpretação do princípio da igualdade decorre não apenas no âmbito da saúde, mas também do conjunto de direitos sociais que o Estado visa assegurar para a justiça social.

No aspecto da saúde, verifica-se nesse sentido ao considerar que as características da região, sexo, idade e situação econômica determinam ações de saúde preferenciais a determinada parte da população, especialmente no que diz respeito ao conjunto de políticas públicas, o que não implica concluir que há prejuízo para o acesso universal à saúde para outra classe de indivíduos não abrangida pelas ações do SUS.

Do mesmo modo, a garantia do acesso universal igualitário verifica-se justificável e preponderante em situações mais marcantes de desigualdade social no país, onde se observa a necessidade de o Estado prestar o atendimento à saúde da população em consideração com as reais possibilidades do indivíduo, como também da sociedade capaz de oferecer o serviço gratuito para a realização social do indivíduo.

Nessa perspectiva, o princípio do acesso universal igualitário também decorre em razão dos princípios da solidariedade e proporcionalidade que por outro viés também informam as ações de saúde, perquirindo-se a ponderação de interesses na prestação de políticas públicas com vistas à isonomia substancial entre os indivíduos.¹⁰⁷

Além do mais, a necessidade de qualificar o direito à saúde por instrumentos que permitam o acesso universal e igualitário também decorre da natureza de direito coletivo do

¹⁰⁶ TRAVASSOS, C. & CASTRO, M. S. M. **Determinantes e desigualdades sociais no acesso e utilização dos serviços de saúde.** In: GIOVANELLA, L.; ESCOREL, S.; LOBATO, L. V.; CARVALHO, A. I.; NORONHA, J. C. *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil.* Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2008.

¹⁰⁷ WEICHERT, M. A. **Saúde e federação na Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, esp. p. 158-162

direito à saúde, porquanto além da perspectiva individual tutelável em face do Estado, a saúde também compreendem questões que interessam a coletividade como um todo, a exemplo das questões vigilância sanitária e vacinação.

Logo, justifica-se a isonomia substancial como forma de qualificar o acesso universal à saúde, na medida que se observam condições díspares dos beneficiários de políticas públicas de saúde.

Em outro plano, a universalidade do atendimento à saúde, conquanto igualitário, também pode ser qualificada pelo princípio da integralidade do atendimento do SUS, na medida que este último visa assegurar o atendimento completo e mais amplo possível, de acordo com o conhecimento técnico científico, a todos os agravos de saúde apresentados indiferentemente da sua gravidade ou especificidade.

Dessa forma, enquanto o sistema de saúde brasileiro é regido em um plano pela regra de universalidade do acesso à saúde, compreendendo nesse aspecto a abrangência do atendimento a todo e qualquer indivíduo a ser destinatário das ações de saúde, por outro lado, esse acesso ao sistema desenvolve a necessidade de ações e serviços de saúde serem integrais e completos para o atendimento da demanda.

Assim, num plano horizontal as ações de saúde são acessíveis a todos estão abrangido, em um plano vertical a integralidade pressupõe todas as ações para o atendimento suficiente da saúde do indivíduo considerado.

Nessa medida, embora também consectário do direito fundamental à saúde, o princípio do atendimento integral do SUS distingue-se do acesso universal, porque este se refere ao titular do direito, enquanto aquele ao conjunto de políticas públicas, conquanto não se admitem no âmbito da saúde exclusões de atendimento em todos os setores, ainda que existentes dificuldade técnicas ou mesmo financeiras do Poder Público.¹⁰⁸

Evidentemente, a integralidade do atendimento pode encontrar determinados limites para a sua ocorrência, assim como os próprios limites técnicos da ciência da medicina. No entanto, essas limitações não podem servir de pretexto para a inércia do Estado, quando possíveis de serem implementadas as diferentes ações de saúde para atendimento, porquanto esse é propriamente o postulado que o princípio da integralidade visa assegurar.

Ao mesmo tempo, a integralidade do atendimento deve ser pensada não apenas numa perspectiva de total utilização dos meios de tratamento médico ambulatorial com as diferentes técnicas da ciência curativa, mas também pela possibilidade de ações de saúde pelo SUS que

¹⁰⁸ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 720.

envolvam atividades essencialmente preventivas, como também de fiscalização dos serviços e produtos de saúde, as quais se demonstram adequadas ao um conjunto de ações integrais para a saúde da sociedade.

Nessa perspectiva, insere-se também na integralidade do atendimento do SUS os princípios de prioridade nas atividades de medicina preventiva, com vistas à precaução de agravos saúde já conhecidos, donde se verifica principalmente as ações de vigilância política sanitária e epidemiológica.¹⁰⁹

Essa preocupação com a prioridades às atividades preventivas do SUS ocorre de forma justificada no texto constitucional, uma vez que as ações de saúde visam um conjunto de políticas públicas que promovam as condições de saúde, logo, não devem limitar-se às atividades curativas de atendimento.

Portanto, também se interpreta do princípio da integralidade a necessidade de planejamento de ações de saúde harmônicas e contínuas em todas as esferas da federação com vistas à promoção e proteção à saúde, razão pela qual a integralidade pressupõe a disponibilização do completo atendimento de políticas públicas, mas de maneira coordenada, planejada e articulada dos serviços exigíveis pela sociedade em cada nível de complexidade.¹¹⁰

Além disso, em razão da necessidade de planejamento dos serviços de saúde, verifica-se o princípio da hierarquização, como diretriz fundamental de funcionamento do sistema de saúde, isso porque, de acordo com o princípio da hierarquização, a execução dos serviços de saúde é formulada em níveis graduais de complexidade, despontando a distribuição dos serviços em atenção básica à saúde, principalmente, nos municípios com baixa complexidade, ao passo que as ações de média e alta complexidade passam a ser de atuação prioritária dos Estados e da União.

Nesse sentido, pela diretriz do princípio da hierarquização, os serviços são organizados e distribuídos a partir daqueles mais básicos prestados nos municípios, passando-se a níveis mais altos de complexidade e especificidade sendo atendidos por políticas próprias da União e do Estado.¹¹¹

¹⁰⁹ FRACOLLI, Lislaine Aparecida; ZOBOLI, Elma Lourdes Pavone; GRANJA, Gabriela Ferreira; ERMEL, Regina Célia Ermel. **Conceito e prática da integralidade na Atenção Básica: a percepção das enfermeiras.** Revista Esc Enferm USP, 2011. p. 1140. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v45n5/v45n5a15.pdf>. Acesso em: 15.05.2018.

¹¹⁰ PAULI, Liane Teresinha Schuh; ARTUS, Scheila Cristina; BALBINOT, Rachele A. A. **A perspectiva do processo saúde/doença na promoção de saúde da população.** Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 3, p. 32, nov. 2003. p. 32. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/81032/84680>. Acesso em: 06.07.2018.

¹¹¹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108

A disponibilização dos serviços de saúde em níveis regionalizados de complexidade, na forma do princípio da hierarquização, não significa por outro lado que a divisão de atribuições dos entes federados possa ser oposta às demandas de atendimento.

Nesse sentido, a organização dos serviços, muito embora possa significar uma disciplina na organização dos serviços no plano interno do Estado, ao mesmo tempo não pode ser oposta ao indivíduo destinatário dos serviços de saúde, por assim se demonstrar contrário ao princípio da integralidade das ações do SUS.

Outra diretriz que nessa sistemática informa os meios de disciplina dos serviços de saúde trata-se do princípio da unidade, assim enquanto a hierarquização pressupõe a organização das ações de saúde em níveis de complexidade entre os entes da federação, a unidade do SUS envolve uma unificação da direção das ações de saúde.

Na realidade, a unidade do SUS também parte da superação da ideia de realizar o atendimento de saúde, promovido pelo regime previdenciário, aos empregados com carteira assinada, vez que naquela situação verificavam-se diferentes convênios com a iniciativa privada para suprir a demanda por serviços de saúde.

Logo, na atual sistemática, pelo princípio da unidade, o SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, em outras palavras, o SUS importa em um sistema de ações de saúde do Estado que se sujeita a uma direção única e a apenas um planejamento de governo, inclusive sobre a oferta e regulamentação dos serviços complementares de saúde, providos pelas seguradoras de saúde.

Nessa toada, um sistema único de saúde compreende a partilha de atribuições de serviços de saúde regionalizada e descentralizada, com observância das prioridades regionais e locais,¹¹² mas também com uma única política e diretriz de comando, compartilhada por todos os diferentes níveis da federação.

Essa unificação implica portanto na possibilidade de afirmar que os princípios e diretrizes do SUS instituídos na Constituição devem ser unívocos pelas esferas de governo, interagindo para uma finalidade comum.¹¹³

Além disso, a análise acerca dos princípios da hierarquização, juntamente com a unidade da direção do SUS também pode ser cotejada com o princípio diretriz da descentralização dos

¹¹² RAEFFRAY, A. P. O. de. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 285

¹¹³ CARVALHO, M. S. de. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 26, jul. 2003; e Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS. Brasília: Conass, 2003, p. 26. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81181>. Acesso em: 05.07.2018.

serviços, posto que, a descentralização consagra especialmente uma tradição brasileira na organização dos serviços referente à municipalização dos serviços de saúde, assim, na medida que os municípios encontram-se mais próximos da população mais carente dos serviços de saúde concentram grande parte das atribuições do atendimento mais básico de saúde.

A descentralização, no entanto, deve ser interpretada com equilíbrio das competências materiais em matéria de saúde entre todos os entes da federação, de forma que, tanto o princípio diretriz da hierarquização como da descentralização demandam a necessidade de que os serviços sejam prestados em conjunto por todo um sistema harmônico de atribuições que se completam.

Portanto, existe a necessidade que a organização das ações de saúde não sejam concentradas em uma única esfera da federação responsável, sobrecarregando-a, isto também porque é possível extrair da disciplina normativa constitucional do SUS o dever solidário existente entre todas entidades do Estado de assegurar a fruição do direito à saúde, mediante a instituição de políticas públicas.

Dessa forma, ainda que os princípios da descentralização e hierarquização do SUS permitam a divisão de atribuições administrativas entre as três esferas da federação, organizadas de forma escalonada aos níveis de complexidade das ações de saúde, tal forma de organização, estabelecida de forma regulamentar pela legislação infraconstitucional, não pode ser oponível ao indivíduo destinatário dos serviços, tornando-se indiferente qual entidade do Estado foi reclamada a prestar os serviços de atendimento à saúde.

Assim também, a persistência do Estado na omissão do seu dever de assegurar as políticas públicas adequadas para o direito à saúde também pode ser objeto do controle social implementado diretamente pela população que demanda os serviços de atendimento.

Essa possibilidade de o indivíduo participar de forma ativa nos planejamento e organização das ações de saúde pelo Poder Público passa a ser um dos princípios assegurados ao sistema de saúde com a Constituição Federal de 1988, em contraposição ao regime político autoritário existente durante a ditadura militar, contexto no qual não havia espaço para a democracia participativa social nas ações dos poderes públicos.

Logo, pelo texto constitucional, é um princípio diretriz assegurado aos serviços de saúde prestados pelo SUS a participação da comunidade, inclusive, aquela que se verifica por meio da atuação direta da comunidade destinatária dos serviços, ou também indiretamente pelos seus representantes.

É válido registrar que, muito embora a participação social na atuação dos Poderes Públicos seja a regra em Estados democráticos, poucos são os serviços públicos organizados

expressamente a nível constitucional com a diretriz da participação da comunidade, isso ocorre nas ações de saúde, especialmente, porque é uma decorrência evolutiva do contexto histórico que emergiu o SUS, o qual se firmou no texto constitucional sobre o primado da participação social.

Trata-se portanto de uma evolução do direito pátrio ao reconhecer de forma específica a cidadania na organização dos serviços públicos de saúde, na medida que possibilita em conflito com as próprias instituições do Estado lutar por garantias e mecanismos de progresso no âmbito dos serviços do SUS.¹¹⁴

Por esse motivo, a participação da comunidade verifica-se na prática por meio da atuação propositiva de políticas prioritárias de saúde tanto no âmbito dos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, como também nas Conferências de Saúde onde são discutidas as dificuldades na implementação das ações de saúde, além da possibilidade de o cidadão valer-se desses instrumentos de participação para o controle social dos atos do Poder Público no âmbito da saúde, haja vista que a possibilidade de o cidadão propor e fiscalizar o Estado é imprescindível para os exercícios do seu direito e da própria democracia.¹¹⁵

Essa possibilidade de participação popular no âmbito das políticas públicas de saúde organizadas pelo SUS é derivada de uma característica marcante da Constituição Federal de 1988, no sentido de tornar a democracia um valor essencial para a consecução das finalidades do Estado, ao mesmo tempo que transporta ao atual sistema público de saúde brasileiro uma forma de organização pautada pelo predomínio do interesse popular, e não necessariamente do exclusivo interesse de gestão ou de política de governo.

Do mesmo modo, a própria criação do SUS nesse sentido a nível constitucional desponta, não necessariamente como direito fundamental, mas em tese como uma garantia institucional fundamental do constituinte, estabelecendo princípios e diretrizes vinculantes para a atuação do Estado no âmbito das políticas públicas de saúde, integrando portanto o conteúdo material do direito fundamental à saúde e os seus meios de eficácia no direito, porquanto instrumentaliza os procedimentos e mecanismo que as ações de saúde deverão ser prestadas obrigatoriamente pelo Estado.

Além do mais, o conteúdo dos princípios e diretrizes estabelecidos no texto constitucional para a previsão normativa do SUS propriamente informam e qualificam o conteúdo material do direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Carta Magna, quando

¹¹⁴ BORJA, Jordi. **O papel do cidadão na reforma do Estado**. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo/Brasília: Unesp/Enap, 1999. p. 365.

¹¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004. p. 25.

este é disposto como direitos de todos e dever do Estado, a ser assegurado mediante políticas públicas econômicas e sociais.

Isso porque, na medida que a disciplina normativa do SUS é fundamentada em princípios como a universalidade e integralidade dos serviços saúde, devendo assim ser disponibilizadas ao indivíduo todos os meios e procedimentos possíveis para o tratamento do agravo saúde, independentemente ainda da sua situação particular, o direito fundamental à saúde, por sua vez, embolsa contornos precisos de eficácia material em face da necessária implementação pelo Poder Público.

Logo, a compreensão do sistema público de saúde é imprescindível para o conteúdo substancial do direito fundamental à saúde, conquanto esse demanda a disponibilização de políticas públicas organizadas em função do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual também se fundamenta os princípios e diretrizes do SUS, como uma garantia institucional da Constituição Federal, o qual por outro lado também demanda um conjunto de meios de financiamento das suas ações para a prestação das políticas públicas de saúde.

2.3 - DO FINANCIAMENTO DAS AÇÕES DO SUS

Assim, no contexto de um Estado Providência, no qual são assegurados os direitos sociais, com a implementação de prestações positivas em favor do indivíduo, novas políticas públicas passam a ser asseguradas pelos Poderes Públicos, a fim de que seja assegurado o efetivo exercício dos direitos fundamentais, tal como se verifica nessa sistemática com o direito à saúde à nível constitucional.

Portanto, os meios e procedimentos assegurados para o exercício do direito à saúde no Estado brasileiro são previstos, no âmbito normativo, tanto pelo valor axiológico do direito consectário da dignidade humana, como também pela própria garantia institucional que se tornou o Sistema Único de Saúde com o advento da nova ordem constitucional, ao disciplinar de forma expressa as diretrizes normativas vinculantes para a prestação dos serviços de saúde em todas as esferas da federação.

Nesse âmbito, no entanto, vale considerar que para a garantia do efetivo exercício do direito à saúde assegurado pela constituição, bem como para a implementação das ações de saúde impostas ao SUS, mediante políticas públicas econômicas e sociais, torna-se necessária ao mesmo tempo a instituição de um sistema de financiamento capaz de custear essa atuação social do Estado.

Logo, a satisfação das demandas por políticas públicas de saúde, na qual se insere o atendimento e o tratamento básico, bem como a melhoria da qualidade de vida em outros aspectos do indivíduo, demanda necessariamente a compreensão dos meios pelos quais a sociedade e o Estado financiam as ações de saúde e controlam o emprego dos recursos para a eficácia do direito à saúde.

Isso também porque os recursos orçamentários derivados das receitas do Estado são limitados e com destinações específicas, de forma que a sua respectiva insuficiência ou o ainda mal emprego dos recursos públicos, por outro lado, leva a efeito a omissão na garantia do efetivo acesso aos serviços e ações de saúde pelo indivíduo, causando prejuízo à necessária efetividade do direito fundamental à saúde.

Nessa perspectiva, no que se refere ao financiamento público no âmbito da saúde, é preciso considerar que o SUS, muito embora seja a instituição própria dedicada à prestação dos serviços de atendimento à saúde da população, assegurado em nível constitucional com suas diretrizes e princípios que lhe são inerentes, por outro lado também compreende parte do sistema instituído pela seguridade social que adveio da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, em que pese a disciplina do SUS seja estabelecida de forma específica em relação às necessidades e demandas pelo serviço de saúde do Estado, inclusive com a organização administrativa própria do Ministério da Saúde e assim em cada nível da federação, o serviços de saúde compõe também, um conjunto de políticas públicas assegurado ao indivíduo em torno da seguridade social, especialmente porque os meios de financiamento dessas áreas são disciplinados de forma conjunta em torno dessa organização aglutinada de direitos sociais.

Logo, a seguridade social nessa acepção destina-se a agrupar um conjunto de áreas que pressupõe a atuação do Estado na prestação de serviços de atendimento e protegidos por direitos sociais constitucionalmente assegurados para a dignidade do indivíduo, com a especial característica de dispor a respeito dos meios de financiamento das ações dos Poderes Públicos, e não propriamente quanto à gestão e disciplina dos serviços de cada área.

Essa constatação é importante porque, conforme preestabelecido no que diz respeito à evolução histórica dos serviços de saúde no Estado brasileiro, até a formação do SUS com a Constituição Federal de 1988, havia a tendência política de vincular o atendimento à população ao regime previdenciário, uma vez que este provia o seu meio essencial de custeio, porém, em virtude disso inexistia uma garantia de acesso universal à rede pública de saúde.

Desse modo, superada essa forma de organização do serviço de saúde e garantido o acesso universal mediante políticas públicas, com contornos próprios do direito fundamental à saúde, o SUS e os serviços de atendimento à saúde ganham disciplina normativa própria e com

garantia institucional de sua organização, ao passo que os serviços de saúde atribuídos ao Estado e executados pelo SUS, por outro lado, também passam a fazer parte de um contexto maior de um conjunto de políticas públicas assegurados ao indivíduo, no qual se insere, além da garantia do acesso à saúde, o sistema previdenciário e a assistência social, sob o aspecto da seguridade social.

Esse meio de composição de políticas públicas do Estado sob a denominação de seguridade social torna-se relevante para a compreensão do funcionamento dos serviços de saúde do SUS, em especial, porque o meio de financiamento e o custeio dos serviços da seguridade social são feitos de forma conjunta, embora assegurada a cada um dos três setores a gestão independente dos recursos.¹¹⁶

Importante pontuar que a modificação promovida pela Constituição, ao inserir as três áreas dentro de um sistema de custeio definido como seguridade social, expressa ao mesmo tempo a consagração da universalidade dos serviços de atenção social, como também a consagração do princípio contributivo, além da solidariedade na composição do financiamento das ações da seguridade.

A seguridade expressa portanto a solidariedade do sociedade brasileira no âmbito da Constituição Federal, na medida que reconhece o dever fundamental do indivíduo de participar do financiamento de ações positivas do Estado, ainda que não seja destinatário dessas prestações.

Logo, pressupõe um mecanismo de atendimento das fragilidades sociais e especialmente dedicado aos setores mais desfavorecidos de recursos, os quais despontam maior necessidade das disponibilidade de serviços gratuitos pelo Estado nas áreas de saúde, assistência social e previdência.

Há nesse sentido um aspecto de justiça social a ser alcançada no âmbito de um Estado do bem-estar social pela seguridade, em contraposição à marginalização dos serviços à parcela da população mais pobre, como se verificava no contexto da ditadura militar no Brasil na organização desses serviços.¹¹⁷

Do mesmo modo, a organização dessas atividades estatais referentes às áreas de saúde, previdência e assistência social em torno de um mesmo conjunto de políticas públicas justifica-

¹¹⁶ VIANNA, Solon Magalhães. **A seguridade social, o sistema único de saúde e a partilha dos recursos**. Rev. Saúde e Sociedade, Vol 1, n. 1, 1992. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/6906>. Acesso em: 21.06.2018.

¹¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Financiamento público de saúde / Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. p. 20. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf. Acesso em: 10/07/2018.

se porque tanto pressupõem um financiamento social, como também as ações de uma área correspondem ao amparo ao indivíduo que produz efeitos no atendimento do outro setor.

Nessa acepção, por exemplo, quando as políticas públicas de saúde são adequadas para promover o atendimento do agravo doença, qualidade de vida e ambiente de trabalho há a consequente possibilidade reinserção social sem necessidade da concessão de benefício previdenciário, igualmente, quando as ações da assistência social demonstram-se suficientes para realizar o atendimento psicológico não se recorre com a mesma demanda ao atendimento de saúde do SUS nesse contexto.

Logo, a organização desses serviços em torno de um conjunto integrado de políticas públicas é pertinente porquanto demanda uma forma de custeio social e destinam a um finalidade precípua do Estado de promover o bem estar humano.

Por esse motivo, nos termos definidos pela Constituição Federal de 1988, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações cuja iniciativa pertence tanto aos poderes públicos, como também à sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.¹¹⁸

É válido registrar ao mesmo tempo que a Constituição Federal não traz um conceito próprio da seguridade social, assim, quando enuncia a seguridade social o faz enumerando um conjunto de políticas públicas destinadas às três áreas da saúde, previdência e assistência social, portanto, mais descreve a composição da seguridade social do que propriamente a define, o que permite concluir que a seguridade também não se revela como uma instituição, mas como um conjunto de serviços públicos qualificados normativamente pela Carta Magna, inferindo-se a partir disso a sua especial relevância social para a atuação do Estado.

Na realidade, portanto, a seguridade social corresponde a um instrumento normativo pelo qual visa assegurar ao indivíduo meios e condições de financiamento necessários para a proteção de adversidades da vida humana.

Essa formação normativa da seguridade social demonstra que a assunção do Estado de políticas públicas para a garantia das contingências humanas é própria do Estado de Bem Estado Social, na segurança do exercício dos direitos sociais que anteriormente eram atendidos na medida da disponibilidade da iniciativa privada.

Por conta disso, a sociedade passa a ser organizada necessariamente no sentido de observar a promoção do bem-estar humano, razões pelas quais se verifica, por exemplo, a

¹¹⁸ DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. **Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania.** Rev. Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise. Brasília, Vol. 1, n. 17, 2009. p. 23. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4347?mode=full>. Acesso em: 22.06.2018.

criação de tributos sobre as atividades produtivas da sociedade, de forma que coletividade trabalha em conjunto com o Estado para a satisfação das necessidades mínimas sociais.

É importante pontuar ainda que a seguridade social pressupõe nesse sentido não apenas a atividade do Poder Público na organização e instituição das políticas públicas que visem assegurar os direitos sociais relativos à saúde, previdência e assistência social, como também a participação da sociedade destinada à implementação dos serviços, o que se verifica tanto pela equidade na participação do custeio da seguridade social, como também pela possibilidade da participação democrática propositiva dos setores da sociedade na organização desse conjunto que se compõe a seguridade social.

Ademais, essa gestão democrática das atividades da seguridade social é ressalvada de maneira expressa pelo texto constitucional, ao prever o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a doravante denominada gestão quadripartite, a qual se compõe da participação dos trabalhadores, empregadores, dos aposentados e do próprio governo, enquanto representante do Estado.

Vale ressaltar que, mesmo que não se verifique o enquadramento nas quatro classes especificadas na gestão quadripartite, como por exemplo no caso daqueles que são beneficiários dos serviços da assistência social, ainda assim é garantida a participação social na seguridade, sendo possível considerar que a referida gestão é relativa a representatividade nos órgãos do governo, especialmente quanto ao custeio das atividades de cada área.

De todo modo, a seguridade social constitui-se como um mecanismo organizador do financiamento das atividades sociais do Estado formado a partir do financiamento de toda a sociedade, a qual se revela tanto por meio dos recursos públicos consignados nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a arrecadação de receitas tributárias pelas contribuições sociais vinculada a uma atividade do Estado, como também, por exemplo, o produto da arrecadação do imposto de renda¹¹⁹.

Essa forma de custeio das atividades do estado pelas contribuições sociais da seguridade social, nas quais se verificam por exemplo a contribuição sobre a faturamento, contribuição sobre lucro líquido ou a contribuição previdenciária do empregado, são formas essenciais de custeio para as atividades que se compõem o conjunto de políticas públicas da seguridade social, o que entretanto não impede ao Estado ainda assim promova a criação de outras fontes

¹¹⁹ CONCEIÇÃO, Tainá Souza; CISLAGHI, Juliana Fiúza; TEIXEIRA, Sandra Oliveira. **O Financiamento da Saúde no Brasil**. Revista Temporalis. Brasília (DF), ano 12, n.23, p.97-124, jan./jun. 2012. p. 100. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/2927/2832>. Acesso em: 14/07/18.

de custeio para a expansão e manutenção dos serviços relacionados à seguridade social, de tal modo que não se tratam de fontes taxativas de custeio dessas ações.

Desse modo, a seguridade social pressupõe a organização de um sistema integrado de ações da sociedade e do Poder Público que visem financiar os serviços relativos às políticas públicas de saúde, previdência e a assistência social, sendo que a criação de benefícios ou serviços referentes a essas atividades devem necessariamente ser asseguradas por uma fonte correspondente de custeio total, como meio de garantia de manutenção do sistema e prejuízo da gestão dos serviços relativos a essas áreas.

Por esse motivo expansão do Estado nas ações e políticas públicas de saúde pressupõem ao mesmo tempo a necessidade de uma fonte de custeio da qual participa toda a atividade econômica social.

Assim, é importante compreender que, ao mesmo tempo que se assegura a universalidade do atendimento no âmbito da seguridade social, princípio especialmente velado na organização do sistema público de saúde, por outro lado, constata-se que a Constituição Federal também consagra o princípio da universalidade do financiamento da seguridade social, tendo em vista que, nos termos do art. 195 da Carta Magna, ao predispor que a seguridade social será financiada por toda a sociedade.

Logo, do mesmo modo que a disponibilização dos serviços na forma de conjunto de políticas públicas da seguridade social tem o como característica informadora o acesso universal à população, toda a coletividade destinatária dos serviços obriga-se simultaneamente ao financiamento dessas atividades em conjunto com o Estado, é o que se revela portanto nesse sentido o princípio da solidariedade social.¹²⁰

Portanto, a seguridade social, descrita como um conjunto de políticas públicas exigíveis em face do Estado, como meio de exercício de direitos sociais fundamentais, pressupõe tanto a obrigação dos poderes públicos de disponibilizarem à toda sociedade a universalidade do atendimento, mas também constrói a organização dos serviços das áreas de saúde, previdência e assistência social, fundado no dever fundamental do indivíduo contribuir para o custeio das ações do Estado.

Tal constatação permite concluir que a forma pela qual o Estado brasileiro organiza a prestação dos serviços públicos sociais, por meio da seguridade social tem como fundamento a solidariedade inerente ao “Estado providência”, ao mesmo tempo que se reconhece a todo

¹²⁰ PETRY, Rodrigo Caramori. **As Contribuições para a Seguridade Social e os princípios da Solidariedade e Universalidade: uma análise da jurisprudência.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 92, Maio - Jun, 2010. p. 254 - 277.

indivíduo o dever fundamental de financiamento das ações e serviços no âmbito das políticas públicas do Estado.

Além do mais essa formação da seguridade social, nos termos predispostos pela Constituição Federal, promove na realidade um processo de redistribuição de renda na sociedade, com vistas à justiça social, conquanto o financiamento pela atividade produtiva da coletividade disponibiliza o acesso universal às políticas públicas de Estado.¹²¹

Logo, a possibilidade de financiamento dos serviços públicos por toda a sociedade, com vistas à disponibilização de políticas públicas gratuitas por parte do Estado, funciona com vistas ao princípio da solidariedade social e da igualdade material revelado a partir da interpretação da Constituição Federal, na medida que o setor econômico da sociedade custeia com a sua produção as ações sociais do Poder Público, as quais visam tornar seguro, especialmente, as condições mínimas de existência da população de maneira universal.

Por outro lado, é preciso considerar que os princípios da universalidade do financiamento e a solidariedade social que pressupõem a obrigação da coletividade quanto ao financiamento da seguridade social devem ser qualificados ao mesmo tempo pela conjugação do princípios da equidade na forma de participação de custeio, como também o princípio da diversidade da base de financiamento, ambos previstos na forma do art. 194 da Constituição Federal.

Isso porque, de acordo com a equidade na forma de participação do custeio, o financiamento da seguridade social deve ser feito em consideração a cada atividade econômica e sua capacidade contributiva, donde se observa a consagração do princípio da isonomia dentre as possibilidades de contribuição de cada um.

A constituição consagra nesse sentido um conceito de igualdade material acerca da distribuição dos deveres de financiamento da seguridade social pelos diferentes setores da sociedade. Logo, essa capacidade contributiva que é própria do direito tributário também se desdobra no financiamento das ações de cada área da seguridade social, impondo a exação de maneira consoante com a capacidade de contribuir para o sistema.

Da mesma forma, a diversidade da base de financiamento da seguridade social considera que a diversificação de diferentes fontes de custeio dos serviços da seguridade tem como

¹²¹ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade: reflexões sobre o financiamento dos benefícios.** Revista de Direito do Trabalho, vol. 130, Abr - Jun, 2008. p. 244 - 260.

finalidade permitir que a maior abrangência das contribuições sociais nas diferentes atividades econômicas da sociedade.¹²²

Assim, há nessa perspectiva tanto uma priorização para que a incidência contributiva dos indivíduos seja amplificada para que não incida em maior peso a um setor produtivo, como também se qualifica pela seletividade das atividades que o Estado pode impor a arrecadação tributária.

Ao mesmo tempo, apesar do custeio das atividades da seguridade social serem promovidos pelo financiamento destinado às três áreas de atuação do Estado, no que se refere à saúde, previdência e a assistência social, por outro lado, a gestão dos recursos é assegurada de forma autônoma a cada área, donde se verifica a independência de atuação nas atividades de saúde organizadas pelo SUS.

É interessante pontuar que essa forma de composição dos meios de financiamento das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado é incorporado ao sistema da seguridade social, em especial, em vista das características do regime previdenciário, o qual necessariamente demanda uma fonte de custeio particular para a manutenção dos benefícios e a solvabilidade do sistema, na medida que uma parcela da sociedade custeia um serviço público gozado por outra parcela.

Essa sistemática de custeio também passa a fazer parte do financiamento das ações de saúde e assistência social, conquanto as atividades desses serviços públicos compõem na forma da atual Constituição Federal um conjunto de políticas públicas de finalidade social.

Ademais, a contributividade do regime previdenciário incorporada à seguridade social possibilita uma conjugação dos recursos produzidos pela sociedade com o fim de financiar atividades que independem de contribuição, mas que, por um outro lado, são destinadas à população mais carente de serviços públicos do Estado, como por exemplo as ações da assistência social, e não tão somente à proteção dos indivíduos que exercem a atividade remunerada, na medida que promove a afirmação social daqueles que se encontram em maior situação de desamparo.

Tal forma de justiça social promovida pelos meios de financiamento e ações da seguridade social permite assim a consecução da universalidade do atendimento prevista pelo texto constitucional, assegurado especialmente ao sistema público de saúde, conquanto a

¹²² SANTOS, Alethele Oliveira; DELDUQUE, Maria Celia; e ALVEZ, Sandra Mara Campos. **Os três poderes do Estado e o financiamento do SUS: o ano de 2015**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n1/0102-311X-csp-0102-311X00194815.pdf>. Acesso em: 14/07/18.

situação particular do indivíduo é indiferente para a utilização dos serviços de saúde na rede pública.

Além do mais, essa forma de gestão dos serviços é possível porque, muito embora os recursos arrecadados pelas contribuições sociais, por exemplo, sejam destinados à seguridade social como um todo, inexistindo a arrecadação de recurso direito às ações de saúde do SUS, com a proposta orçamentária do governo única e elaborada de forma integrada pelos órgãos de cada uma das três áreas que compõem a seguridade social, a gestão dos recursos e serviços é feita de forma apartada, não havendo a intervenção da administração de uma área em outro, como por exemplo, a gestão dos recursos da saúde pelo sistema previdenciário.

Nesse sentido, os recursos destinados à seguridade social são agrupados em uma única proposta orçamentária na esfera federal, assegurando-se a previsão, a participação e gestão de cada área da previdência social, saúde e assistência social.

Por tal razão, a previsão dos recursos públicos destinados às ações do SUS, necessariamente, são disponibilizados em conformidade com os institutos próprios das finanças públicas, no que diz respeito às leis orçamentárias que compreendem nesse gênero a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual.

Nesse quadro, vale compreender que, enquanto o plano plurianual compreende as diretrizes, objetivos e metas da administração pública relativas às despesas e programas de duração continuada, a lei de diretrizes orçamentárias diz respeito às metas e prioridades para o exercício financeiro, bem como a orientação da lei orçamentária anual, a qual, por sua vez, corresponde a previsão de receitas e fixação de despesas para realização durante o exercício financeiro.

Logo, a proposta orçamentária de cada uma das três áreas que compõem a seguridade social é feita de forma conjunta pela órgãos responsáveis pela sua gestão e são integradas na proposta orçamentária da União que compõem os recursos da seguridade social, inclusive aqueles a serem transferidos por força constitucional aos Estados e Municípios.

Dessa forma, o orçamento que compõe a seguridade social destinará ao SUS os recursos necessários à realização das suas atividades previstas, em conformidade com a receita estimada, bem como de acordo com a proposta elaborada pela direção nacional do saúde, tendo em vista as metas e prioridade estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

No caso do Sistema Único de Saúde, em específico, o financiamento das suas atividades ocorre por meio dos recursos do orçamento da seguridade social, como também dos outros recursos previstos nas propostas orçamentárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

E vale ainda destacar que, no caso do financiamento das ações do SUS, é possível ao mesmo tempo a criação de outras fontes de financiamento do SUS, conforme a redação do §1º do art. 198 da Constituição Federal, conferido pela Emenda n. 29/2000.

Por esse motivo, os recursos públicos destinados ao Sistema Único de Saúde, principalmente, são derivados do orçamento assegurado às atividades da seguridade social, como também das receitas consignadas nas propostas orçamentárias elaboradas por cada ente da federação, mas também podem em princípio ser derivados de outras fontes de custeio.

Assim, é possível a instituição de outras fontes de custeio das ações do SUS, como por exemplo, os recursos que são provenientes das ações listadas ao art. 32 da Lei n. 8.080/1990, doravante denominada Lei Orgânica da Saúde, tais como os recursos de serviços que possam prestados sem prejuízo da assistência à saúde, doações, taxas, multas e rendas arrecadas pelo SUS.

Diante disso, muito embora o custeio das ações de saúde implementadas pelo SUS sejam em sua essência custeada pelos recursos arrecadados na proposta orçamentária da seguridade social, são possíveis a percepção de outras fontes de recursos apartadas da seguridade social com a finalidade de custeio dos serviços de saúde.

A possibilidade da destinação de recursos ao SUS que não necessariamente derivam dos recursos da seguridade social é importante porque permite-se chegar à conclusão que o Estado em princípio não estaria limitado às receitas consignadas nas respectivas propostas orçamentárias, podendo criar novas fontes de custeio distintas para o financiamento das atividades da saúde, donde se incluiria, nessa hipótese, os recursos decorrentes do ressarcimento ao SUS, o qual adiante se pretende dissertar em específico.

Além disso, no que diz respeito ao previsão orçamentária dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde, é válido registrar que também por ocasião da Emenda Constitucional n. 29/2000, ao inserir o §2º ao artigo 198 da Constituição Federal, trouxe uma nova espécie de vinculação de finalidade às receitas orçamentárias dos Entes da federação.

Em verdade a natureza jurídica das propostas orçamentárias para as finanças públicas seriam de cunho autorizativo para a administração pública, a qual poderia despender os recursos aprovados pelos membros do Poder Legislativo, na medida que a condução da política governamental pudesse considerar haver a conveniência dos gastos em cada área e de acordo com o seu respectivo plano de governo.

No entanto, em parte é possível vislumbrar no caso brasileiro um verdadeiro orçamento impositivo, no qual se estipula que parcela dos recursos arrecadados pelo Estado e previsto no orçamento terá a destinação vinculada e obrigatório nos termos previstos em lei.

Essa vinculação dos gastos da respectiva proposta orçamentária verifica-se em especial no que diz respeito aos recursos destinados às ações de saúde do SUS, sistemática que veio a ser implementada de forma expressa no texto constitucional por ocasião da Emenda Constitucional n. 29/2000, ao inserir a vinculação dos recursos mínimos nos termos do art. 198, §2º, da CF, resultando inclusive em um aumento no gasto obrigatório com a saúde.¹²³

Isso porque, de acordo com a regra do mencionado dispositivo, obrigatoriamente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão anualmente percentuais calculados mínimos sobre a receita corrente líquida e o produto da arrecadação de determinados impostos verificados no exercício financeiro, matéria que se encontra regulamentada pelo disposto na Lei Complementar n. 141/2012.

E de acordo com a LC n. 141/2012 que veio a dispor sobre a matéria no âmbito dos seus artigos 5º à 11, prevê em síntese que os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações de saúde o mínimo de 15% (quinze por cento) da arrecadação da receita de impostos a eles destinados, os Estados, por sua vez, devem aplicar o mínimo 12% da arrecadação de impostos de sua competência e de recursos da repartição das receitas tributárias.

Além disso, a União também integra essa sistemática de vinculação à aplicação de recursos mínimos às ações de saúde, inicialmente, era previsto na LC n. 141/2012, que a União aplicaria o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual relativo à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual, não sendo permitida a redução em termos nominais, em caso de variação negativa do PIB.

No entanto, por ocasião da Emenda Constitucional n. 86/2015 alterou-se a referida regra, passando a União obrigada a aplicar o percentual de 15% (quinze por cento) da receita líquida do respectivo exercício financeiro.

Importante pontuar que a destinação dos recursos mínimos às ações de saúde também deverão observar a disciplina regulamentar estabelecida pela Lei Complementar n. 141/2012, a qual prevê como outros instrumentos normativos para a aplicação dos recursos no âmbito da saúde pelos Poderes Públicos, como por exemplo a necessidade de elaboração de objetivos e metas em respectivos Planos de Saúde em cada por cada ente da federação

¹²³ VAZQUEZ, Daniel Arias. **Efeitos da regulação federal sobre o financiamento da saúde**. Cad. Saúde Pública vol.27 no.6 Rio de Janeiro, Junho, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011000600017. Acesso em: 14/07/18.

Da mesma forma, verifica-se saliente acerca da referida regulamentação conferida pela LC n. 141/2012 a necessidade de transparência e possibilidade clara de fiscalização pelos mecanismos de controle social acerca dos empregos dos recursos, tendo em vista o papel a ser exercido pelos Tribunais de Contas na fiscalização da aplicação dos recursos mínimos, sem prejuízo dos conselhos de saúde no âmbito de suas atribuições, além do registro eletrônico centralizado das informações pela União acerca da execução dos recursos.

Em verdade, toda essa forma de regulamentação legal acerca da aplicação dos recursos públicos nas ações e serviços de saúde, evidenciando-se a imposição constitucional de vinculação ao percentual mínimo da receita do Estado de aplicação obrigatória nas ações do SUS, bem como os instrumentos estabelecidos pela Lei Complementar n. 141/2012, no sentido de estabelecer mecanismos de controlar, fiscalizar, tornar transparente e inclusive estabelecer punições para os gestores que não seguirem os ditames para a correta destinação dos recursos públicos à área da saúde, demonstra uma clara preocupação do Estado brasileiro como um todo, no sentido de que deve ser combatida o desvio dos recursos previstos ao SUS para a aplicação em outras finalidades que não sejam a implementação de políticas públicas garantidas para o exercício do direito à saúde efetivo.

Nesse sentido, é essencialmente importante evidenciar que no direito brasileiro duas características, em princípio, despontam-se marcantes, em primeiro, notadamente a instituição do sistema de saúde brasileiro com regras a nível constitucional, as quais portanto informam todos os meios e procedimentos de serviços de saúde a serem observados pelos entes da federação. E, em uma possível segunda análise, a preocupação do legislador de tornar vinculante, obrigatório e passível de controle um percentual mínimo de aplicação de recursos orçamentários no âmbito das ações de saúde, inclusive despidendo o Executivo da possibilidade avaliar a conveniência e oportunidade na sua proposta orçamentária.

Essa sistemática que portanto compõe o sistema de financiamento das ações de saúde providas pelo SUS, agrupado em conjunto com a seguridade social, demonstra que tanto a solidariedade social no custeio das ações do Estado, em virtude do dever fundamental de toda a sociedade contribuir para os serviços sociais, juntamente com os mecanismos de controle do Estado para a aplicação obrigatória dos recursos públicos nas ações e serviços do SUS.

Portanto, os meios de financiamento da seguridade social verifica-se em consonância com o princípio da universalidade do acesso à saúde, na medida que o direito fundamental à saúde é assegurado nos termos da Constituição Federal como um dever do Estado, a ser implementado mediante políticas públicas econômicas e sociais, havendo conseqüentemente a

necessidade de intervenção do Poder Judiciário na hipótese de descumprimento desse dever pelos Poderes Públicos.

2.4 – DAS AÇÕES DE SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL

Considerando que o Sistema Único de Saúde trata-se de uma garantia institucional com o objetivo de organizar e disponibilizar ao indivíduo um conjunto de políticas públicas em favor do indivíduo na área da saúde, mediante o financiamento e custeio de suas ações pelo orçamento do Estado, bem como por toda a sociedade em nome do princípio da solidariedade, vale compreender portanto se esse sistema que compõe o SUS e as ações do Estado na área da saúde outrora podem se demonstrar falhos ou insuficientes para tornar efetivo o exercício do direito à saúde.

Isso também porque, sendo o direito à saúde um verdadeiro direito fundamental do indivíduo e ao mesmo tempo um dever do Estado, a ser assegurado mediante a instituição de políticas públicas econômicas e sociais, observa-se que o direito à saúde guarda, dentro da sua própria fundamentalidade, a característica essencial de proteção à garantia da dignidade humana, a qual vem a ser expressa enquanto fundamento da república no texto constitucional, razões pelas quais é um dos deveres e finalidades do Estado tornar efetivo e plenamente eficaz o exercício do direito à saúde.

Ocorre que, em que pese o direito fundamental à saúde seja assegurado constitucionalmente, inclusive com instrumentos normativos próprios do SUS, obtendo recursos vinculados a sua aplicação, por outro lado, as ações e serviços de saúde requerem para a sua implementação necessariamente uma atuação do Estado, com a implementação de meios e procedimentos capazes de disponibilizarem um conjunto de prestações positivas eficazes tanto para o atendimento do indivíduo, como também para a promoção das políticas públicas de saúde, a serem fornecidas pela rede pública em benefício do indivíduo.

Em virtude disso, constata-se que, além da previsão de princípios e instituição fundamentais relativos ao direito à saúde no texto constitucional, também por ora se demonstra relevante para a eficácia do direito invariavelmente a vontade política do atuar do Estado, no sentido implementar as ações de saúde.

Isso porque, na medida que o acesso à saúde é afetado pela falta de implementação de ações e serviços do Estado, tanto em face do direito fundamental à saúde, como também em contrariedade aos princípios e diretrizes que regem o sistema de saúde, assegurados pelo financiamento público, verifica-se completamente prejudicada a eficácia da norma

constitucional, no sentido de serem levadas a efeito no plano fático as ações que promovem a saúde e a qualidade de vida do indivíduo em todos os seus aspectos.

Quando, nesse aspecto, não ocorrem a disponibilização de serviços públicos e meios de promoção da saúde pública, tanto pela insuficiência, como também pela omissão do Estado, observa-se portanto um problema de efetividade do direito à saúde, de forma contrária aos valores reconhecidos como fundamentais pela Constituição Federal, necessitando evidentemente de mecanismos de correção e controle.

E, nessa conjuntura acerca da possibilidade de ineficácia do direito à saúde, é válido também lembrar que o direito fundamental à saúde assume a característica de um direito social, garantido pelo Estado do Bem-Estar Social, cujo surgimento decorre da segunda dimensão dos direitos fundamentais, as quais tem por essência a previsão normativa de prestações positivas do Estado num sentido social.

Assim, diversamente dos direitos fundamentais de primeira geração de cunho absenteeísta da atuação do Estado, no caso dos direitos fundamentais que obrigam um atuar positivo do Estado, isto é, de cunho garantidor de políticas públicas e prestacional, como o direito à saúde, observa-se a dificuldade de eficácia desses direitos sociais fundamentais, especialmente por que dependem, para a sua concretização no plano fático, de uma conduta implementada pelo Poder Público, o qual outrora pode se demonstrar omissivo no cumprimento dos seus deveres constitucionais.

Nesse sentido, é importante registrar nesse ponto que, por vezes, o conteúdo dos direitos fundamentais é previsto no texto constitucional, por meio de normas programáticas, dispondo sobre a realização de direitos sociais, no sentido de metas e fins de justiça social a serem alcançados pelo Estado, por meio de princípios institutivos e organizativos.

Esses princípios definidos na norma constitucional deverão ser observados pelo legislador ordinário, o qual integrará o conteúdo do dispositivo constitucional dotando-o de plena eficácia, haja vista que a respectiva previsão trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, dependendo portanto da atuação do legislador infraconstitucional nesse sentido.

Para Jorge Miranda, as normas constitucionais programáticas têm o que se considera por aplicação diferida, ao invés da executabilidade imediata, porém, são normas que despontam valores, tendo como destinatários especiais o Poder Legislativo, o qual deverá atender a proposta da sua plena eficácia, integrada pela medida legislativa ordinária. Porém, muito embora não tenham a sua plena eficácia integrada pelo legislador ordinário, tais normas são sindicáveis no judiciário pelos cidadãos, a exemplo da utilização do remédio constitucional do

mandado de injunção, porquanto também representam direitos subjetivos, ainda que reunidos por conceitos jurídicos normativos indeterminados.¹²⁴

Logo, mesmo na condição de normas programáticas, tais direitos sociais possuem um conteúdo vinculante, o que torna inclusive imprópria a denominação de normas programáticas,¹²⁵ conquanto são dotadas de normatividade para a disciplina da atuação do Estado, ainda que considerem um objetivo social a ser atingido.

Além disso, de acordo com José Afonso da Silva, não é possível afirmar que existem normas constitucionais despidas de eficácia, haja vista que de todas elas se irradiam efeitos jurídicos, importando em todo caso uma inovação no ordenamento jurídico préexistente,¹²⁶ pois o que ocorre é que algumas normas constitucionais não gozam da plenitude dos seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não emanada a norma infraconstitucional integrativa e complementar.

No entanto, no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, mesmo sendo considerado direito social, é preciso ter em vista que ele não se restringe ao conteúdo de uma norma constitucional programática, no sentido de que depende da integração normativa infraconstitucional para que o seu conteúdo seja dotado de plena eficácia, isso porque, muito embora a atuação poderes públicos para a produção dos efeitos que lhe são próprios seja imprescindível para a respectiva concretude do direito, por outro lado, a norma constitucional já é dotada de inteira eficácia.

Em razão disso, mesmo na omissão dos poderes Legislativo ou Executivo com a promoção do acesso às políticas públicas de saúde, o direito em si é plenamente eficaz e irradia os seus efeitos de forma imediata com caráter vinculante a todo o direito.

Invariavelmente, isso também decorre no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, uma vez que este último está ao mesmo tempo atrelado ao direito fundamental à vida e cuja essencialidade também decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, valores esses que são consagrados pelo texto constitucional, inclusive como fundamento a ser perseguido pelo Estado brasileiro.

Logo, evidentemente, a hermenêutica constitucional do direito à saúde não permite em qualquer circunstância considerar a ineficácia do direito em virtude de sua dependência da

¹²⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra (editora), 1983, p. 41

¹²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 34.

¹²⁶ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p. 81.

atuação do Poder Público, com a disponibilização dos meios próprios para o efetivo exercício pelo indivíduo.

Por esse motivo, também é possível considerar que o direito fundamental à saúde constitui-se como verdadeira prerrogativa conferida ao indivíduo pela ordem constitucional de forma indisponível, cabendo ao Estado tanto a tutela desse direito em todas as suas perspectivas, no sentido de torná-lo concreto, o que se afasta portanto da perspectiva de considerar que a atuação do Estado no âmbito da saúde não é fundada unicamente em diretrizes políticas.

Nesse contexto acerca da eficácia material do direito à saúde, é essencial registrar que, na análise do suposto caráter programático do artigo 196 do texto constitucional, ao prever o direito fundamental à saúde, implementa-se por meio da disponibilização de políticas públicas pelo Estado, o Supremo Tribunal Federal já considerou que a interpretação do conteúdo programático contido na norma, não pode levar a conclusão que se trata de promessa constitucional inconsequente, na medida que o Poder Público por ora vem a permanecer indiferente às demandas de atendimento e tratamento da população.¹²⁷

Logo, o direito à saúde, mesmo com a natureza de direito prestacional, ou ainda, com a característica de direito social, invariavelmente constitui-se como puro direito fundamental destinado produzir efeitos imediatos a toda a ordem jurídica, com plena normatividade, de forma que a característica programática aparentemente esboçada da norma não se revela como fundamento para a eficácia do direito.

Nessa senda, o direito fundamental à saúde tem tanto plena eficácia constitucional, assim como é dotado de meios e procedimentos assegurados pelo direito brasileiro para a produção dos seus efeitos.

No entanto, nesse contexto, há que se considerar a possibilidade da dimensão da eficácia do direito à saúde no plano fático, na medida que o Poder Público é omissivo no cumprimento do dever constitucional expresso de prestar o atendimento integral de saúde, circunstância na qual o postulado normativo do texto constitucional não se realiza de forma concreta no plano fático, levando a efeito uma renitente omissão no atendimento das demandas de saúde à população.

Porém, cumpre assinalar que, justamente em razão da fundamentalidade do direito à saúde, essa perspectiva de inefetividade, em razão da insuficiência do atendimento da rede pública de saúde, ocasionada pela omissão do Estado, representa, portanto, um dos principais âmbitos de intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas do Estado, as quais são atribuídas constitucionalmente ao Poder Executivo na direção dos serviços públicos.

¹²⁷ BRASIL, STF. AgRg no RE 271.286-8-RS. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 12.9.2000.

Tal forma de intervenção, outrora denominada ativismo judicial, deve ser considerada na perspectiva de aplicação concreta do direito à saúde, porque consiste na possibilidade de o Poder Judiciário, quando provocado a dirimir uma situação fática de descumprimento dos direitos fundamentais pelo Estado, realize de forma indireta e coercitiva a concretização desses direitos no caso proposto, tendo em vista em essência o poder jurisdicional que lhe é atribuído, para a interpretação e aplicação do ordenamento constitucional, e uma vez fundado também na eficácia imediata dos direitos fundamentais, assim como no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa acepção, vale ressaltar que, o contexto do ativismo judicial que se considera para a efetividade dos direitos fundamentais, objeto de omissão do Poder Público, não se confunde com a outrora conhecida judicialização de políticas públicas, isso porque, muito embora ambos os conceitos sejam provenientes dos mesmos direitos fundamentais questionados, a judicialização representa, por outro viés, o reconhecimento de um direitos subjetivo previstos na constituição de forma objetiva, independentemente da criação normativa pelo intérprete da regra, isto é, cabe ao judiciário aplicação estrita do disposto na norma constitucional pelos seus próprios termos, em razão do próprio modelo constitucional adotado pelo Estado brasileiro.

Por outro lado, o ativismo judicial compreende um processo de interpretação mais amplo e extensível, no qual se verifica a atribuição de um significado à norma constitucional pelo intérprete julgador, na medida que a atuação deste último se revela de forma mais proativa no sentido extrair o exato conteúdo e alcance da norma. Assim, como também defende Luís Roberto Barroso, a ideia do ativismo judicial está também associada a uma participação mais profunda e ampla do Poder Judiciário na concretização dos valores e finalidades constitucionais, considerando-se uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dos Poderes do Estado.¹²⁸

A percepção, no entanto, de que o ativismo judicial confere ao Poder Judiciário a concretização de um direito fundamental de forma ampla, por meio de uma interpretação que outrora revela possibilidade de criação do direito novo, é também m tese passível de crítica na medida que, por meio dessa forma de atuação judiciária, promove-se o decisionismo não fundamentado nos limites da constituição, para a preferência de uma certa justiça social no caso concreto, comprometendo-se paralelamente ao afastamento do princípio democrático.

Em tese, nessa circunstância haveria a sobreposição das deliberações do próprio Legislativo ou da condução da política de estado pelo Executivo, dando azo a um ambiente

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado. ano 4, nº 13, jan/mar, 2009. p.75.

propício à insegurança jurídica, porquanto não se tornam plenamente previsíveis os comandos constitucionais submetidos às interpretações contingenciais do Poder Judiciário.¹²⁹

Por essa razão, o espaço de interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de Estado, pelo veículo do ativismo judicial, especialmente no que se refere ao âmbito da saúde, deve considerar as delimitações traçadas pela própria hermenêutica constitucional, empreendida num processo de ponderação dos valores albergados pela Carta Magna.

Esse processo de aplicação do direito, revelado pelo ativismo judicial, especialmente se constata na medida que diferentes soluções normativas são pertinentes no caso concreto em análise, com conseqüente subsunção direta do fato à norma, deve-se considerar, portanto, nessa circunstância, uma técnica de decisão própria para casos difíceis, que obtenha o seu resultado fundamentado na ponderação da carga axiológica das normas constitucionais.¹³⁰

Assim, na ocasião que os poderes públicos se comporte de forma omissa, em face da eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos exigíveis para um atuar positivo do Estado, o processo do ativismo judicial desponta como um fenômeno próprio do controle judicial para a eficácia imediata dos direitos fundamentais, em virtude da supremacia das normas e valores expressos pela Constituição Federal, bem como do mister da função jurisdicional, na aplicação do direito ao caso concreto.

Da mesma forma, a propositura da tese de que o ativismo judicial configura um desvio da finalidade do Poder Judiciário, por transbordar a função atribuída de solucionar a lide não se sustenta, porquanto, ainda que os direitos fundamentais estejam consignados sobre conceitos jurídicos indeterminados, ou sobre a programaticidade das ações que necessariamente dependem da atuação do Estado, como no caso que por ora se demonstra o direito à saúde, são por outro lado os direitos fundamentais autoexecutáveis pela própria interpretação e aplicação das normas constitucionais.¹³¹

Assim também, não prevalece a ideia de que o ativismo judicial, ao pressupor uma aplicação proativa do direito pelo Judiciário, seria meio de invasão nos limites próprios da atuação dos poderes Executivo e Legislativo, extrapolando-se o significado do princípio da separação dos poderes, isso porque se trata de interferência legitimada pela própria ordem constitucional, com fins precípuos de concretização dos direitos fundamentais. Logo, trata-se

¹²⁹ SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 14

¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

¹³¹ BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in *Estudos de direito constitucional*. Recife: Edupe, 2011. p. 151

da realização do comando constitucional, que não se revela como diretriz unicamente política de estado, porque detém cunho normativo fundamental.

Por outro lado, é bem verdade que não se trata da função típica do Poder Judiciário criar novas medidas para a promoção dos direitos sociais, como por exemplo a instituição de políticas públicas que envolvam a prestação de serviços públicos de saúde, porém se insere no controle judicial a apreciação da verdadeira efetividade prática das políticas públicas, sejam de atendimento ou de promoção humana, já existentes e previstas pela ordem constitucional, ante o próprio enfraquecimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito.¹³²

Além do mais, a atuação judicial no que se refere às atividades dos serviços públicos essenciais, quando falhos e insuficientes para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais, também se insere na possibilidade do controle judicial da administração pública, com vistas ao próprio princípio da legalidade.¹³³

Nesse sentido, o provimento jurisdicional que determina a prestação de uma atividade de saúde pelo Estado, no cumprimento dos direitos sociais previstos pela Constituição Federal, não acarreta a redistribuição dos poderes de decidir sobre políticas públicas, em princípio, atribuídos ao Executivo ou Legislativo, haja vista que a atuação do Poder Judiciário verifica-se no controle da omissão e insuficiência desses outros poderes.

No mesmo sentido, verifica-se na situação de que o Estado oponha à concretização do direito à saúde a aludida carência de recursos orçamentários, em contraposição com os princípios da universalidade e integralidade do atendimento que informam as ações de saúde, posto que, mesmo o argumento dirigido sobre a falta de recursos orçamentários não constitui fundamento para tornar o direito à saúde mera retórica constitucional, conquanto os direitos fundamentais sociais também devem na prática guardar vinculação com a forma de atuação do Estado no âmbito de políticas públicas.¹³⁴

Portanto, a eficácia do direito fundamental à saúde, com a disponibilização dos meios e processos para a prestação de políticas públicas, não se obstaculiza com a natureza de direito social, ou também pela sua condição de norma programática, uma vez que mesmo nessa acepção jurídica o direito à saúde é plenamente efetivo, o que leva a efeito portanto a atuação

¹³² SILVA, Airton Ribeiro da; e WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. p. 52.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 226.

¹³⁴ KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.p. 265.

do Poder Judiciário no exercício do controle da atuação do Estado, quando se observa a ineficiência da política governamental para a garantia do acesso à saúde.

Essa perspectiva de ativismo judicial somada à natureza jurídica do direito fundamental à saúde, juntamente com a organização da rede pública de saúde pelo SUS, permite concluir que o processo de efetivação do direito à saúde no direito brasileiro perpassa necessariamente pela compreensão da essencialidade do direito fundamental à saúde projetado pela Constituição Federal de 1988.

A prestação das políticas públicas de saúde, por outro lado, vem se a organizar em conformidade com as diretrizes vinculantes estabelecidas ao SUS, mantendo-se também com o financiamento solidário de toda a sociedade, tendo diretrizes vinculantes e atreladas à necessidade de garantir condições mínimas de sobrevivência ao indivíduo.

Por esse motivo, ainda na ocasião que o direito à saúde não se torna concreto, despontam mecanismos de controle, a exemplo do ativismo judicial, para a disponibilização de políticas públicas adequadas para a sua respectiva eficácia, tendo em vista renitência do Estado omissivo no cumprimento do seu dever constitucional.

3 – DO RESSARCIMENTO AO SUS

3.1 – DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Assim, em um primeiro plano, o direito fundamental à saúde compreende necessariamente um conjunto de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, no sentido de dispor de prestações positivas em benefício do indivíduo, com o fim específico de atendimento da demanda dos serviços de acesso à saúde.

O direito à saúde nessa perspectiva tem como objeto de proteção a realização das condições mínimas de dignidade da pessoa humana, considerado como uma conquista social consagrada pelo texto constitucional, ao predispor que o SUS é organizado com meios que garantam o acesso universal e integral à saúde.

Por outro lado, os serviços de assistência médica particular providos pela iniciativa privada, muito embora não visem a satisfação do direito exigível propriamente em face dos poderes públicos, destinam-se em essência a suplementar uma demanda do acesso à saúde não atendida pelo Estado, razão pela qual são também considerados de relevância pública nos termos da Constituição Federal, estando assim sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle pelo Estado.¹³⁵

Por esse motivo, é possível assegurar que a prestação dos serviços privados de saúde exercem uma função social relevante, ao mesmo tempo que devem ser disciplinados em conjunto com o sistema público de saúde, obedecendo as formas normativas preestabelecidas pelo Estado, para o oferecimento dos seus serviços no mercado privado.

No entanto, a compreensão do poder normativo do Estado sobre a forma de prestação de serviços de saúde pela iniciativa particular perpassa sobretudo pela necessidade de entender como se desenvolvem e funcionam os serviços particulares de saúde que formam a saúde suplementar.

Portanto, com esse objetivo, é válido registrar que a saúde suplementar importa em um subsistema de prestação de serviços médicos, regulamentada pelo poder normativo do Estado, no qual a iniciativa privada disponibiliza os serviços de assistência à saúde ao indivíduo de forma contratual e onerosa.¹³⁶

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 783

¹³⁶ PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise do and CAETANO, João Carlos. **Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor**. Physis [online]. 2008, vol.18, n.4, p.768. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v18n4/v18n4a09.pdf>. Acesso em: 30.08.2018.

Nessa hipótese, a principal distinção dos serviços de saúde oferecidos pelo Estado no âmbito do SUS corresponde senão à forma de custeio desses serviços de saúde, conquanto no espectro da saúde suplementar não há em princípio qualquer remuneração do Poder Público, pois a manutenção financeira do sistema provém do preço pago pelo indivíduo contratante.

No caso brasileiro, a suplementação de serviços privados de acesso à saúde ganha relevo principalmente após o período da ditadura militar, no qual se evidencia a necessidade de suprir as deficiências do sistema público de saúde, por vezes insuficiente para atender a demanda da população, numa perspectiva de acesso universal.¹³⁷

Por esse motivo, no ordenamento pátrio, a saúde suplementar compõe-se de um mecanismo de prestação de serviços privados de saúde que convive com àqueles prestados pelo SUS, com o fim de suplementar as carências da rede pública de saúde.¹³⁸

É interessante notar que essa característica de atribuir aos serviços privados da iniciativa privada a suplementação do acesso à saúde da rede pública é realçada na Constituição Federal, ao prever que as instituições privadas poderão participar de forma a complementar o SUS, nos termos do art. 199, §1º, da CF.¹³⁹

No contexto histórico, primeiramente, o oferecimento dos serviços de saúde pela iniciativa privada verifica-se por meio da formação de convênios pelas empresas de grande porte para o benefício dos seus empregados com carteira assinada.

Nessa perspectiva, o mercado dos serviços particulares de saúde era destinado à prestação de serviços médicos assistenciais aos funcionários do mercado formal de trabalho, os quais eram protegidos pelo regime de previdência social.¹⁴⁰

Dessa maneira, pelo menos a partir de 1960, em razão da ausência de estruturação de um sistema público com a disponibilização de serviços universais e integrais pelo Poder Público, aparecem no mercado brasileiro o oferecimento dos primeiros serviços médicos assistenciais privados.

Inicialmente, organizados para atender a demanda de determinados grupos empresariais, com característica essencialmente assistencialista e restrito unicamente aos empregados

¹³⁷ FERNANDES NETO, A. J. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 41.

¹³⁸ BAHIA, Lígia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil**. 2000. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2000. p. 38.

¹³⁹ MOREIRA, Marta Rodrigues Mafféis. **O contrato de plano de saúde e sua função social**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 251 - 276 jan./dez. 2015. p. 256.

¹⁴⁰ BOTARO, Nittina. **A trajetória do Sistema de Saúde no Brasil: considerações sobre o cenário atual**. Revista Escrita da História. Ano I – vol. 1, n. 2, out./mar. 2014-2015. p. 160.

formais, com a formação planos próprios de grandes empresas, não havendo até então a livre oferta desses serviços à disposição no mercado.

Desde daquele momento, no entanto, a forma de disponibilização dos serviços médicos pela iniciativa privada ocorria por meio da celebração de contratos, mediante o pré-pagamento do preço dos serviços, com uma cobertura de serviços assistenciais de saúde, para a ocorrência de determinados eventos previstos no contrato, de forma que o atendimento poderia ocorrer pelo próprio prestador de serviços contratado, como também por uma rede conveniada de serviços médicos e hospitalares remunerados indiretamente.

Essa forma de prestação de serviços ganha força também a partir de Lei n. 5.764/1971 com a formação de cooperativas médicas, na medida que os profissionais de saúde eram associados e prestadores de serviços, recebendo pelo rateio do valor oriundo dos planos coletivos comercializados.

É importante destacar que inicialmente havia a disponibilização dos serviços privados, no sentido de uma medicina de grupo, fundada em planos coletivos empresariais e públicos com a atenção médico hospitalar. Por outro lado, a oferta de planos de saúde diretamente aos consumidores de forma individual passa a operar essencialmente a partir de 1980, especialmente pelas cooperativas médicas no mercado brasileiro.¹⁴¹

Além disso, em face da política brasileira de atrelar o atendimento da rede pública de saúde juntamente com a disciplina do regime previdenciário, a oferta dos planos privados de assistência de saúde tem forte aumento a partir da década de 1970, ainda sob o domínio da ditadura militar, com objetivo de retirar do Estado o custeio do serviço de assistência médica, quando também se observou que o fornecimento da assistência médica gerenciada pelo INAMPS comprometia-se o uso dos recursos públicos afetados à previdência oficial.¹⁴²

Nesse sentido, é possível considerar, portanto, que o oferecimento de serviços médicos pela iniciativa privada justamente surge no contexto brasileiro, no sentido de suprir a demanda não atendida pela rede pública de saúde, atuando de forma suplementar ao atender a escolha do indivíduo com capacidade de contratação, haja vista que a cobertura dos serviços privados de saúde destinam-se predominantemente à parcela da população com maior renda familiar para prover o seu custeio.¹⁴³

¹⁴¹ ALMEIDA, Célia. O Mercado Privado de Serviços de Saúde no Brasil: Panorama Atual e Tendências da Assistência Médica Suplementar. Brasília: IPEA, 1998. p. 10-12.

¹⁴² BOTTESINI, Maury Ângelo; e MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos de Saúde Comentada – Artigo por artigo**. 2ª Ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 2.

¹⁴³ PINTO, Luiz Fellype; e SORANZ, Daniel Ricardo. **Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil**. Revista Ciência & Saúde Coletiva. n. 9. 2004. p. 96.

Assim, justamente em virtude da insuficiência e da falta de interesse governamental na organização de uma rede pública de saúde, na qual fosse garantida o acesso universal e integral à saúde, observa-se a atuação do Estado voltado para o incentivo do atendimento médica pela iniciativa privada vinculado ao regime previdenciário. E no período pós Constituição Federal de 1988, com a mudança da perspectiva constitucional do direito fundamental à saúde, constata-se que essa dinâmica de atividade dos serviços particulares à saúde continua, no entanto devendo atuar de forma complementar em consonância com as diretrizes do sistema público de saúde.

Vale observar que a atuação da atividade privada em conjunto com os serviços da rede pública de saúde é algo que também se revela na Constituição Federal de 1988, quando ela reconhecendo essa possibilidade de atuação complementar dos serviços de saúde pela iniciativa privada, disciplina, como sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cuja a execução pode ser feita tanto diretamente pelo Poder Público, como também através de terceiro pessoa física ou jurídica de direito privado, na medida que também não relega à livre autonomia do mercado a execução desses serviços, considerando que há um predomínio do interesse público inclusive nas ações de saúde provida pela iniciativa privada.

No atual cenário, é relevante distinguir portanto o conceito normativo albergado pela Constituição Federal a respeito da saúde suplementar e saúde complementar, tendo em vista que ambas se referem ao mesmo tempo à disciplina das ações de saúde provenientes rede particular de atendimento.

Assim, a saúde complementar considera justamente a atuação das instituições privadas dentro da dinâmica dos serviços prestados pelo SUS, pois os particulares, celebrando contrato de direito público ou convênio com o Poder Público, passam a prestar os serviços do próprio SUS integrando-o, exatamente como se verifica os termos do art. 199, §1º, da CF, ao prever que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, bem como do art. 24 da Lei n. 8.080 de 1990, no sentido de que, o SUS poderá se valer dos serviços fornecidos pela iniciativa privada, ao dispor que, na medida que as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população, o Poder Público poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Por outro lado, a saúde suplementar refere-se aos serviços de natureza particular prestados de forma livre à disposição do mercado remunerados onerosamente pelo indivíduo

contratante dos planos de saúde,¹⁴⁴ inclusive com a incidência das disposições da relação de consumo.¹⁴⁵

Trata-se portanto do reconhecimento normativo constitucional de que, muito embora o acesso à saúde universal seja um dever a ser assegurado pelo Estado, é possível ao mesmo tempo que essa demanda de ações de saúde seja suprida pela oferta particular, é o que se observa do art. 199 da CF, ao prever que o fornecimento e a exploração dos serviços de saúde é livre à iniciativa privada sob a finalidade lucrativa, sem o correspondente aporte de recursos públicos.¹⁴⁶

Invariavelmente, ambas as formas de atuação particular nos serviços de atendimento à saúde se demonstram mais presentes na sociedade, à proporção que o Estado é insuficiente ou incapaz de prestar por sua própria conta os serviços públicos de saúde, seja por que o Poder Público tem de recorrer ao particular de forma a auxiliar a disponibilização dos serviços do SUS definidos nos termos do seu dever constitucional, ou por que o próprio indivíduo considera que lhe é conveniente contratar a proteção onerosa oferecida pela assistência médica particular.¹⁴⁷

Nesse contexto normativo, tanto as ações do particular no espectro da saúde suplementar, como também na saúde complementar são consideradas de relevância pública no texto constitucional.

A primeira evidentemente porque o particular passa a fazer parte dos serviços prestados pelo SUS, devendo atuar estritamente em conformidade com os seus princípios e diretrizes, e inclusive de acordo com as normas de direito público.

A segunda, sob outro enfoque, consiste na própria atividade privada do particular, ao explorar a oferta dos serviços de assistência à saúde com o intuito lucrativo, de forma que pode ser livremente exercida, mas dentro dos limites estabelecidos pelo poder regulamentar do Estado.

Destarte, a saúde suplementar consiste na participação do particular na oferta dos serviços de saúde, em conjunto com o oferecimento das ações de saúde pelo SUS, atuando de forma concomitante e com vistas à possibilidade de ampliar a disponibilidade dos serviços, por meio do financiamento direto do indivíduo.

¹⁴⁴ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 201-202

¹⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima et al. **Saúde e responsabilidade 2: A nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 125.

¹⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 589-590.

¹⁴⁷ 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, vol. 6, n. 21, jan. 2008, p. 157.

Por esse motivo, é que se considera que o Brasil adota um sistema misto ou híbrido de saúde, ao compreender a possibilidade de prestação de serviços de atendimento à saúde tanto pela rede pública, como também pela atividade privada, sendo que ambos devem estar direcionados para a realidade social do direito fundamental à saúde, conquanto as ações de saúde tratam-se de um serviço público essencial e relevante.¹⁴⁸

Esse meio de fornecimento de ações de saúde do sistema complementar traduzem em verdade a exploração da atividade econômica *stricto sensu* pelo particular, regida pela livre concorrência e predominantemente sob os ditames do direito privado, a qual é regulamentada pelo Estado sob os limites da sua possibilidade de intervenção no domínio econômico.

É importante destacar que os serviços suplementares à saúde, até a edição da Lei n. 9.656/98, operavam sem uma legislação específica do setor, limitando-se ao Decreto-Lei n. 73, de 21 de setembro de 1966, das disposições do Código Civil, bem como do Código de Defesa do Consumidor, sendo que a fiscalização do setor cabia à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Com a Lei n. 9.656/98, Lei dos Planos de Saúde, foram estabelecidas disposições específicas para a disciplina normativa do setor, trazendo grandes novidades, como por exemplo a obrigatoriedade de obtenção de autorização de funcionamento e o obrigatório registro das obrigações junto à agência reguladora, instituição da cobertura parcial temporária das doenças e lesões preexistentes, além da garantia da execução equilibrada dos contratos.

Por esse motivo, somente as pessoas jurídicas regularmente constituídas, com autorização para funcionar, nos termos da Lei n. 9.656/98, denominadas Operadoras de Plano de Assistência à Saúde, podem prestar por si ou por profissionais credenciados o atendimento da assistência médica particular à saúde, com o oferecimento dos serviços de forma onerosa no mercado de consumo, estando subordinadas à regulação controle e fiscalização da ANS.

É possível considerar entretanto que existem mais de um tipo de operadora de plano saúde, tendo em vista que se pode encontrar aquelas que se obrigam à prestação de serviço, à garantia do pagamento ou reembolso com gestão financeira ou ainda em regime de autogestão, quando se obrigam a gerenciar diretamente a cobertura para um grupo delimitado de usuários.

Dessa forma, a saúde complementar verifica-se pelo oferecimento do Plano Privado de Assistência à Saúde no mercado de consumo, definido nos termos do art. 1º, I, da Lei n. 9.656/98, tendo como principal característica desse tipo de serviço a cobertura de custos assistenciais a preço determinado, a fim de garantir a assistência à saúde, seja pelo atendimento

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Lei de planos de saúde (Lei 9.656/1998): dez anos depois**. Revista de Direito do Consumidor, n. 67, 2008, p. 52.

de profissionais integrantes ou não de rede credenciada, a ser custeado integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador.

Vale também registrar que os planos de saúde tanto são comercializados individualmente com a oferta ao consumidor, como também por meio dos planos empresariais, no qual se objetiva a proteção de grupos de uma determinada categoria. De todo modo, em ambos os casos, o custeio do atendimento médico particular verifica-se por meio do pré-pagamento do respectivo preço para a cobertura de uma variedade de serviços determinados na apólice de seguro.

Nessa forma de contratação, a assistência à saúde particular essencialmente segue uma dinâmica da cobertura de eventos previstos no contrato. Assim, o atendimento é garantido pela ocorrência do evento incerto ou sinistro coberto pelo contrato de plano de saúde, o qual deve corresponder ao custo financeiro dos respectivos serviços contratados, de forma que se tornam mais caros os planos com maiores níveis de previsão na ocorrência de eventos imprevistos.

Esse custo dos contratos de planos de saúde são oferecidos ao consumidor contratante com base na possibilidade de incremento do risco abrangido pelo contrato securitário, por esse motivo, em regra o preço da contratação é variável, conforme as variáveis do destinatário segurado, considerando-se por exemplo o perfil de idade, sexo, histórico familiar e a existência de doenças preexistentes, no sentido de considerar a probabilidade maior ou menor da ocorrência dos eventos cobertos como fator determinante para o preço da contratação, o que também é feito nos planos coletivos de saúde, tendo em vista a média de risco geral daquela coletividade beneficiária.

Dessa forma, as operadoras de planos privados de saúde exploram de forma econômica o mercado de serviços assistenciais à saúde, com base na gestão de um fundo coletivo de recursos, formado pelo financiamento do prêmio mensal pago pelos indivíduos contratantes.

Assim, o capital é gerido pela empresa com função distributiva entre os usuários, para o fim de cobrir com receitas suficientes os riscos contratados, verifica-se portanto um processo de mutualismo no custeio das atividades da seguradora, na medida que os recursos passam a fazer parte de um fundo comum.¹⁴⁹

É importante considerar que os contratos dos planos de saúde representam na contemporaneidade uma nova forma de obter o acesso à saúde, na medida que o Poder Público é incapaz de atender de forma suficiente a demanda da população na rede pública de saúde, por esse motivo os planos de saúde demonstram-se como um meio de a sociedade obter o acesso à

¹⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Consumidores de seguros e planos de saúde. In: Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31

saúde, motivo pelo qual a regulação desse tipo de serviço de relevância pública deve ser feita de forma a atender o anseios do consumidor contratante.¹⁵⁰

3.2 – DA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO E REGULAÇÃO ECONÔMICA

A relação entre Estado e economia é essencial para se compreender a positivação e eficácia dos direitos em dado ordenamento jurídico, na medida que os instrumentos regulatórios do direito devem estar construídos em consonância com a atividade econômica, a qual visa à produção de bens e riquezas para a satisfação das necessidades humanas.

Isso porque a atividade econômica é um fenômeno jurídico essencialmente relevante para a criação do direito, pois, em conformidade com o fundamento da dignidade da pessoa humana, promove o bem-estar social, conquanto possibilita ao indivíduo o alcance dos meios materiais de sua subsistência e de realização.

Nessa perspectiva, é possível considerar que o progresso da atividade econômica e o desenvolvimento das condições materiais do Estado tem também uma finalidade humana e social, permitindo-se a melhoria das condições sociais da população, juntamente com avanço econômico, se observado no desenvolvimento econômico uma justiça distributiva.¹⁵¹

Por esse motivo, a atividade econômica exercida pelo particular na prestação dos serviços de saúde tanto exerce a sua função social econômica, como também é considerada de relevância social, porque se destina ao fornecimento do acesso à saúde. Nessa medida, ela pode ser encarada tanto sob as condições econômicas que influenciam a atuação do setor nessa área,¹⁵² como também sob os limites de intervenção do Estado na regulamentação dessa atividade econômica.

Nessa perspectiva, o direito enquanto atividade normalizadora do particular deve considerar os mecanismos que o Estado dispõe para o exercício da fiscalização, regulação e fomento da atividade econômica, com fulcro a permitir a realização da função social e o desenvolvimento do capital privado.

Assim, deve-se considerar a justiça social e os valores constitucionalmente assegurados, tendo por objetivo a distribuição de riquezas e a inclusão de todos os setores da sociedade na

¹⁵⁰ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado Contratos de Adesão, Planos de Saúde e Seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵¹ WALD, Arnoldo. **O Direito do Desenvolvimento**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, maio, 2011. p. 221 – 238.

¹⁵² OLIVEIRA, George Felício Gomes de. **Direito e Desenvolvimento: um Campo de Estudos**. Revista dos Tribunais, vol. 988/2018, Fev / 2018, p. 355–383.

promoção do desenvolvimento econômico sustentável, do ponto de vista socialmente responsável e com viabilidade financeira.¹⁵³

Com base nesse premissa, a intervenção do Estado no domínio econômico deve ser pautada pelo interesse público, pretendendo buscar não apenas o desenvolvimento econômico, sob a finalidade da eficiência com a melhora dos meios de produção, mas também a perspectiva social do progresso econômico com a inclusão dos setores mais desfavorecidos da sociedade.

Isso também porque a regulação e intervenção do Estado na atividade econômica exercida pelo particular com o fito lucrativo pode, tanto propiciar melhores condições de realização social, distribuindo à sociedade melhores meios de exercício do direito, como por outro lado, acarretar a concentração de renda e o abuso desenfreado do poder econômico pelo particular, tornando o ambiente social vulnerável, com as desigualdades materiais entre os indivíduos.

Diante dessas falhas de mercado, também se torna legítima a intervenção do Estado na atividade econômica com objetivo de uma regulação social,¹⁵⁴ porque tem por objetivo impedir o efeito danoso da economia desregrada sobre a sociedade.

Portanto, se o objeto de entendimento do direito demanda a análise da eficácia concreta do direito fundamental à saúde, o qual é exercido como dever do Estado mediante a instituição de políticas, mas também em conjunto com a atividade do particular no âmbito da saúde suplementar, vale compreender se a intervenção do Estado nessa atividade econômica, relativa à prestação dos serviços privados de saúde, é exercida com vistas a promover a autonomia privada em consonância com a função social que lhe é inerente.¹⁵⁵

Evidentemente, é preciso considerar inicialmente que a conduta econômica é baseada em regras que respondem a sua própria natureza de funcionamento, pois a atividade econômica em si detém seus próprios princípios informadores que ajustam a atividade do particular, cujo objetivo em essência em si não é o lucro, e não a busca da melhoria das condições sociais do Estado, conquanto cabe ao direito possibilitar que o lucro esteja aliado ao bem-estar social.¹⁵⁶

¹⁵³ LARA, Luiz Gustavo Alves de; OLIVEIRA, Samir Adamoglu de. **A ideologia do crescimento econômico e o discurso empresarial do desenvolvimento sustentável**. Cadernos EBAPE.BR., Vol. 15, n. 2, Rio de Janeiro, abr./jun, 2017. p. 345-348.

¹⁵⁴ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceptualising Social And Economic Regulation: Implications for Modern Regulators And Regulatory Activity**. A. Monash University Law Review., Vol. 38 Issue 2, 2012. p. 221.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial**. Revista Seqüência (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014. 282-284.

¹⁵⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**, 6th ed. 2016. p. 4

Assim, a normatividade do direito destinada a disciplinar os fenômenos econômicos não se deve pautar pela modificação da natureza inerente à atividade econômica, cujas regras são rígidas para o desempenho lucrativo do capital privado, em verdade, a disciplina normalizadora do direito na atividade econômica deve considerar os limites definidores da intervenção do Estado traçados pela própria autonomia privada, cuja garantia também se constitui como direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Essa relação de intervenção do Estado na economia, com diferentes alcances sobre a disciplina regulatória da atividade do capital privado, tem importantes transformações ao longo do contexto histórico, inclusive em razão das mudanças no próprio conceito do Estado. Nessa medida, é possível ressaltar, pelo menos, a existência de três fases distintas e marcantes na concepção da intervenção econômica do Estado até a evolução do atual pensamento sobre econômico da atuação do Estado no domínio econômico.

A primeira delas tem o início justamente com o Estado Liberal, formado pela ideia de absentismo, surgido no Século XVIII, após o declínio do Estado Absolutista, concentrando-se a sua proteção em essência aos direitos individuais, políticos, bem como à liberdade da livre iniciativa e à proteção à propriedade privada, em atenção aos reclamos da burguesia latente, na medida que a atividade econômica seria regulada pela “mão invisível” do mercado.

Posteriormente, essa forma de relacionar a atividade econômica com a livre-iniciativa e à proteção da propriedade particular despida de um regramento estatal modifica-se com o surgimento do Estado Social de Direito, principalmente após 2ª Guerra Mundial, conquanto se tratou de fato histórico marcante e suficientemente capaz de evidenciar desigualdade material dos indivíduos, proporcionada pela abstenção do Estado Liberal.

Logo, cria-se uma nova perspectiva de Estado prestador e intervencionista, também denominado do Estado Social de Direito ou Estado Providência, tendo em vista o incipiente dirigismo econômico, com o objetivo de satisfazer às necessidades sociais.

E ao mesmo tempo, essa atuação do Estado, no sentido de reduzir a desigualdade social, por meio da intervenção econômica, seja por meio de mecanismo de restrição à liberdade contratual ou à fixação de preços, passa a ser reformulada com a possibilidade de um Estado Democrático de Direito, pautado por um pensamento neoliberal.

O surgimento desse movimento teórico tem como pressuposto a diminuição do tamanho do Estado, em virtude do custo econômico da sua atuação em todas as áreas afetas à sociedade, como também pela insuficiência no atendimento de todas as demandas sociais, com o objetivo de retirar as atividades econômicas do domínio Poder Público, cuja atribuição é essencialmente da iniciativa privada.

Assim, desponta o que se pode denominar de Estado Regulador, cujo comportamento passa a ser a devolução de atividades aos particulares, juntamente com a delegação de serviços públicos à esfera privada.

A atividade econômica tona-se portanto objeto de fomento pelo poder público e regulada por mecanismos de intervenção do Estado,¹⁵⁷ evidenciando-se, assim, tanto uma intervenção direta no domínio econômico, como também indireta por meio da desestatização de atividades que passam a ser exercidas pelo particular.

É interessante pontuar que esse movimento de considerar o Estado destinado a regular a atividade econômica particular, a partir de uma óptica neoliberal, verifica-se no Brasil, essencialmente, após a década de 1990, quando então passa a ser uma diretriz a ser seguida pelos governos brasileiros para a retirada da presença do Estado nas atividades econômicas constitucionalmente reservadas à iniciativa privada, bem como pela execução indireta dos serviços públicos, servindo-se de instrumentos de delegação ao mercado.

Nesse contexto, também se verifica o início da criação de instituições destinadas à regular o mercado privado em determinado setor econômico, de forma que no Brasil começam a surgir as agências reguladoras, como entidade de direito público dotadas de poder normativo técnico e de relativa independência da gestão política de governo, com o fim especial de disciplinar as relações privadas de determinado setor econômico da sociedade.¹⁵⁸

Essa forma de intervenção do Estado no domínio econômico tem por objetivo, portanto, a intervenção regulada no domínio econômico, no sentido de que o Estado atuará como agente normativo da atividade econômica privada, para que esta atinja a sua finalidade social esperada, valendo-se de mecanismos de fiscalização, incentivo e planejamento.

Logo, trata-se de uma intervenção limitada e pontual na medida que impera a necessidade de satisfação do interesse público, com vistas à observância da função social exercida pelo capital privado.

Com esse viés é que se verifica a disciplina da ordem econômica constitucional, a qual vem a ser apoiada em valores do trabalho humano, livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos indivíduos uma existência digna, no sentido de uma justiça social, como se observa dos termos do art. 170 da CF.

¹⁵⁷ JORDANA, Jacint; LEVI FLAUR, David. **The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms the Age of Governance.** p. 148. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=1TmMDMIDgj8C&oi=fnd&pg=PA145&dq=regulatory+state&ots=XcEZeBGcbO&sig=Ba4-avT8iHQxJMCM1xysfOmR_g4#v=onepage&q=regulatory%20state&f=false. Acesso em: 04.09.2018.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Ed. Dialética. 2002. p. 51.

Aliás, exatamente em razão dessa previsão constitucional, é possível antever que são fundamentos da ordem econômica tanto a valorização do trabalho humano, pela proteção do trabalhador, como também a livre-iniciativa, no sentido de que o indivíduo detém a liberdade para o desenvolvimento da sua atividade econômica.

Logo, qualquer intervenção do Estado no domínio econômico deve ser pautada pela necessidade de proteger o fundamento da república consistente na dignidade da pessoa humana, bem como promover a justiça social.

Essa diretriz de intervenção também se revela nos casos de exploração de atividade econômica direta pelo próprio Estado, na medida que ela somente será permitida quando necessária à segurança nacional ou por relevante interesse coletivo definido em lei, conforme assim prevê o artigo 173 da CF.

Ou seja, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado brasileiro apenas ocorrerá de maneira subsidiária por meio das empresas estatais, considerando a necessidade de defesa da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

De todo modo, observa-se que a exploração da atividade econômica será reservada à livre iniciativa privada, cabendo ao Estado o seu exercício somente em hipóteses excepcionais. No entanto, mesmo a autonomia das atividades particulares econômicas estão gravadas necessariamente com o desenvolvimento econômico e social, de acordo com a política de intervenção do Estado no domínio econômico.

Isso também porque os princípios que informam a ordem econômica previstos no texto constitucional, dentro dos quais se pode mencionar, por exemplo, a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente visam em essência uma justiça social, em consonância com os fundamentos e objetivos sobre os quais se assenta a República Federativa na forma dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Vale também descrever que, na medida que o Estado portanto detém o poder soberano sobre o domínio econômico interno, é possível considerar que ele possui diferentes mecanismos de intervenção na atividade do particular, como a própria intervenção direta, pela sua própria atuação de Estado empresário, e a intervenção indireta na ordem econômica, pelos instrumentos da regulação normativa, fomento, planejamento e repressão do abuso do poder econômico.

Dentre esses mecanismos de intervenção do Estado no domínio econômico desponta a análise da regulação, como atividade normativa capaz de disciplinar a atividade privada, especialmente porque é afeta à análise da sistemática do ressarcimento ao SUS, ao impor uma obrigação legal às operadoras de planos privados de saúde.

Assim, enquanto o planejamento visa a ação programática do Estado, sendo indicativo para o setor privado e determinante para o setor público, nas ações sobre o domínio econômica, como também o fomento tem por objetivo a concessão de incentivos para o desenvolvimento econômico, a regulação, por outro lado, trata-se da modalidade de intervenção do Estado, no qual estabelece condições para o exercício da atividade particular.

A regulação equivale portanto ao condicionamento do exercício da atividade econômica privada por meio de lei ou ato normativo, no qual se insere tanto a edição das normas, como também o processo de implementação e fiscalização pelo Poder Público, de forma pró ativa. Assim, a regulação do setor econômico se demonstra especialmente quando o Estado exerce o seu papel de agente normativo regulador de determinada atividade produtiva.

Vale registrar que a regulação do Estado pode ser tanto justificada pela necessidade de satisfação do interesse público, como também pelo objetivo de corrigir as falhas estruturais do mercado, conforme a doutrina da Escola de Chicago.

Assim, abuso do poder de mercado, como o monopólio, a assimetria na relação jurídica do fornecedor e consumidor, além das externalidades que envolvem a atividade econômica, são fatores que a regulação normativa visa corrigir como instrumento de intervenção no domínio econômico.

Logo, observa-se que a intervenção do Estado por meio do estabelecimento de normativas reguladoras tem como pressuposto o interesse público e o desenvolvimento econômico social. Isto é, muito embora o Poder Público disponha de meios para limitar a atividade econômica do particular, essa forma de intervenção deve encontrar limites justificadores que visem o bem comum.

De forma contrária, na hipótese da intervenção do Estado no domínio econômico, por meio de uma regulação ilegítima, criam-se novas falhas no mercado, como por exemplo: o próprio paternalismo estatal; a satisfação do interesse de grupo econômicos e não da sociedade; e também o excesso regulatório, no qual se torna reduzido o espaço para a atividade econômica, em razão do abuso do Estado.

Portanto, se por um lado a ausência completa do Estado na regulação da atividade econômica permite um espaço desregrado nocivo aos interesses públicos, sem permitir o desenvolvimento econômico ordenado para o progresso social e a distribuição de riqueza, por

outro, a intervenção desmedida ilegítima do Estado regulador cria novos desequilíbrios no domínio econômico.¹⁵⁹

Ademais, como se destacou anteriormente, no atual cenário normativo, especialmente após a Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida pela Reforma Administrativa, desponta a preocupação do Estado brasileiro para o desenvolvimento de uma administração gerencial com vistas à eficiência e obtenção de resultados, motivo pelo qual a política governamental de intervenção regulatória deve ser concentrada na regulação do capital privado, de acordo com a sua função social, cabendo assumir o protagonismo na resolução dos problemas sociais para proporcionar o mínimo necessário para o exercício dos direitos fundamentais.¹⁶⁰

Essa forma de regulação da atividade privada também se revela na assistência médica particular, especialmente, por meio das atribuições da Agência Nacional de Saúde Suplementar, como organismo estatal destinado a disciplinar a relação de mercado das operadoras de planos de saúde, tendo sido criada pela Lei n. 9.961/2000, com natureza jurídica de autarquia e atuação em todo território nacional.

Dessa forma, como as demais agências reguladoras, a ANS não detém o poder normativo autônomo para criar novas normas jurídicas, pois, em vez disso, na condição de órgão regulador de mercado exerce o poder normativo técnico da atividade, o qual deve respeitar as previsões legais já existente.

Portanto, a agência reguladora não é titular do poder legislativo para inovar no ordenamento jurídico, mas sim delegatária do poder polícia da administração pública, motivo pelo qual também possui a atribuição de fiscalização e controle do setor, como por exemplo a atividade de condução do procedimento administrativo do ressarcimento ao SUS, o qual se insere como meio de intervenção do Estado na atividade econômica.

3.3. DO RESSARCIMENTO AO SUS NO DIREITO BRASILEIRO

O ressarcimento ao SUS consiste, em sua essência, na possibilidade de os custos gastos com o atendimento do indivíduo na rede pública de saúde serem ressarcidos pelas operadoras de planos privados de saúde, caso o paciente destinatário do tratamento seja ao mesmo tempo contratante de plano de saúde.

¹⁵⁹ SPERANDIO, Luan. **Consequências do Intervencionismo no Mercado de Saúde Suplementar Brasileiro**. MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia. Volume V, Número 1 (Edição 9), jan-jun, 2017. p. 135.

¹⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **A Maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho. p. 343.

Logo, desde que o mesmo procedimento médico esteja coberto pela contratação do plano de saúde, os custos desse atendimento, quando fornecido pelo SUS, devem ser ressarcidos ao poder público pelo prestador privado dos serviços de saúde.

A fonte de legislativa dessa obrigação de ressarcimento pelas operadoras de planos privados de saúde encontra-se prevista no artigo 32 da Lei n. 9.656/1998, doravante conhecida pela Lei dos Planos de Saúde, incluído por ocasião da edição da Medida Provisória n. 2.177-44 em 2001, ao estabelecer que serão ressarcidos pelas operadoras os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e dependentes nas instituições integrantes do SUS, bem como ao dispor nos seus parágrafos seguintes os critérios procedimentais a serem observados na prática ressarcimento.

Portanto, o indivíduo que, muito embora tenha contratado um plano de saúde, para a cobertura de determinados serviços de assistência médica privada, mas que, no entanto, no momento do atendimento, opte por recorrer à rede pública de saúde tem a mesma forma de prestação de serviços públicos de saúde de qualquer outro usuário, porém, nessa sistemática passa a ser estabelecida uma nova relação jurídica apartada formada entre o particular prestador de serviços de saúde e SUS, representado pela ANS, cujo objeto refere-se ao custos do atendimento à saúde.

Assim sendo, alguns aspectos devem ser ressaltados para a delimitação do objeto de análise do ressarcimento ao SUS, primeiramente o modo de desenvolvimento do procedimento administrativo do ressarcimento ao SUS previsto no ordenamento, conquanto se trata de um conjunto de atos destinados à recuperação dos custos decorrentes do atendimento hospitalar ocorrido na rede pública, como também a forma pela qual o ressarcimento é considerado na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

Nessa medida, vale esclarecer que, nos termos do artigo 20 da Lei n. 9.656/98, Lei dos Planos de Saúde, as operadoras de planos de saúde são obrigadas a fornecer periodicamente à ANS todas as informações relativas à identificação cadastral de seus consumidores e dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem.

Além disso, a ANS, no exercício das suas atividades de fiscalização e nos limites do procedimento estabelecido tem livre acesso aos documentos, processos e contratos relativos aos produtos comercializados pelas operadoras de planos de saúde, trata-se portanto da criação de um cadastro dos beneficiários dos planos de saúde pela ANS.

Do mesma forma, as unidades prestadoras dos serviços públicos de saúde do SUS encaminha periodicamente à ANS as informações relativas à identificação do usuário atendido

na rede pública de saúde, como por exemplo, as respectivas Autorizações de Internação Hospitalar, doravante denominadas AIH, as quais se constituem como uma verdadeira lista contendo os dados dos pacientes atendidos pela rede credenciada do SUS, apurada durante determinado período e enviada mensalmente à ANS, por meio de um arquivo magnético e eletrônico.¹⁶¹

Desse modo, assim que ocorre o atendimento do paciente na rede pública de saúde é gerada uma informação eletrônica cadastral, posteriormente enviada à ANS, a qual se utilizando dessa informação realiza o cruzamento das informações contidas aos atendimentos das unidades prestadoras de serviços vinculadas ao SUS juntamente com as informações cadastrais das operadoras de planos de saúde constantes do banco de dados da ANS, nos termos do art. 20 da Lei n. 9.656/98.

Assim, após ter sido verificada a ocorrência da obrigação legal de ressarcimento do SUS o procedimento administrativo volta-se à realização da notificação das operadoras de planos privados de saúde, preferencialmente, por meio eletrônico, com a expedição do denominado Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), oportunidade a partir da qual a operadora pode apresentar a impugnação com as respectivas razões acerca da inexistência de eventual obrigação legal de ressarcimento.

É importante ressaltar que, para a efetivação do ressarcimento, a ANS deverá disponibilizar também a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor no âmbito do SUS, como forma de tornar possível a impugnação acerca da obrigação contratual prevista e o atendimento despendido com o paciente.

Outro aspecto relevante acerca do procedimento administrativo destinado ao ressarcimento ao SUS diz respeito ao cálculo do valor a ser cobrado à título de ressarcimento prestados, conquanto o art. 32, §8º, da Lei n. 9.656/98, estipula que os valores objeto do ressarcimento ao SUS não poderão ser inferiores àqueles praticados pelo SUS, nem ser ao mesmo tempo superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde.

Assim, o valor devido à título de ressarcimento ao SUS irá resultar da multiplicação do denominado Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR, o qual é estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), sobre o valor lançado no documento do SUS de autorização de internamento ou de registro do atendimento, sendo que esse valor contido no documento é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações

¹⁶¹ BRASIL, ANS. **O que é uma AIH - Autorização de Internação Hospitalar? (RESSARCIMENTO AO SUS)**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=operadora&resposta=1559&historico=17939656. Acesso em: 26.08.2018.

Ambulatoriais de Informação Hospitalar SAI/SIH – SUS, nos termos da Resolução Normativa n. 367, de 18 de dezembro de 2014 da ANS.

Portanto, os valores da Tabela de Procedimentos Unificada do SUS podem ser majorados seja por meio de incentivos ou outros acréscimos, em virtude de critérios como a habilitação da unidade prestadora, caracterização do estabelecimento como de referência, tempo de internação, nota de avaliação do estabelecimento, o que pode incluir a cobrança de acréscimos referentes a custos administrativos de alguns hospitais.¹⁶²

De todo modo, posteriormente, decidida a impugnação apresentada pela operadora de planos de saúde pela Diretoria de Desenvolvimento Setorial – DIDES da ANS, bem como decidido o eventual recurso interposto à Diretoria Colegiada da ANS, como última instância administrativa, será realizada a notificação da operadora de planos de saúde, para a realização do recolhimento do valor devido, caso tenha sido julgado procedente a obrigação do dever legal de ressarcimento ao SUS.

Diante disso, findo o procedimento administrativo que conclua pela obrigação legal de ressarcimento ao SUS, a operadora de plano de saúde será notificada para recolher os valores devidos até o 15º (décimo quinto) dia da data de recebimento da notificação de cobrança encaminhada pela ANS, cujo recolhimento deve-se dar por meio de Guia de Recolhimento da União - GRU, com a destinação dos valores ao Fundo Nacional de Saúde – FNS.

No entanto, caso a operadora de plano de saúde não proceda ao recolhimento dos valores devidos à título de ressarcimento ao SUS até o prazo assinalado, os valores serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual competirá adotar as providências necessárias para a cobrança judicial dos referidos créditos, como por exemplo o ajuizamento da respectiva execução fiscal em face da operadora de plano de saúde, com os acréscimos de juros de mora de um por cento e multa de mora de dez por cento, sendo possível a celebração de parcelamento do débito junto a ANS, nas condições a serem previstas em legislação.

Oportuno salientar que a ANS também dispõe de outro mecanismo extrajudicial para a cobrança dos valores derivados do ressarcimento ao SUS, qual seja a inscrição da operadora de plano de saúde junto ao Cadastro Informativos de Créditos não quitados do setor público federal

¹⁶² BRASIL, ANS. **A cobrança de acréscimos referentes a custos administrativos de alguns hospitais deve ser ressarcida ao SUS?** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/centraldeatendimento/?view=operadora&resposta=1418&historico=2115499>. Acesso em: 26.08.2018.

(Cadin)¹⁶³, após o não pagamento do crédito até setenta e cinco dias depois do vencimento da obrigação.

Tal instrumento extrajudicial para a cobrança pode ser considerado relevante, uma vez que é obrigatória a consulta prévia ao Cadin pelos da Administração Pública Federal para a concessão de incentivos financeiros, fiscais e celebração de convênios que envolvam o desembolso de recursos públicos a qualquer título, na medida que determinadas operadoras também podem participar concomitantemente de forma complementar e credenciado ao atendimento do SUS.

Com base nessa perspectiva é possível considerar que a cobrança do ressarcimento ao SUS opera a partir de um mecanismo automático, no qual em primeiro plano não há a necessidade de participação ativa do paciente consumidor do plano de saúde, revelado por meio de um procedimento administrativo, essencialmente eletrônico, no qual participa a rede credenciada do SUS, as operadoras dos planos de saúde e ANS, a qual concentra o poder normativo sobre a disciplina do procedimento destinado a proferir uma coisa julgada administrativa, com a observância do contraditório, assim como a própria persecução da cobrança judicial do débito.

Outro ponto a ser observado acerca do procedimento do ressarcimento ao SUS diz respeito ao cômputo da destinação dos recursos arrecadados na aplicação mínima das ações de saúde, isso porque, conforme destacado no capítulo anterior, a destinação dos recursos públicos previstos nos orçamentos de cada um dos entes da federação deve atender a um percentual mínimo da respectiva receita corrente líquida, quando se trata da aplicação nas ações e serviços públicos de saúde, nos termos impostos pela Constituição Federal, o que poderia ser feito pela utilização dos recursos obtidos pelo ressarcimento ao SUS.

No entanto, por ocasião da inclusão do §9º do artigo 32 da Lei n. 9.655/98, por meio da Lei n. 12.469/2011, tornou-se vedada a utilização dos recursos derivados dos ressarcimento ao SUS para o cômputo do mínimo constitucional definido como aplicação obrigatória nas ações de saúde pelo Poder Público.¹⁶⁴

Essa modificação legislativa inserida em 2011 é importante na análise do fenômeno do ressarcimento ao SUS, porquanto permite afirmar que a arrecadação dos recursos pelo ressarcimento não cria qualquer desoneração ou diminuição dos recursos orçamentários a qual

¹⁶³ BRASIL, STJ. 1ª Turma. **AgRg no AREsp 307.233-RJ**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 6/6/2013.

¹⁶⁴ BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada - Artigo por Artigo**. 3ª edição. Forense, 2015.

o Estado já é obrigado a aplicar nas ações de saúde do SUS por força da Constituição, muito embora proporcione uma nova fonte de receita para o Estado.

Ainda assim, esse ingresso de receitas para o Estado derivados da exploração da atividade econômica das operadoras de planos de saúde torna possível o custeio da prestação do serviço público de saúde pelo Estado, conquanto este já tem o dever constitucional de disponibilizar a prestação do serviço público de saúde de forma universal e integral a quem dele vem a necessitar, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

Em outra análise, conquanto se identifiquem os serviços prestados pela rede pública e aqueles previstos no contrato de seguro saúde, a sistemática do ressarcimento ao SUS possibilita que o custo gasto pelo Estado no atendimento do cliente do plano de saúde privado, abrangido pela dimensão do direito constitucional à saúde, seja pago pela operadora, na medida que satisfaz o custeio universal despendido pela rede pública, de forma que indiretamente transfere ao particular os custos do tratamento de saúde promovido pelo setor público, na medida que identifica a existência de um contrato de seguro saúde.

Em virtude dessa possibilidade de considerar a transferência dos custos públicos para a iniciativa privada, a obrigação legal de ressarcimento ao SUS, contida ao art. 32 da Lei n. 9.656/98, passou portanto a ser objeto de questionamento de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, tanto no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1931-7, como também nos autos de Recurso Extraordinário n. 597.064, com repercussão geral reconhecida.

Em ambos os processos judiciais, as principais alegações no interesse das operadoras de planos de saúde referem-se, em síntese, aos fundamentos de que o Estado já tem o dever constitucional de assegurar o direito à saúde de forma universal, gratuita e integral, nos termos previstos pelo art. 196 da Constituição Federal, bem como que a atividade econômica de assistência particular à saúde é livre à iniciativa privada, na forma do art. 199 da CF.

Assim, é possível destacar que, proposta a ADI n. 1931 pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), questionava-se a ingerência na autonomia privada do Estado na atividade das operadoras de planos privados de saúde, uma vez que estaria transferindo ao particular o dever do Estado de assegurar o direito à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.¹⁶⁵

Por outro lado, naqueles autos, a Advocacia Geral da União considerou que o reembolso do artigo 32 da Lei n. 9.656/98 tratava-se de ressarcimento pelos serviços prestados, uma vez

¹⁶⁵ BRASIL. STF. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1931-7**. Rel. Min. Marco Aurelio. 10/12/1998. fl. 43.

que se não for assim, haveria o enriquecimento sem causa das empresas privadas, que já receberam dos contratantes do plano, de acordo com os termos contratuais, baseados em cálculos atuariais, já previamente elaborados.¹⁶⁶

Diversamente, a Recorrente Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores, ao interpor o Recurso Extraordinário n. 597.064, afirmou ser flagrantemente inconstitucional o art. 32 da Lei n. 9.656/98, uma vez que, por meio da sistemática do ressarcimento, verificava-se que o Estado buscava obter a compensação financeira, pela iniciativa privada, de um serviço de atendimento à saúde da qual já está, constitucionalmente, obrigado a prestar, e para o qual já tem as verbas previstas em seu orçamento.¹⁶⁷

Em contraposição, de acordo com a Agência Nacional de Saúde, no RE n. 597.064, quando as operadoras de planos de saúde indevidamente recusam ou omitem-se ao assegurar a cobertura contratada, especialmente nos tratamentos de alto custo, o cidadão passa a buscar o mesmo atendimento no SUS, onde se verifica uma lógica perversa, no sentido de que há o lucro privado, mas com o custo sempre do patrimônio público.¹⁶⁸

Por essa razão, defendeu a ANS que a natureza jurídica do ressarcimento tratar-se-ia de verdadeira obrigação civil, e não tributária, na medida que permite o sistema público de saúde receba de volta os valores que acabou por disponibilizar para determinado segmento do setor privado, com fundamento na proibição do enriquecimento sem causa.¹⁶⁹

De forma distinta, em parecer elaborado por Bernardo Ribeiro de Moraes, no bojo dos autos da ADI n. 1931, considerou-se que o valor exigido à título de ressarcimento ao SUS tem na prática a natureza de um preço público pelo serviços prestado pelo Estado, estando em contrariedade com o sistema de custeio proposto à seguridade social, nos termos do art. 195 da Constituição Federal, a qual deve ser financiada pelos tributos da espécie contribuição social.¹⁷⁰

De todo modo, é importante ressaltar que, tanto o questionamento no âmbito da ADI n.1931, como também nos autos de RE n. 597.064, foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto aos 14 de fevereiro de 2018, no sentido da constitucionalidade do art. 32 da Lei n. 9.656/95, ao prever a sistemática do ressarcimento ao SUS, devendo que se consignar especialmente os termos da tese fixada em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no seguintes termos como ficou definido do julgamento do RE n. 597.064:

¹⁶⁶ BRASIL. STF. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1931-7. Rel. Min. Marco Aurelio. 10/12/1998. fl. 640.

¹⁶⁷ BRASIL, STF. RE n. 597.064. Relator Min. Gilmar Mendes. 16/08/2005. fl. 06.

¹⁶⁸ BRASIL, STF. RE n. 597.064. Relator Min. Gilmar Mendes. 16/08/2005. fl. 427.

¹⁶⁹ BRASIL, STF. RE n. 597.064. Relator Min. Gilmar Mendes. 16/08/2005. fl. 430.

¹⁷⁰ BRASIL. STF. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1931-7. Rel. Min. Marco Aurelio. 10/12/1998. fl. 770

É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.¹⁷¹

Dentre as principais razões de decidir contida no aludido julgado proferido pelo STF no âmbito do RE n. 597.064, observa-se do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, ao considerar que o fato da assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, nos termos do art. 196 e 199 da CF não elide a proibição de destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenção às instituições privadas com fins lucrativos, além do que a distinção em análise não se trata do atendimento do SUS ao usuário, mas sim a quem cabe o custo da prestação dos serviços, entre o orçamento público ou às operadoras de planos privados de saúde.¹⁷²

Do mesmo modo, é válido registrar que se considerou do julgamento do RE n. 597.064 que o ressarcimento ao SUS trata-se de mecanismo de intervenção no domínio econômico, ao entender que o Estado permitiu a prestação dos serviços privados de assistência médica particular, sob sua regulação, fiscalização e controle, de forma paralela ao acesso à saúde pública, inclusive com o objetivo de compartilhar o ônus do mandamento constitucional, dividindo-o para possibilitar o acesso à saúde, ressaltando que atualmente a demanda atinge aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira, de acordo o voto do Ministro Relator do RE n. 597.064.¹⁷³

De igual modo, com relação ao custo do atendimento, ponderou-se que deveria prevalecer a primazia do interesse público em proibir o financiamento público indireto das operadoras de planos de saúde, inclusive alertando no sentido de que, entender que o ressarcimento seria indevido, mais de 3 (três) bilhões de reais passariam a ser do Poder Público, razão pela qual o custo da prestação do serviço deve ser assumido pela iniciativa privada, sob pena de transgressão à regra constitucional que veda a destinação de recursos públicos para às instituições privadas.¹⁷⁴

No mesmo sentido, o voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE n. 597.064/RJ, o texto constitucional não possibilita que as atividades particulares sejam incondicionalmente livres, porquanto estão submetidas aos parâmetros de regulação do mercado pelo Estado, sendo que a exploração de serviços de saúde, por se tratar de relevância pública, é ainda maior, com

¹⁷¹ BRASIL, STF. **RE n. 597.064**. Relator Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 07/02/2018. p. 1955-1956.

¹⁷² Ibidem, p. 1886-1887.

¹⁷³ Ibidem, p. 1888.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 1904.

uma disciplina mais rigorosa, considerando a essencialidade dos serviços, a proteção do mercado de consumo e, especialmente, a interdependência existente entre o SUS e o sistema da saúde suplementar, de forma que seria desastroso a especulação lucrativa das operadoras de planos de saúde em detrimento do SUS, numa perspectiva de justiça social.¹⁷⁵

Além disso, no voto do Ministro Alexandre de Moraes contido no RE n.597.064/RJ, pontua-se que o ressarcimento ao SUS tem a finalidade de impedir que as operadoras de planos privados de saúde tenham uma cobertura de serviços insatisfatória, de modo a forçar a ida dos consumidores contratantes à rede pública de saúde para o fim de reduzir os seus custos operacionais, motivo pelo qual se considerou que o ressarcimento ao SUS atende a uma relevante função regulatória do mercado de serviços privados de saúde.¹⁷⁶

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Luiz Edson Fachin no seu voto proferido no RE n. 597.064/RJ, corroborou a tese de que o direito fundamental à saúde não é violado pela sistemática do ressarcimento ao SUS, porque esse está relacionado entre a obrigação da operadora de planos de saúde que se obrigou a prestar os serviços contratados e o SUS, o qual efetivamente despendeu os recursos para o atendimento ao usuário consumidor, assim, trata-se de uma obrigação “ex lege”, com a finalidade de obstar o enriquecimento sem causa das operadoras, que já estavam obrigadas a arcar com o contrato firmado com o consumidor.¹⁷⁷

É relevante destacar nesse contexto que, no RE n. 597.064, em todos os votos proferidos, é rechaçada a ideia de que o ressarcimento ao SUS trata-se de um tributo, seja da espécie imposto ou contribuição social, assim como não se considera que se revela como uma obrigação de reparação derivada da responsabilidade civil, prevista nos termos do art. 884 do Código Civil, mas em vez disso trata-se de uma obrigação cuja fonte é a imposição legal prevista no artigo 32 da Lei n. 9656/1998, ostentando natureza jurídica indenizatória “ex lege” de receita originária do Estado, motivo pelo qual são inaplicáveis as disposições relativas às limitações do poder de tributar, como a necessidade de edição de lei complementar.

Diante disso, é possível considerar que o instituto do ressarcimento ao SUS revela-se por meio de um procedimento administrativo amplamente regrado e conduzido pela ANS, no qual se permite o contraditório das operadoras de planos de saúde, com a possibilidade ainda de mecanismos de cobrança como o ajuizamento da execução fiscal. Na jurisprudência nacional, o ressarcimento ao SUS tem a sua constitucionalidade consagrada, em sede de repercussão geral pelo STF, sendo que os fundamentos em essência que levaram a essa forma

¹⁷⁵ Ibidem, p. 1928.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 1929.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 1945.

de decidir se revelam pela impossibilidade de enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde privado, em detrimento da rede pública de saúde.

3.4 - DA ABORDAGEM CRÍTICA DO RESSARCIMENTO AO SUS

Nessa perspectiva, é possível afirmar que o ressarcimento ao SUS trata-se portanto de uma obrigação estabelecida pelo Estado brasileiro, intervindo na atividade econômica do particular prestador dos serviços médicos de assistência privada, para o fim de devolver ao poder público os custos que este teve no atendimento do seu consumidor, tendo em princípio como pressuposto a existência de um contrato de plano de saúde explorado junto ao mercado de consumo com finalidade lucrativa.¹⁷⁸

Em primeiro plano, é válido considerar que o objeto em torno do qual recai a controvérsia do ressarcimento ao SUS trata-se essencialmente sobre o custeio econômico do direito à saúde do usuário contratante do plano de saúde, na medida que o exercício do direito demanda necessariamente um custeio público.¹⁷⁹

Nesse sentido, discute-se em essência a responsabilidade pelo pagamento do atendimento à saúde do consumidor contratante do plano de saúde, porquanto essa se desdobra tanto na obrigação contratual da operadora de plano de saúde que explora uma atividade econômica de livre mercado, como também no dever constitucional do Estado de garantir a prestação dos serviços públicos de saúde, mediante a instituição de políticas públicas, numa perspectiva universal.

Assim, sob a óptica da política legislativa que se desponta do ressarcimento ao SUS, como também das razões de direito que se considera a constitucionalidade do art. 32 da Lei n. 9.656/98, na forma do julgamento da ADI n. 1931 e do RE n.597.064, pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que a prática do ressarcimento ao SUS justifica-se em função do seu efeito de impedir o enriquecimento sem causa do particular que explora de forma lucrativa a oferta do serviços de acesso à saúde.¹⁸⁰

Com base nessa premissa, na medida que as operadoras de planos de saúde disponibilizam ao mercado de consumo a contratação de serviços médicos particulares de forma

¹⁷⁸ CONDE, Luiz Felipe. **Ressarcimento ao SUS: à luz do direito**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. 2004. p. 40

¹⁷⁹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. W. W. Norton & Company. 1948. p. 15

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 305.

onerosa, assumem concomitantemente o risco da ocorrência do evento futuro e incerto da doença ou agravo saúde do segurado contratante, cuja álea extraordinária é da natureza própria dos contratos de seguro.

Portanto, havendo a ocorrência do sinistro doença previsto nos termos do plano de saúde contratado, torna-se por consequência exigível o cumprimento da obrigação contratual referente à disponibilização dos serviços médicos particulares ao consumidor, nos limites da apólice contratada, haja vista que o ressarcimento não considera aqueles fora do objeto de contratação.¹⁸¹

Exatamente por questão de viabilidade econômica da atividade de oferta dos planos saúde, os custos a serem previstos para o atendimento do consumidor paciente que demande a contraprestação dos serviços médicos, necessariamente, devem ser suportados pela disponibilidade econômica criada com a remuneração dos contratos de seguro saúde.

Essa disponibilidade econômica da operadora do plano de saúde trata-se de uma reserva técnica formada com a arrecadação do preço pago pelo consumidor, cuja capacidade deve remunerar o serviço de forma lucrativa, como também ser suficiente para absorver a ocorrência do eventual sinistro, considerado em termos de cálculos atuariais, sob pena de falência e insolvência do sistema.

Nessa toada, conseqüentemente a atividade econômica do particular que explora a oferta de planos de saúde torna-se tanto mais despida do risco de insolvência, quanto menor for a ocorrência dos consequentes sinistros acobertados pelos planos de saúde contratados, incluindo a recorrência do consumidor à utilização do planos, razão pela qual o custo inerente à atividade revela a probabilidade da pessoa precisar do tratamento.¹⁸²

Por lógico, se o custo da atividade a ser considerado é a necessidade de atender a ocorrência eventual, quanto menor a utilização dos serviços pelo consumidor, ou a necessidade de recorrência à assistência médica do plano de saúde, ainda menor é a possibilidade de desequilíbrio financeiro e o custo da atividade.

Dessa forma, quando a operadora de plano de saúde não despende os recursos com tratamento médico, cujos custos são variáveis e por vezes elevados, são mantidas as

¹⁸¹ MARTINS, T. P.; SAMPAIO JÚNIOR, R. B. **Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários.** Revista de Direito Faculdades Milton Campos. Nova Lima. V. 20. p. 40. 2010

¹⁸² MONTENEGRO, Roberto Alves de Lima. **Formação de Preços para Planos de Saúde: Assistência Médica e Odontológica.** 1a Edição São Paulo: Érica, 2015. p 47.

remunerações vertidas para o fundo formado, levando a cabo tanto a manutenção financeira, como também a possibilidade de expansão da oferta dos serviços.¹⁸³

Assim, sob a perspectiva do ressarcimento ao SUS, para a promoção do lucro da atividade, o particular que explora o mercado de planos de saúde, em tese, passa a utilizar de meios para recursar a cobertura contratual, com o fim de evitar as perdas que teria com o custo do atendimento médico do consumidor.

Com base nisso, ter-se-ia o oferecimento de um serviço no mercado privado, calculado com capacidade de absorver os custos da sua atividade. Porém, no plano prático, a remuneração paga pelo consumidor teria o destino reservado do lucro da atividade, vez que não estaria custeando a contraprestação de serviço contratada. De forma que o consumidor, necessitando do acesso à saúde, com a emergência que lhe é inerente, recorreria então à disponibilização dos serviços de saúde prestados pelo SUS de forma gratuita.¹⁸⁴

Essa dinâmica portanto traduz aquilo que se reporta como enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde envolto na sistemática do ressarcimento ao SUS, uma vez que assim as operadoras de planos de saúde permanecem com a remuneração contratual, mas por outro lado o custo do atendimento necessário ao consumidor continua com o Poder Público, o qual é obrigado a fornecer de forma gratuita, nos termos do seu dever constitucional, previsto pelo art. 196 da CF, sendo que, sob essa perspectiva de entendimento, o Estado passa a absorver o custo do negócio desenvolvido pelo particular.¹⁸⁵

Como, entretanto, as operadoras de planos de saúde atuam sobre um mercado essencialmente regulado pela intervenção econômica do Estado, a imposição da obrigação legal do ressarcimento ao SUS corrigiria essa distorção, haja vista que o recurso que abastece o sistema de público de saúde não poderia destinar a uma pretensa finalidade indireta de enriquecer o particular com finalidade lucrativa.

Vale lembrar portanto que o financiamento do sistema público de saúde, inserido no contexto da seguridade social, é constituído pela imposição do poder de tributar do Estado sobre

¹⁸³ NISHIJIMA, Marislei; CYRILLO, Denise Cavallini; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. **Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil**. Economia e Sociedade, Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 589-611, dez. 2010. p. 593. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v19n3/07.pdf>. Acesso em: 08.08.2018.

¹⁸⁴ FURLANETO, Felipe Carnellosi. **Direito à Saúde e a Iniciativa Privada: O Dever Estatal e a Limitação dos Contratos de Planos de Saúde**. Revista de Direito Privado, abr-jun, vol. 42, 2010. p. 185 – 243.

¹⁸⁵ TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Ressarcimento ao SUS: uma proposta de delimitação da fonte e do fundamento da obrigação constante do art. 32 da Lei n. 9.656/98**. p. 16. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/artigo_dalton_tiburcio_re_ressarcimento_ao_sus.pdf. Acesso em: 20.10.18.

toda a sociedade. Logo, trata-se da composição de um custeio de recursos públicos fundado no princípio da solidariedade social com vistas à prestação de um serviço público essencial.¹⁸⁶

Esses recursos públicos, quando demandados para o custeio do atendimento médico do usuário contratante do plano de saúde, embora tenham como objetivo o exercício do direito fundamental do indivíduo à saúde, por outro lado fomentariam de forma indireta uma atividade lucrativa desenvolvida à custa do Estado, pelo menos de acordo com a tese que advoga em favor do ressarcimento ao SUS.¹⁸⁷

Além disso, em teoria, o ressarcimento ao SUS não implicaria na imposição de um custo maior do que as operadoras de planos de saúde teriam com o próprio atendimento dos seus contratantes, vez que estando limitada às obrigações contratuais travadas com o consumidor do plano de saúde, não extrapola os custos do negócio já previstos para a atividade do particular de assistência médica privada, pois, apenas impõe a operadora de plano de saúde que realize o custeio do atendimento do seu consumidor.

Em verdade, é possível considerar que o ressarcimento ao SUS trata-se de mecanismo “*sui generis*” de intervenção do Estado no domínio econômico, porquanto não se assemelha como forma de fiscalização ou de imposição de sanções, quanto menos de incentivo ou planejamento, visa, por outro lado, reparar ou ressarcir a ação do Estado por atender a demanda que se identifica com a cobertura dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos de saúde.

Ademais, é importante pontuar que, pelo o ressarcimento ao SUS, em princípio, não se estabelece qualquer distinção no tratamento do indivíduo destinatário do direito fundamental à saúde previsto constitucionalmente assegurado, conquanto esse pode, a sua livre escolha, abdicar de consumir o serviços contratados junto à iniciativa privada para exigir o atendimento dentre das políticas públicas estabelecidas pelo Estado no âmbito à saúde.

Inclusive essa dinâmica do ressarcimento ao SUS ocorre de forma independente dos motivos que levaram o paciente a deixar de usufruir da assistência médica particular do plano privado já contratado, assim, em que pese seja possível entrever que o indivíduo, em regra, irá recorrer aos serviços públicos de saúde, na medida que a oferta dos planos de saúde privados não cobre os serviços contratados, conforme a expectativa da relação de consumo, essa

¹⁸⁶ BAHIA, Lúcia. **Padrões e mudanças no financiamento e regulação do sistema de saúde brasileiro: impactos sobre as relações entre o Público e Privado**. Saúde e Sociedade v.14, n.2, p.27, maio-ago 2005.

¹⁸⁷ REIS, Otávia Miriam Lima Santiago. **Ressarcimento ao SUS: fundamento jurídico da cobrança**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade de Viçosa. p. 65 Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/monografia_ressarcimento_ao_sus.pdf. Acesso em: 1º.09.2018.

premissa, no entanto, não é pressuposto dependente de realização para a ocorrência da obrigação de ressarcimento ao SUS.

Logo, é possível que, mesmo com a disponibilização dos serviços privados de assistência à saúde, o consumidor contratante, por outro lado, realize a sua preferência pelo atendimento da rede pública conforme os seus próprios critérios subjetivos, cujo conteúdo não pode ser oposto ao seu direito de acesso ao serviço público de saúde, assegurado constitucionalmente, porquanto informado pelo princípio da universalidade do atendimento, ademais porque também realiza o custeio desse sistema como contribuinte.¹⁸⁸

Exatamente por conta disso, a verificação da existência de plano de saúde contratado pelo usuário do SUS é um procedimento que não vem a influir de qualquer modo na em relação dos serviços públicos prestados ao indivíduo, pois passa, em vez disso, a ser objeto de análise dentre de um processo administrativo instaurado pela Agência Nacional de Saúde em face da operadora do plano privado de saúde contratada.

De igual modo, a análise do ressarcimento ao SUS se desdobra em torno dos serviços que estão abrangidos pelo contrato firmado com a operadora de plano privado de saúde, de forma que não são objeto da sistemática do dever de ressarcimento ao SUS àqueles serviços que, embora devam ser disponibilizados pelo poder público, diante do seu dever de assegurar o acesso à saúde, mas não se encontram previstos ou contratados simultaneamente na oferta fornecida pelo particular que explora o contrato de plano de saúde, conforme assim se observa da própria redação do art. 32 da Lei n. 9.656/98, ao considerar previstos nos seus respectivos contratos.

Evidentemente, o ponto essencial da controvérsia a ser considerado se desenvolve em torno da possibilidade de o Estado impor ao particular o ressarcimento das atividades do sistema público de saúde, como forma de impedir o enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde, trata-se assim da análise de uma relação jurídica estabelecida entre o Poder Público e o particular que explora a atividade de forma lucrativa.

No entanto, dentro dessa dinâmica, pode-se considerar que estão imbricados dois deveres distintos acerca do fornecimento dos serviços de saúde ao consumidor paciente, isso porque, se por um lado a operadora de plano de saúde tem a sua obrigação de prestar os serviços particulares abrangidos pela cobertura contratual, por outro, o Estado também está obrigado por força do seu dever constitucional transcrito no art. 196 da CF a prestar os serviços públicos de saúde a quem deles necessitar.

¹⁸⁸ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Ressarcimento ao SUS: Trajetória Epistemológica e Questões Práticas.** Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 7, nº11, jan.-abr. 2015. p. 170.

Nessa perspectiva, deve-se rememorar que o dever o do Estado de garantir o acesso à mediante a instituição de políticas públicas pelo sistema público de saúde trata-se também de um direito fundamental conquistado com a evolução histórica do direito brasileiro, no qual não se considera como pressuposto para a atuação em favor do indivíduo o custo do direito, como fator limitador da eficácia concreta do direito, sob pena de se atingir o mínimo existencial.¹⁸⁹

Com base nisso, a dificuldade de implementação concreta do direito à saúde pelo Poder Público, cuja a abrangência de motivos pode se demonstrar excessivamente extensa, como, por exemplo, as restrições orçamentárias, o elevado custo das ações de saúde, a precariedade do sistema pela falta de gestão ou por corrupção, não pode ser a causa ou influenciar a ineficácia do direito fundamental à saúde, tanto assim que consagrada a necessidade de intervenção do ativismo judicial quando da inércia do Poder Público nesse sentido.

Portanto, a ideia de restrição orçamentária, inclusive como reserva do possível, é superada pela própria jurisprudência como argumento capaz de obstar a disponibilização do atendimento à saúde pelo Estado, de modo que, mesmo os valores do ressarcimento ao SUS, não se dispõem como condição ao funcionamento do serviço público de saúde, porquanto a eficácia concreta do direito fundamental à saúde, decorre do próprio modelo de Estado adotado pela Constituição Federal, no qual se pressupõe que o mister do Estado é a persecução do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Por esse motivo, o fato de o usuário de sistema público de saúde ser contratante plano privado de saúde não modifica a relação jurídica que já está estabelecida entre o dever do Estado de garantir o acesso à saúde e o conteúdo material do direito fundamental à saúde.

De igual modo, o fato de o consumidor contratante ter buscado o atendimento na rede pública de saúde não modifica a relação jurídica estabelecida entre a operadora de planos de saúde e o Poder Público.¹⁹⁰

Em outros termos, ainda que um grande contingente acima do esperado, passe a recorrer da assistência à saúde do SUS, subsiste o dever constitucional do Estado à prestação do serviço público de saúde, isso porque o direito à saúde não tem a eficácia dependente do seu custo, de forma que o fato de o indivíduo contratante do plano de saúde procurar o atendimento da rede

¹⁸⁹ SOUZA, Oreonnilda; OLIVEIRA, Lourival José de. **O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde m frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017. p. 101-104. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058/pdf>. Acesso em: 04.09.2018.

¹⁹⁰ ESMERALDI, Renata Maria Gil da Lopes. **Planos de saúde no Brasil doutrina e jurisprudência**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

pública de saúde não pode ser considerado como uma externalidade negativa da atividade econômica.

Isso também porque outro fator preliminar, no entanto, deve ser ponderado na análise da sistemática do ressarcimento ao SUS, a qual se revela pela recusa indevida da cobertura dos serviços contratados no âmbito do plano de saúde, como mecanismo de as operadoras de planos de saúde atuarem no mercado de consumo minorando suas respectivas perdas e o custo da sua atividade.

Evidentemente, trata-se de uma conduta repulsiva tanto por se tratar de um serviço de saúde qualificado como de relevância pública, extremamente regulado pelo poder público, como também de uma prática abusiva na relação de consumo em face do consumidor contratante, cuja pretensão inclusive pode ser amplamente tutelável no poder judiciário.¹⁹¹

Por outro lado, essa recusa indevida das operadoras de planos de saúde, cujo costume deve ser combatido pelo Estado porque reproduz uma deficiência no atendimento do mercado de consumo, pode ser objeto também da fiscalização e regulação de mercado já exercida pelo Poder Público de forma ampla, por meio da atuação da ANS.

Isto é, a regra é que o consumidor seja plenamente atendido nos termos que contratou o plano de saúde, se esse atendimento não ocorre porque, de forma indevida, a operadora de plano de saúde não custear o tratamento, essa conduta pode ser reprimida pelos mecanismos de intervenção que o Estado já dispõe para a própria fiscalização do mercado.

Dessa forma, é possível considerar os fatores envolvidos na sistemática do ressarcimento ao SUS podem ser tratados de forma separada, primeiramente, a recusa indevida das operadoras de planos de saúde e, conseqüentemente, o custo do direito do atendimento do indivíduo na rede pública de saúde.

No entanto, a forma de imposição desse custo como forma de combater a recusa indevida das operadoras de planos de saúde ao atendimento do consumidor revela, por outro lado, uma igualdade apenas teórica existente ente os custos da prestação de serviços pela própria operadora e aquele ressarcido ao SUS, inclusive porque nem sempre o estabelecimento de custos pelo Estado são mecanismos eficientes para a regulação econômica.¹⁹²

¹⁹¹ VILLAS BÔAS, Regina Vera. REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. **A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da “teoria crítica do direito”**. Revista dos Tribunais, vol. 991/2018, Maio, 2018. p. 117 – 135.

¹⁹² HERTOOG, Johan den. **Review of economic theories of regulation**. Tjalling C. Koopmans Research Institute. Utrecht School of Economics. P. 19. Disponível em: https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf. Acesso em: 20.09.2018.

Nessa perspectiva, é possível considerar que, em razão dos serviços não estarem sendo prestados dentro da dinâmica de atendimento estabelecida pelo próprio fornecedor dos serviços médicos privados, há a possibilidade de divergência de custos entre os praticados pelo particular e pela rede pública.

Assim, o cálculo do custeio da atividade é feito com base na estrutura de atendimento da operadora de planos de saúde, considerando os diversos elementos que compõe a sua estrutura e a própria capacidade de atendimento,¹⁹³ de forma que a imposição da obrigação legal de ressarcimento ao SUS impõe à operadora considerar um custo da atividade econômica fundado nos preços praticados pela rede pública.

Inclusive, essa distinção a ser considerada na ocorrência do ressarcimento ao SUS também pode ser revelada pela própria distinção do procedimento médico a ser adotado no âmbito da assistência médico particular.

Isso porque, mesmo considerando que os serviços privados serão prestados com a necessária integralidade para o atendimento do consumidor paciente, é possível, no entanto que exista a divergência para aquela forma de tratamento adotado pelo SUS, uma vez que a ciência médica, por mais regrada que ela seja, ainda assim é pautada por conhecimento técnico na busca de um provável resultado,¹⁹⁴ razão pela qual ela não revela empiricamente resultados que possam ser comparados de forma idêntica.

Na realidade, por se tratar de uma verdadeira obrigação de meio, e não de resultado,¹⁹⁵ a relação entre o médico e paciente, envolve necessariamente outros fatores que determinam o meio pelo qual o indivíduo será atendido e curado, como por exemplo o próprio nível de conhecimento técnico que o profissional dispõe na persecução do resultado, ou também os mecanismos à disposição dele para proceder a um atendimento específico de tratamento, o que evidentemente não é possível equiparar sem possíveis divergências entre o sistema público e o particular, uma vez que podem desenvolver meios diferentes para o acesso à saúde, inclusive com aspectos de procedimentos médicos distintos, muito embora visem o atendimento do indivíduo contratante.

É importante constatar nesse sentido que o particular prestador dos serviços de assistência médica privada, no exercício da sua atividade econômica, vai incorporar os custos

¹⁹³ RAMALHO, Ricardo Luiz. **Precificação de planos de saúde**. 2002. 141f. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Produção) – Programa de PósGraduação em Engenharia da Produção, UFSC, Florianópolis. p. 64-71.

¹⁹⁴ FARAH, Elias. **Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 23, Jan – Jun, 2009. p. 96 – 137.

¹⁹⁵ BRASIL, STJ. **REsp. n. 1184932/PR**. Segunda Turma. Min. Relator Castro Meira. Data de Julgamento: 13 de dezembro de 2012. DJe 16/02/2012.

que se originam do ressarcimento ao SUS. Evidentemente, não se pode esperar que a atividade econômica somente terá viabilidade concorrer a negativa indevida de cobertura como mecanismo de evitar perdas.

Por outro lado, esse risco no qual se submete o particular de ter o atendimento do seu consumidor realizado pela rede pública de saúde, estrutura na qual não é responsável e que pode apresentar custos distintos daquele realizado pela sua rede credenciada, será incorporado para a oferta de serviços privados de saúde, porque passa a ser um custo da atividade que opera sobre a lógica econômica, no entanto, esses custos que podem vir a ser superiores aos do próprio SUS, dependendo da maneira regulamentada de cálculo.¹⁹⁶

Além disso, a dinâmica do ressarcimento diz respeito também ao custo que se cria com a litigiosidade do sistema, isso porque, conquanto o Estado pretende o ressarcimento integral dos serviços prestados pelo SUS, para que este seja efetivamente ressarcido pela operadora de plano de saúde, deve se instaurar tanto um procedimento administrativo para a formação de uma decisão de julgamento, como também pode-se dar causa à instauração de um processo executivo fiscal, de forma que se cria um custo de transação¹⁹⁷ até a o efetivo ressarcimento, sendo ainda necessário considerar que, desde de a criação do ressarcimento ao SUS, o equivalente a 64%¹⁹⁸ do que foi cobrado das operadoras foi efetivamente repassado ao Fundo Nacional de Saúde, tendo em vista a discussão administrativa e judicial que se instaura

Esse custo da atividade administrativa para ser efetuado o ressarcimento ao SUS, bem como o custo criado para a iniciativa privada para contestar a eventual obrigação legal litigiosa deve ser considerada na atividade de assistência médico privada, uma vez que se torna um dispêndio a mais a ser absorvido pela remuneração contratual dos planos de saúde ofertados no mercado de consumo, haja vista que as operadoras de planos de saúde já levam em consideração em seus cálculos atuariais e contabilidade¹⁹⁹ os custos assistenciais provocados pelo ressarcimento ao SUS²⁰⁰.

¹⁹⁶ MAZZA, Fábio Ferreira. **Aspectos Inconstitucionais do Ressarcimento ao SUS**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 38, n. 2, 2010. p. 471-472.

¹⁹⁷COASE, Ronald H. **The Nature of The Firm**, 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 25.09.2018

¹⁹⁸ ANS. **ANS repassa R\$ 585 milhões ao SUS em 2017**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/sala-de-imprensa/releases/operadoras/4402-ans-repassa-r-585-milhoes-ao-sus-em-2018>. Acesso em: 03.10.2018.

¹⁹⁹ ANS. **Aspectos Financeiros Do Ressarcimento Ao Sus: Orientações sobre os procedimentos de cobrança**. Rio de Janeiro, 2017. p. 22. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/biblioteca/index.html>. Acesso em 01.10.18.

²⁰⁰ FENASAÚDE. **FenaSaúde avalia que não haverá impacto na operação das empresas nem nos preços dos planos**, 09 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <http://cseg.org.br/fenasaude/servicos-apoio/noticias/ressarcimento-dos-planos-de-saude-ao-sus-nao-traz-prejuizos-ao-consumidor.html>. Acesso em: 03.10.18.

Dessa forma, a transferência dos encargos econômicos do SUS às operadoras de planos de saúde, como forma de promover uma possível distribuição de ônus com o atendimento à saúde, bem como meio de evitar o suposto enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde é fundada numa igualdade teórica e não econômica de custos, ao passo que produz uma necessidade de nova litigiosidade com o sistema para a cobrança dos valores do ressarcimento ao SUS.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ressarcimento ao SUS envolve o custo do atendimento à saúde do indivíduo contratante do plano de saúde, relacionando-o tanto com o acesso à rede pública de saúde provida pelo Estado, como também pelo atendimento da rede privada do subsistema da saúde suplementar.

Considera-se nessa análise a obrigação do Estado de prestar um conjunto de políticas públicas para a implementação do direito efetivo à saúde, juntamente com a atividade das operadoras de planos de saúde que atuam na oferta de assistência médica privada como o fim lucrativo.

Nessa medida, o efeito provocado pela obrigação do ressarcimento ao SUS introduzida pelo art. 32 da Lei n. 9.656/90, no que diz respeito à necessidade de devolver aos cofres públicos os valores despendidos com o atendimento do consumidor de plano de saúde, deve ser ponderado sobretudo pela compreensão do direito fundamental à saúde.

Assim, em um primeiro plano, vale reconhecer que os direitos fundamentais são prerrogativas jurídicas conferidas ao indivíduo para a sua realização no meio social, cujo o conteúdo tanto limita a atuação do Estado na esfera privado, como também impõe a atuação do Poder Público em favor do indivíduo.

Da mesma forma, os direitos fundamentais guardam uma característica especial de historicidade, na medida que evoluem juntamente com o contexto histórico social, agregando ao seu conteúdo novas garantias ao indivíduo, bem como importando novos significados a cada nova dimensão de direitos que surgem na ordem jurídica.

Dentro da categoria dos direitos fundamentais também é possível vislumbrar a existência dos direitos sociais, os quais partindo da premissa de que a igualdade formal não é suficiente para assegurar as condições materiais necessárias de sobrevivência, impõem ao Estado o dever de atuar de forma positiva com a implementação de políticas públicas, juntamente com prestações que promovam a melhoria da condição social.

Além disso, o fundamento dos direitos fundamentais que se revelam sobre a alcunha dos direitos sociais também decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida que propriamente eleito como fundamento a ser perseguido pelo Estado brasileiro na Constituição Federal, tem por fim precípua a garantia de um mínimo existencial ao indivíduo, por este simplesmente guardar o atributo de ser humano que lhe é inerente.

Do mesmo modo, o princípio da dignidade da pessoa humana outorga um novo valor para a construção do direito, haja vista que pressupõe que o próprio fim do Estado é senão o ser

humano, especialmente para garantir um núcleo essencial de direitos que proporcionem materialmente condições dignas de desenvolvimento do homem.

Nessa perspectiva, também se enxerga a existência do direito fundamental à saúde, o qual tem a sua própria característica de direito social, porquanto depende da atuação do Estado para a implementação de um conjunto de políticas públicas com vistas à garantia do acesso à saúde, tal como preconizado pelo art. 196 da Constituição Federal brasileira.

Ademais, o direito fundamental à saúde decorre de uma contínua conquista histórica de direitos, porquanto evolui do atendimento do problema doença para a garantia de uma qualidade de vida saudável, a qual também compreende outros elementos da vida humana fundados também em um aspecto social.

Em razão disso, no direito brasileiro, o direito fundamental à saúde é qualificado por um dever constitucional a ser observado pelo Estado, no qual se considera a assistência médica, mas também a garantia de qualidade de vida, mediante a implementação de políticas públicas, cujo acesso é assegurado de forma universal, integral e gratuita.

A implementação dessas políticas públicas na área de saúde é organizada, por meio da instituição de um sistema público de saúde, o qual abarca não apenas os meios e procedimentos para os serviços públicos de saúde, mas também a sistematização normativa da prestação do atendimento à saúde. Atualmente, o SUS desempenha esse papel de um sistema único organizado para o atendimento do serviço de saúde, com os princípios e diretrizes que são dispostos pela Constituição Federal, no qual se destaca a universalização e integralidade.

No entanto, essas características que compõem o SUS são derivadas de uma evolução de erros e acertos da rede pública de saúde, no qual se buscou até o advento da Constituição Federal 1988 a garantia da prestação de serviços públicos garantidos de forma universal à população, em contraposição à vinculação ao regime previdenciário do sistema de saúde que predominou até o final da ditadura militar.

Nesse aspecto, justifica-se no direito brasileiro a necessidade de o constituinte prever expressamente os princípios e diretrizes fundantes do sistema público de saúde, na medida que o SUS torna-se uma verdadeira garantia institucional de aspecto democrático, numa leitura consoante com a fundamentalidade exposta pelo direito à saúde.

Juntamente com a necessidade de promover a instituição de políticas públicas na área da saúde, revela-se que o meio de financiamento das ações do SUS são providos pelo um conjunto maior que ora se denomina seguridade social, no qual sobreleva a característica de solidariedade social, conquanto a partir deste mecanismo de financiamento toda a sociedade contribui com sua atividade produtiva para a prestação de serviços públicos nas áreas da saúde,

previdência social e assistência social, donde é possível destacar um aspecto de justiça distributiva para a realização de direitos sociais pelo Estado.

Da mesma forma, com relação à destinação dos recursos públicos às ações de saúde do SUS, verifica-se que existe uma regulamentação normativa, no sentido de tornar obrigatória a vinculação de receitas públicas para o financiamento dos serviços de saúde, havendo redução da discricionariedade do investimento, o que corrobora a visão do dever constitucional do Estado de implementar a saúde pública.

Adicionalmente, a necessidade de conferir eficácia concreta ao direito fundamental à saúde, mesmo na hipótese de ausência de vontade política do Estado omissivo, também ganha relevo com a possibilidade de controle pelo ativismo judicial, conquanto afasta inclusive o argumento de restrição orçamentária do Poder Público para a satisfação de prestações de saúde, em favor dos valores que expressam a Constituição Federal.

Assim, ao lado do direito fundamental à saúde exigível em face do Estado, observa-se a prestação de serviços de assistência médica privada oferecida pelas operadoras de planos de saúde, com a oferta contratual e onerosa no mercado de consumo, com vistas a uma atividade econômica livre exercício no âmbito da saúde suplementar.

O oferecimento dos serviços privados de saúde revela-se como um meio de obtenção do acesso à saúde que, invariavelmente, desponta na medida que o consumidor considera o atendimento de saúde da rede pública não ser plenamente suficiente para atender o risco a qual se encontra submetido, sendo considerado de relevância pública, haja vista que também exerce uma importante função social no contexto do atendimento à saúde.

Desse modo, os planos de saúde promovem o atendimento particular de saúde, com base num financiamento calculado de forma atuarial sobre o preço vertido pelo consumidor, em consideração as variantes de risco, bem como a amplitude dos serviços de cobertura, formando uma reserva financeira comum capaz de suportar o custo da atividade.

Em função da relevância da saúde suplementar, assim como considerando as diretrizes do sistema de saúde brasileiro, a atividade econômica das operadoras de planos privados, embora seja livre, é regulada e fiscalizada pelo Poder Público, devendo ser exercida em conformidade com as limitações impostas pelo Estado.

Essa possibilidade de o Estado intervir diretamente na ordem econômica, por meio do seu poder regulamentar, é exercido no setor de saúde de forma técnica e operacional pela ANS, tendo como fundamento a busca pela atividade econômica que promova a função social sem o abuso de mercado, mas também ao mesmo tempo a legitimidade de uma ação estatal que não elimine a autonomia e livra iniciativa da atividade econômica que opera sobre a lógica do lucro.

Dentre desse contexto, o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal que envolve três sujeitos diferentes numa relação jurídica, travada entre as operadoras de planos de saúde, Estado e o consumidor contribuinte, no qual o objetivo é em essência disciplinar de quem compete o custo do atendimento à saúde.

A lógica instituída pela sistemática do ressarcimento ao SUS, cuja constitucionalidade foi positivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento da ADI 1931 e RE 596.064, pressupõe em síntese a necessidade de ser partilhado o ônus social do atendimento à saúde provido pelo Poder Público com o setor privado, especialmente para que não suceda o enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde.

Nessa linha de raciocínio, conquanto as operadoras de planos de saúde auferem o benefício do lucro com a exploração lucrativa do mercado de consumo, por meio da oferta do serviços de assistência médico privada, devem ao mesmo tempo suportar o ônus de custear o tratamento do seu consumidor paciente quando ele busca o atendimento à saúde a cargo do SUS.

Isso porque, para a tese da constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, pensar de maneira contrária significaria autorizar o enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde, posto que elas assim ofereceriam os serviços privados auferindo lucro, mas o ônus de custear o tratamento restaria com o Estado, de forma que se estaria direcionando recursos públicos em benefício de instituições privadas de saúde.

Nessa medida, é possível identificar que o ressarcimento ao SUS funda-se na hipótese de ocorrer a recusa indevida da cobertura dos serviços médicos privados contratados pelas operadoras de planos de saúde, motivo pelo qual se consubstanciaria num mecanismo de intervenção do Estado, para impossibilitar a oferta dos serviços sem a correspondente contraprestação ao consumidor.

Assim, considera-se que existe um motivo que visa legitimar a existência do ressarcimento ao SUS consistente na recusa indevida das operadoras de planos de saúde quanto à demanda do consumidor referente aos serviços contratados, o que inclusive se revela como uma conduta abusiva no mercado de consumo.

Entretanto, essa forma de intervenção suplantando a obrigação legal de indenizar os custos do atendimento à saúde não é constitucional primeiro porque evidentemente estatui uma obrigação de indenizar um custo que não tem como causa o fato de haver o exercício da atividade econômica pelo particular.

Em outros termos, é possível estabelecer que no contexto do ressarcimento ao SUS existem em princípio duas recusas quanto ao custeio do atendimento à saúde do indivíduo, tanto

pelo primeiro do Estado, sob o fundamento de que este caberia ao particular, e também da operadora do plano de saúde, sob a recusa de evitar a perda econômica.

Ocorre que a obrigação do Estado decorre de uma conquista histórica que se revela no direito fundamental à saúde, assegurado pela constituição com o acesso universal e integral, em razão do princípio da dignidade humana, a qual também se desdobra na garantia institucional que se tornou o SUS.

Assim, a prestação do serviço público de saúde não considera para sua eficácia a quantidade de custo do direito a ser praticado, porque é uma finalidade do Estado a realização do direito à saúde no plano fático.

E isso decorre por causa do modelo constitucional adotado com Constituição Federal de 1988, no que concerne ao dever de garantir a implementação de políticas públicas de saúde, nos termos do art. 196 da CF, assegurado mediante o acesso universal, integral e gratuito.

Por outro lado, a recusa indevida de cobertura das operadoras de planos de saúde é uma prática abusiva e uma externalidade negativa dessa atividade econômica, a qual deve ser reprimida pelo Estado, em benefício do consumidor, com instrumentos eficazes tais como aqueles que já funcionam na fiscalização da atividade.

No entanto, tal comportamento negativo dos agentes econômicos não se revela como causa para ocorrer a indenização do Poder Público na disponibilização dos serviços de saúde, porque mesmo nessa circunstância não se altera o regime constitucional atribuído ao direito à saúde.

Ademais, o ressarcimento ao SUS cria uma sistemática na qual se repassa ao particular o custo de um atendimento à saúde, em vista de um comportamento pretensamente nocivo à sociedade, entretanto, como agente econômico que opera sobre a expectativa do lucro, não é lógico esperar que ele irá internalizar esse custo na sua atividade sem repassar ao preço do consumidor.

Nessa perspectiva, a operadora de planos de saúde passa operar com essa nova dinâmica do ressarcimento ao SUS, que também permite a ela uma litigiosidade com o Estado, ao passo que ao Poder Público traduz na possibilidade de um novo ingresso de receita em meio à ineficiência da gestão pública do sistema de saúde, enquanto que, nesse contexto, o consumidor contribuinte paga à seguridade pelo seu acesso universal à saúde, ao mesmo tempo que paga o preço de uma assistência médico privada inserida na dinâmica do ressarcimento ao SUS.

Em razão dessa lógica, o ressarcimento ao SUS não é constitucional porque não se trata de destinação de recursos públicos às operadoras de planos de saúde, como também não tem

como fim uma gestão pública e privada eficiente para tornar concreto direito de acesso à saúde do indivíduo, que também pode ter como veículo a saúde suplementar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AGRA, Walber de Moura. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGRA, Weber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora. Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Célia. O Mercado Privado de Serviços de Saúde no Brasil: Panorama Atual e Tendências da Assistência Médica Suplementar. Brasília: IPEA, 1998.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. **Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAHIA, Ligia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil**. 2000. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2000.

BAHIA, Ligia. **Padrões e mudanças no financiamento e regulação do sistema de saúde brasileiro: impactos sobre as relações entre o Público e Privado**. Saúde e Sociedade v.14, n.2, p.27, maio-ago 2005.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in Estudos de direito constitucional. Recife: Edupe, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** – Coordenadores Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado. ano 4, nº 13, jan/mar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERCOVICI, Gilberto. **Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964)**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. (Org.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução de Juan Luis Requejo Pags**; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 98.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Editora Catavento, 2007.

BORJA, Jordi. **O papel do cidadão na reforma do Estado**. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em transformação. São Paulo/Brasília: Unesp/Enap, 1999.

BOTARO, Nittina. **A trajetória do Sistema de Saúde no Brasil: considerações sobre o cenário atual**. Revista Escrita da História. Ano I – vol. 1, n. 2, out./mar. 2014-2015. p. 160.

BOTTESINI, Maury Ângelo; e MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos de Saúde Comentada – Artigo por artigo**. 2ª Ed. São Paulo: Forense, 2015.

BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada - Artigo por Artigo**. 3ª edição. Forense, 2015.

BRASIL, ANS. **A cobrança de acréscimos referentes a custos administrativos de alguns hospitais deve ser ressarcida ao SUS?**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/centraldeatendimento/?view=operadora&resposta=1418&historico=2115499>. Acesso em: 26.08.2018.

BRASIL, ANS. **O que é uma AIH - Autorização de Internação Hospitalar? (RESSARCIMENTO AO SUS)**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=operadora&resposta=1559&historico=17939656. Acesso em: 26.08.2018.

BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Brasília: CONASS, 2002. p. 11. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf. Acesso em: 19.05.2018.

BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **Sistema Único de Saúde (Coleção para entender a gestão do SUS)**. Brasília: CONASS, 2011. p. 14-15. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao_sus_v.1.pdf. Acesso em: 18.05.2018.

BRASIL, STF. AgRg no RE 271.286-8-RS. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 12.9.2000.

BRASIL, STF. **RE n. 597.064**. Relator Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 07/02/2018.

BRASIL, STJ. 1ª Turma. **AgRg no AREsp 307.233-RJ**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 6/6/2013.

BRASIL, STJ. **REsp. n. 1184932/PR**. Segunda Turma. Min. Relator Castro Meira. Data de Julgamento: 13 de dezembro de 2012. DJe 16/02/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Financiamento público de saúde / Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. p. 20. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf. Acesso em: 10/07/2018.

BRASIL. STF. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1931-7**. Rel. Min. Marco Aurelio. 10/12/1998. fl. 43.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estud. av. vol.27 no.78 São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em: 19.05.2018.

CARVALHO, M. S. de. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 26, jul. 2003; e Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS. Brasília: Conass, 2003, p. 26. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81181>. Acesso em: 05.07.2018.

CARVELLI, Urbano; e SCHOLL, Sandra. **Evolução história dos direito fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos**. Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011. p. 182. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24.03.2018.

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, vol. 6, n. 21, jan. 2008.

COASE, Ronald H. **The Nature of The Firm**, 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 25.09.2018

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCEIÇÃO, Tainá Souza; CISLAGHI, Juliana Fiúza; TEIXEIRA, Sandra Oliveira. **O Financiamento da Saúde no Brasil**. Revista Temporalis. Brasília (DF), ano 12, n.23, p.97-124, jan./jun. 2012. p. 100. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/2927/2832>. Acesso em: 14/07/18.

CONDE, Luiz Felipe. **Ressarcimento ao SUS: à luz do direito**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**, 6th ed. 2016.

CZERESNIA, D; e FREITAS C.M. Cadernos de Saúde Pública. **O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção**. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, S. G. **O direito à saúde**. Revista Saúde Pública. São Paulo, 22 (57-63), 1988. p. 58. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 09.03.2018.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus Limites Constitucionais**. São Paulo: Verbatim. 2012.

DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. **Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania**. Rev. Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise. Brasília, Vol. 1, n. 17, 2009. p. 23. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4347?mode=full>. Acesso em: 22.06.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Lopes. **Planos de saúde no Brasil doutrina e jurisprudência**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARAH, Elias. **Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 23, Jan – Jun, 2009.

FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário.** Revista USP. São Paulo, n. 21, 1994.

FERNANDES NETO, A. J. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 2ª Ed. São Paulo: Método, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar,** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FRACOLLI, Lislaine Aparecida; ZOBOLI, Elma Lourdes Pavone; GRANJA, Gabriela Ferreira; ERMEL, Regina Célia Ermel. **Conceito e prática da integralidade na Atenção Básica: a percepção das enfermeiras.** Revista Esc Enferm USP, 2011. p. 1140. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v45n5/v45n5a15.pdf>. Acesso em: 15.05.2018.

FURLANETO, Felipe Carnellosi. **Direito à Saúde e a Iniciativa Privada: O Dever Estatal e a Limitação dos Contratos de Planos de Saúde.** Revista de Direito Privado, abr-jun, vol. 42, 2010.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** Revista Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Ressarcimento ao SUS: Trajetória Epistemológica e Questões Práticas.** Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 7, nº11, jan.-abr. 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** In: MAURER, Beatrice. et. al. Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. **A Maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho.

HERTOG, Johan den. **Review of economic theories of regulation.** Tjalling C. Koopmans Research Institute. Utrecht School of Economics. P. 19. Disponível em: https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2010_10-18.pdf. Acesso em: 20.09.2018.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes.** W. W. Norton & Company. 1948.

JORDANA, Jacint; LEVI FLAUR, David. **The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms the Age of Governance.** p. 148. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=1TmMDMIDgj8C&oi=fnd&pg=PA145&dq=regulatory+state&ots=XcEZeBGcbO&sig=Ba4-avT8iHQxJMCM1xysfOmR_g4#v=onepage&q=regulatory%20state&f=false. Acesso em: 04.09.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Ed. Dialética. 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

LARA, Luiz Gustavo Alves de; OLIVEIRA, Samir Adamoglu de. **A ideologia do crescimento econômico e o discurso empresarial do desenvolvimento sustentável.** Cadernos EBAPE.BR., Vol. 15, n. 2, Rio de Janeiro, abr./jun, 2017.

LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; ELDER, Flavio Coelho. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Consumidores de seguros e planos de saúde. In: Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito.** In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales.** Octavia Edicion. Tecnos.

MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima et al. **Saúde e responsabilidade 2: A nova assistência privada à saúde.** São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental.** 1ª ed (2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, T. P.; SAMPAIO JÚNIOR, R. B. **Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários.** Revista de Direito Faculdades Milton Campos. Nova Lima. V. 20. 2010.

MATTA, G. C. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, G. C.; PONTES, A. L. de M. (Org.). **Políticas de Saúde: Organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde.** Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MAZZA, Fábio Ferreira. **Aspectos Inconstitucionais do Ressarcimento ao SUS**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 38, n. 2, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira;e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito à saúde**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **História da reforma sanitária brasileira e do Sistema Único de Saúde: mudanças, continuidades e a agenda atual**. História, Ciência, Saúde - Manguinhos. Vol. 21. n. 1. Rio de Janeiro, jan/mar, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702014000100077&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 18.05.2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra (editora), 1983.

MONTENEGRO, Roberto Alves de Lima. **Formação de Preços para Planos de Saúde: Assistência Médica e Odontológica**. 1a Edição São Paulo: Érica, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição de República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Guilher Braga Pena de. **Dos direitos fundamentais - contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTR, 1997.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Marta Rodrigues Maffeis. **O contrato de plano de saúde e sua função social**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 251 - 276 jan./dez. 2015.

NISHIJIMA, Marislei; CYRILLO, Denise Cavallini; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. **Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil**. Economia e Sociedade, Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 589-611, dez. 2010. p. 593. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v19n3/07.pdf>. Aceso em: 08.08.2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Lei de planos de saúde (Lei 9.656/1998): dez anos depois**. Revista de Direito do Consumidor, n. 67, 2008.

OLIVEIRA, André Luiz de. **História da saúde no Brasil: dos primórdios ao surgimento do SUS**. Encontros Teológicos nº 61 Ano 27 / número 1 / 2012.

OLIVEIRA, George Felício Gomes de. **Direito e Desenvolvimento: um Campo de Estudos**. Revista dos Tribunais, vol. 988/2018, Fev / 2018.

OLIVEIRA, Solange de. **O Direito à Saúde na Constituição da República de 1988 e o Sistema Único de Saúde**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 93/2015, Out – Dez, 2015.

OMS, Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 22.07.2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22.03.2018.

PAIM, Jairmilson Silva. **O que é o SUS**. (Coleção Temas em Saúde) (e-book). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. p. 20. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/livro/o-que-e-o-sus-e-book-interativo>. Acesso em: 18.05.2018.

PAIM, Jairmilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; e MACINKO, James. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. IN: The Lancet. (Série Brasil) [Internet]. maio, 2011. Disponível em: <http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/31/file/O%20SISTEMA%20DE%20SAUDE%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 17.05.2018.

PAULI, Liane Teresinha Schuh; ARTUS, Scheila Cristina; BALBINOT, Rachele A. A. **A perspectiva do processo saúde/doença na promoção de saúde da população**. Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 3, p. 32, nov. 2003. p. 32. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/81032/84680>. Acesso em: 06.07.2018.

PETRY, Rodrigo Caramori. **As Contribuições para a Seguridade Social e os princípios da Solidariedade e Universalidade: uma análise da jurisprudência**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 92, Maio - Jun, 2010.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise do and CAETANO, João Carlos. **Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor**. Physis [online]. 2008, vol.18, n.4, p.768. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v18n4/v18n4a09.pdf>. Acesso em: 30.08.2018.

PINTO, Luiz Felipe; e SORANZ, Daniel Ricardo. **Planos privados de assistência à saúde: cobertura populacional no Brasil**. Revista Ciência & Saúde Coletiva. n. 9. 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAEFFRAY, A. P. O. de. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMALHO, Ricardo Luiz. **Precificação de planos de saúde**. 2002. 141f. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Produção) – Programa de PósGraduação em Engenharia da Produção, UFSC, Florianópolis.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada**. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf. Acesso em: 08.03.2018.

REIS, Otávia Miriam Lima Santiago. **Ressarcimento ao SUS: fundamento jurídico da cobrança**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade de Viçosa. p. 65 Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/monografia_ressarcimento_ao_sus.pdf. Acesso em: 1º.09.2018.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito à saúde. **Direito sanitário na perspectiva dos direitos difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1988.

SAMPAIO, José Adércio Leite, organizador. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Alethele Oliveira; DELDUQUE, Maria Celia; e ALVEZ, Sandra Mara Campos. **Os três poderes do Estado e o financiamento do SUS: o ano de 2015**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 32, 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n1/0102-311X-csp-0102-311X00194815.pdf>. Acesso em: 14/07/18.

SANTOS, Lenir. **Saúde e meio ambiente. Competências. Intersetorialidade**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 120, Out – Dez, 2005.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007..

SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 67/2008, Jul - Set / 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, Vol. I, n. 1. Abril, Bahia: Salvador, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 14
SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004..

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado Contratos de Adesão, Planos de Saúde e Seguro-saúde.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Abordagem Sistêmica, Risco e Democracia.** Revista de Direito Sanitário, vol. 2, n. 1., Março de 2001. p. 30. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/13085/14887>. Acesso em: 08.03.2018.

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

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade: reflexões sobre o financiamento dos benefícios.** Revista de Direito do Trabalho, vol. 130, Abr - Jun, 2008.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública.** Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

SEGRE, M.; e FERAZ, F. C. **O conceito de saúde.** Revista de Saúde Pública. São Paulo, n. 31, outubro, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016#not1. Acesso em: 09.03.2018.

SILVA, Airton Ribeiro da; e WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista Direito. Administrativo, Rio de Janeiro, abr/jun, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I, 2003. p. 610-611. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 24.04.2018.

SOUZA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011.

SOUZA, Oreonnilda; OLIVEIRA, Lourival José de. **O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde m frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017. p. 101-104. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058/pdf>. Acesso em: 04.09.2018.

SPERANDIO, Luan. **Consequências do Intervencionismo no Mercado de Saúde Suplementar Brasileiro**. MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia. Volume V, Número 1 (Edição 9), jan-jun, 2017.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Ressarcimento ao SUS: uma proposta de delimitação da fonte e do fundamento da obrigação constante do art. 32 da Lei n. 9.656/98**. p. 16. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/artigo_dalton_tiburcio_ressarcimento_ao_sus.pdf. Acesso em: 20.10.18.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRAVASSOS, C. & CASTRO, M. S. M. **Determinantes e desigualdades sociais no acesso e utilização dos serviços de saúde**. In: GIOVANELLA, L; ESCOREL, S; LOBATO, L. V.; CARVALHO, A. I.; NORONHA, J. C. *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2008.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VAZQUEZ, Daniel Arias. Efeitos da regulação federal sobre o financiamento da saúde. Cad. Saúde Pública vol.27 no.6 Rio de Janeiro, Junho, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011000600017. Acesso em: 14/07/18.

VIANNA, Solon Magalhães. **A seguridade social, o sistema único de saúde e a partilha dos recursos**. Rev. Saúde e Sociedade, Vol 1, n. 1, 1992. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/6906>. Acesso em: 21.06.2018.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. **A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da “teoria crítica do direito”**. Revista dos Tribunais, vol. 991/2018, Maio, 2018.

WALD, Arnaldo. **O Direito do Desenvolvimento**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, maio, 2011.

WEICHERT, M. A. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceptualising Social And Economic Regulation: Implications for Modern Regulators And Regulatory Activity**. A. Monash University Law Review., Vol. 38 Issue 2, 2012.

ZAGRAEBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.