

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
MESTRADO EM DIREITO**

**SAÚDE E INICIATIVA PRIVADA: NOVOS DESAFIOS FRENTE A
REGULAMENTAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO**

VINÍCIUS DE SORDI VILELA

Piracicaba
2016

VINÍCIUS DE SORDI VILELA

**SAÚDE E INICIATIVA PRIVADA: NOVOS DESAFIOS FRENTE A
REGULAMENTAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – *Strictu Sensu* - Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Livre Docente José Luiz Gavião de Almeida.

Núcleo de Pesquisa: Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania – NEDFC

**Piracicaba
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

VINÍCIUS DE SORDI VILELA

SAÚDE E INICIATIVA PRIVADA: NOVOS DESAFIOS FRENTE A REGULAMENTAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – *Strictu Sensu* - Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Núcleo de Pesquisa: Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania – NEDFC

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina-Velazquez

Prof. Dr. Gustavo Rene Nicolau

Dedico este trabalho especialmente a
você meu querido filho, Vitor Baptistella
Vilela, fruto de todo o meu amor e
esperança.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto Do Universo, pela força e confiança, garra e coragem no cumprimento deste desafio, com honradez e amor.

A todos os meus antepassados, pela semente plantada em terra fértil e próspera, em especial, a meus avós Mário e Lurdinha, Francisco e Amélia, pelos maravilhosos pais a mim concebidos, exemplos de retidão e caráter.

Ao meu pai, sinônimo de fortaleza, sabedoria e determinação, por todo o seu amor e confiança, e à minha mãe Lemar, pelo grandioso coração e carinho, por estarem sempre ao meu lado, me orientando no caminho do justo e da verdade, do equilíbrio e da Justiça, me ensinando a enquadrar as minhas condutas na virtude e a no amor ao próximo, por meio do esquadro e compasso a mim conferidos ainda pequeno.

A todos os professores desta magnífica Universidade, em especial, Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez, Paulo Affonso Leme Machado, Richard P. Pae Kim, Victor Hugo Tejerina Velázquez, pelo vasto conhecimento e enorme humildade demonstrados durante os enriquecedores momentos em que junto estivemos.

Aos professores José Luiz Gavião de Almeida e Jorge Luiz de Almeida, homens honrados e de vasto conhecimento, corajosos no árduo desempenho que a toga lhes exige, sabedores do justo, com a humildade que lhes é peculiar, muito conhecimento me ofertaram durante nossa harmoniosa caminhada, sou eternamente grato pela oportunidade de juntos realizar este sonho.

À Sueli Catarina Verdicchio Quilles, muito obrigado por apontar o caminho das pedras nos momentos mais difíceis desta jornada.

Meu fraterno agradecimento à equipe Ubirajara Gomes de Mello Advogados Associados, pela compreensão e apoio em todas as ocasiões.

A minhas irmãs, Vívian e Virgínia, pelas alegrias e tristezas compartilhadas, palavras de conforto e incentivos sempre ofertados, amor fraternal inexplicável hoje e sempre.

A minha querida esposa Veridiana e para nosso amado filho Vitor, pela compreensão de minha ausência e todo o auxílio necessário para que juntos conseguíssemos realizar mais este sonho, superando as todas as dificuldades.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa de estudos de Mestrado.

Você consegue papai!!

Vitor Baptistella Vilela

"A pior forma de desigualdade é tentar tornar iguais duas coisas diferentes" - Aristóteles (384 - 322 a.C).

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar que a dissonância entre a evolução das técnicas médicas e a respectiva regulamentação da saúde privada enseja o ingresso de ações judiciais pelos usuários de planos de saúde, sendo que a solução ofertada pelos magistrados vem gerando insegurança nos contratos firmados pelas operadoras de planos de saúde, haja vista o caráter securitário dos mesmos, fazendo incorrer a coletividade contratante na “socialização” dos prejuízos advindos com tais medidas judiciais, em nítida judicialização da saúde suplementar ao transferir o dever constitucional do Estado à saúde universal à iniciativa privada.

Palavras-chaves: Saúde. Saúde Suplementar. Planos de Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Judicialização.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate the dissonance between the evolution of the medical techniques and the respective regulation of private health entails the filing of lawsuits by the users of health care insurance, with the solution given by the judges generating insecurity in the contracts signed by the health care operators, taking into account the securitary character of the contracts, making the contracting party colectivity incurr in the "socialization" of the damages arising from such judicial measures, with a clear judicialization of the supplementary health by transferring to the private initiative the State's constitutional duty to provide health universally

Keywords: Health Health Insurance.. Health Plans. National Health Agency. Judicialization.

RESUMEN

El presente texto tiene por objetivo demostrar que la disonancia entre la evolución de las técnicas médicas y la respectiva regulamentación de la salud privada da oportunidad al ingreso de las acciones judiciales por los usuarios de los planes de salud, siendo que la solución ofertada por los magistrados viene generando inseguridad en los contratos firmados por las operadoras de los planes de salud, haya visto el carácter securitario de los mismos, haciendo incurrir la colectividad contratante en la socialización de los perjuicios provenientes de tales medidas judiciales en nitida judicialización de la salud suplemental al transferir el deber constitucional del Estado a la salud universal a la iniciativa privada.

Palabras Claves: Salud. Salud Suplementar. Planos de Salud. Agencia Nacional de Salud Suplementar. Judicialización.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA SAÚDE E A REGULAMENTAÇÃO SANITÁRIA.....	20
1.1 A saúde sob o enfoque histórico.....	21
1.1.1 A saúde sob a visão mística da Idade Antiga.....	21
1.1.2 Do início do cientificismo na saúde.....	22
1.1.3 A saúde na Idade Média.....	24
1.1.4 A Idade Moderna e os avanços na área da saúde.....	26
1.1.5 A saúde na Idade Contemporânea.....	27
1.2 Da regulamentação sanitária no cenário internacional.....	31
1.2.1 Carta do Atlântico.....	33
1.2.2 Declaração de Santiago.....	34
1.2.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	34
1.2.4 Convenção Europeia dos Direitos Humanos.....	35
1.2.5 Carta Social Europeia.....	36
1.2.6 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	37
1.2.7 Convenção Americana de Direitos Humanos.....	38
1.2.8 Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde.....	39
1.2.9 Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde.....	41
1.2.10 2ª Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde....	42
1.2.11 3ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde....	43
1.2.12 Conferência Internacional de Promoção à Saúde.....	43
1.2.13 Conferência de Saúde do Caribe.....	44
1.2.14 4ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde....	44
1.2.15 Rede de Megapaíses para a Promoção da Saúde.....	44
1.2.16 5ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde....	45
1.2.17 6ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde....	45
1.2.18 Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários e Sistemas de Saúde na África.....	46
1.3 Da conceituação de saúde.....	46
1.4 A saúde na visão do Estado.....	49
1.5 A importância da saúde dentro do quadro econômico estatal.....	51
2 A SAÚDE NO BRASIL E SEUS CONECTÁRIOS LEGAIS.....	60
2.1 A saúde no Brasil no período colonial.....	60
2.2 A saúde no Brasil no período imperial.....	62
2.3 A saúde no Brasil no período da República Velha.....	71
2.4 A saúde no Brasil no período do Estado Novo.....	78
2.5 A saúde no Brasil no período da Nova República.....	87
3 DA SAÚDE SUPLEMENTAR E RESPECTIVA ATIVIDADE REGULATÓRIA.....	97
3.1 Da saúde suplementar: conceito.....	97

3.2 A saúde suplementar na redemocratização do Brasil.....	98
3.3 Das operadoras de planos privados de assistência à saúde.....	102
3.4 Da classificação dos planos privados de assistência à saúde.....	106
3.5 Da necessária regulamentação sobre saúde suplementar.....	108
3.6 Da fiscalização das atividades das operadoras de planos de saúde.....	113
3.7 Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).....	118
4 O ATIVISMO JUDICIAL: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS.....	129
4.1 A atuação das operadoras de planos de saúde sob o viés constitucional.....	129
4.2 Da relação contratual normativa incidente sobre a assistência privada à saúde.....	132
4.3 Da efetivação (i)legítima do objeto contratual da saúde suplementar por meio do ativismo judicial.....	141
4.4 A judicialização paulista sobre a saúde suplementar.....	153
CONCLUSÃO.....	164
REFERÊNCIAS.....	168

INTRODUÇÃO

A saúde é bem inerente à dignidade da pessoa humana, uma vez que sem ela, certamente a vida estará comprometida e, assim, a existência humana. Tal importância foi observada desde os primórdios, sob um viés dogmático e fulcrado na crença adotada pelo povo à época, transmutando-se para um caráter mais técnico quando a lógica da cientificidade passa a compor os estudos em várias ciências de diversas regiões do mundo, seja para garantir a preservação da saúde, seja para auxiliar na formação de seu conceito, sendo possível inferir a ingerência do meio e da tecnologia na evolução conceitual e normativa da saúde, assim como dos recursos necessários a mantê-la e fomentá-la.

Com a criação política do Estado e centralização das decisões no ente estatal, instauram-se as políticas públicas a fim de inibir os gravames que afligem a saúde das pessoas, chamando para si o dever da tutela da saúde social.

Tal processo inicia-se através da chegada da família imperial no Brasil, momento em que se passa a desenvolver e implementar medidas sanitárias, inicialmente para beneficiar a saúde da própria Corte e, posteriormente, como medida a pavimentar o comércio nos portos brasileiros. Inserem-se mecanismos até então utilizados em Portugal, como a Fisicatura, a fim de fiscalizar e controlar as atividades sanitárias desenvolvidas no Brasil, até então por curandeiros, sendo substituídas, gradativamente, pelas novas técnicas médicas desenvolvidas pelo corpo clínico que se formava pelas universidades recém-inauguradas no Brasil após a autorização imperial.

Instaurada a República no Brasil, novos avanços foram obtidos mediante o fenômeno da globalização, ocasião em que a saúde se tornou temática principal na agenda mundial, principalmente após a carnificina incorrida pelas Grandes Guerras Mundiais.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de promover a paz mundial, sendo certo que, a partir dela, criaram-se organismos específicos a fim de atender aos programas mundiais vislumbrados pelas nações componentes, destacando a Organização Mundial da Saúde (OMS).

A atuação da Organização Mundial da Saúde pauta-se pelo desenvolvimento do nível de saúde dos povos, mediante a formulação de Declarações firmadas pelas nações, a fim de direcionar as políticas públicas internas de cada nação, sendo constantes os encontros com a finalidade de aprimorar as técnicas utilizadas por seus integrantes e, assim, obter melhores resultados no campo sanitário.

Posteriormente, com a aprovação pelas nações acerca das diretrizes sanitárias vislumbradas, tais são internalizadas pelas nações signatárias a seus respectivos ordenamentos jurídicos, em especial pelo Brasil.

Sob este viés, a saúde no Brasil ganha relevância por meio da atual Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã em razão da extensa gama de direitos sociais nela inclusos, sendo a saúde alçada como um direito social fundamental, bem como dever estatal a sua promoção, proteção e recuperação, nítido reflexo de um Estado do bem-estar social (*Welfare State*), ficando autorizada à iniciativa privada a assistência à saúde.

A assistência à saúde pela iniciativa privada, em que pese autorizada pelo texto constitucional em 05 de outubro de 1988, apenas em 03 de junho de 1998 teve suas atividades regulamentadas por meio da Lei Federal nº 9.656/98, incorrendo em um hiato legislativo no qual, por ausência de regramento específico, aplicou-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados antes da promulgação de referida Lei.

Assim, atendendo aos reclamos dos usuários dos planos e seguros privados de assistência à saúde, foi promulgada referida Lei com o objetivo de inibir as práticas abusivas incorridas pela iniciativa privada, em específico, no tocante à negativa injustificada de atendimento e contratação, aumento abusivo de preços, dentre outras práticas consideradas ilegítimas.

Após a promulgação da Lei que regulamentou as atividades dos planos e seguros privados de assistência à saúde, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com o escopo de fiscalizar e normatizar o cumprimento, pelos planos e seguros privados de assistência à saúde, dos ditames legais fixados.

Por meio de referida agência reguladora, são editados comandos normativos periódicos a fim de atualizar os procedimentos médicos, tratamentos e medicamentos hábeis a propiciar melhores condições técnicas de atender o quadro

clínico dos usuários, visando, ainda, a manutenção do equilíbrio contratual da contraprestação pecuniária e, assim, prestigiar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa.

Sendo detentora de poder fiscalizatório, decisório e regulamentar, bem como possuidora de autonomia administrativa, econômico-financeira, referido órgão afigura-se um importante instrumento estatal e extremamente eficaz, ante o atendimento das reclamações dos usuários dos planos de saúde, e consequente suspensão ou interrupção da comercialização dos planos de saúde que apresentam inconformidades com as diretrizes legais e regulamentares de tal Agência conforme se observa pelos relatórios trimestrais lançados pela mesma.

Assim, em razão da peculiaridade do objeto contratual firmado entre os planos e seguros privados de assistência à saúde e os usuários após a edição da Lei 9.656/98, o instrumento contratual firmado deve se ater aos ditames legais insculpidos nesta Lei e nas resoluções normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e, de forma subsidiária, aos dispositivos da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e à Lei 10.406/2002 (Código Civil).

A Lei nº 9.656/98, em seu artigo 10, instituiu o plano-referência de assistência à saúde, o qual possui cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde.

O mesmo dispositivo legal retromencionado, por seu turno, traz um rol taxativo de procedimentos, tratamentos e medicamentos não contemplados no plano-referência de assistência à saúde, isto é, a própria lei exclui do plano-referência: (i) tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (ii) procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; (iii) inseminação artificial; (iv) tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; (v) fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; (vi) fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; (vii) fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; (viii) fornecimento de

próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (ix) tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; (x) casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Assim, ainda que atendidas as normas incidentes à espécie, e devidamente subsumida a conduta das operadoras de planos de saúde aos marcos fiscalizatórios e regulatórios respectivos, os usuários de referidos planos de saúde, vislumbrando o direito subjetivo a procedimentos e técnicas excluídos pela Lei e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, fulcrados em relatório médico que indica tal procedimento, tratamento ou medicamento como satisfatório para a cura ou tratamento da enfermidade, postulam por tais, ainda que excluídos pela Lei.

Ou seja, apesar de não contemplados os procedimentos, tratamentos e medicamentos elencados taxativamente nos incisos do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 e regulamentos normativos, os usuários os exigem em razão de a opinião médica os indicar para o caso concreto. Entretanto, as operadoras de planos de saúde não autorizam o fornecimento dos mesmos em razão de não estarem contemplados no texto normativo e, respectivamente, no contrato de prestação de serviços firmado com os usuários.

Em razão desta pretensão resistida, os usuários ingressam perante o Poder Judiciário a fim de obterem o procedimento, tratamento ou medicamento indicado pelo médico que lhe assiste, ainda que expressamente excluído pelo texto normativo da Lei nº 9.656/98 e resoluções normativas.

O Poder Judiciário, por sua vez, afastando as exceções legais e normativas aplicáveis à espécie, vem ditando o direito não escrito ou pactuado, por meio de interpretações subjetivas extraídas do Código de Defesa do Consumidor e ponderações principiológica equivocadas (dignidade da pessoa humana x livre iniciativa), bem como na utilização de posicionamento oriundo de súmulas, inviabilizando a atividade econômica das operadoras de planos de saúde e, conseqüentemente, agravando o *status* de todos os usuários de referidos planos médicos em razão da “socialização” dos prejuízos incorridos com tais medidas judiciais.

Observa-se, inclusive, a edição de súmulas emanadas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em específico, as Súmulas 90 a 97,

publicadas no Diário de Justiça Eletrônico (DJE) em 13/02/2012 e Súmulas 99 a 105, públicas no Diário de Justiça Eletrônico (DJE) em 28/02/2013, as quais recaem sobre as atividades das operadoras de planos de saúde¹, notadamente a Súmula 102, que colide com o artigo 10, I, da Lei 9.656/98.

Tal atividade judicial vem sendo denominada pela doutrina de “judicialização na saúde privada”, por representar um fenômeno jurídico, com reflexos nos beneficiários dos planos de saúde, ganhando destaque no banco acadêmico a propulsão a pesquisa ora realizada.

Sob esse viés, a presente pesquisa teve por objeto a evolução que a saúde apresentou ao longo de sua história e o impacto desta melhoria nas atividades estatais legiferantes, desde o período do Brasil colônia até o período da Nova República, assim como a divergência oriunda do embate entre a regulamentação estatal das atividades dos planos e seguros de saúde e a interpretação judicial que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem realizando acerca da normatividade de tais atividades.

Assim, o trabalho ora lançado inicia-se por meio de um levantamento histórico-evolutivo acerca do conceito de saúde no capítulo primeiro, a fim de demonstrar a importância de tal bem desde os primórdios, sob forte influência mística, desprovida de qualquer tecnicidade, culminando numa definição científica formulada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e assim perfilhada pelas nações na atualidade.

Foram destacadas as principais características e descobrimentos dos períodos históricos narrados, demonstrando que a saúde sempre foi temática presente no cotidiano da sociedade e do ente que emanava as normas que regulavam as relações sociais.

Fez-se, ainda no primeiro capítulo, o levantamento da regulamentação internacional acerca do direito à saúde, uma vez que as Declarações, Convenções e Tratados firmados influenciaram o ordenamento jurídico de cada nação que os ratificou, em específico o Brasil, membro da Organização Mundial da Saúde².

¹GAPRI - GRUPO DE APOIO AO DIREITO PRIVADO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Seção de Direito Privado e Câmara Especial**. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

²Levantamento pesquisado no site da OMS. Disponível em:

<<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

Posteriormente, no segundo capítulo, debruça-se especificamente sobre a saúde no Brasil, dentro dos períodos Colonial, Imperial, República Velha, Estado Novo e Nova República, mediante profunda pesquisa, a fim de demonstrar a forte influência internacional instaurada ainda enquanto colônia de Portugal e, posteriormente, através dos reflexos da globalização e conjecturas trazidas no plano internacional por meio da Organização Mundial da Saúde às políticas públicas brasileiras no campo sanitário.

Pautaram-se, ainda, os estudos direcionados ao capítulo em tela, a importância que a medicina assume no transcorrer da história, passando a exercer forte influência nas organizações administrativas do Estado, assim como demonstrado restou a atuação do Estado na regulamentação do direito sanitário para fins de promoção e preservação da saúde.

Discorreu-se, ainda, acerca do surgimento do Sistema Único de Saúde e a sua convivência com a atuação da iniciativa privada, franqueada pelo texto constitucional de 1988.

No terceiro capítulo, passa-se a discorrer acerca da atividade da iniciativa privada no exercício da saúde suplementar e respectiva regulamentação incorrida através da Lei nº 9.656/98.

Foram destacadas as principais reclamações emanadas dos usuários dos planos de saúde, as quais culminaram na edição da Lei 9.656/98, discorrendo brevemente acerca do hiato temporal havido entre a autorização constitucional e a promulgação da lei que regulamentou especificamente as atividades dos planos e seguros de assistência à saúde.

Tratou-se de forma incisiva acerca da agência reguladora criada pelo Governo Federal – Agência Nacional de Saúde Suplementar, conceituando, bem como descrevendo as atividades exercidas, assim como os reflexos de sua atuação perante as operadoras de planos de saúde e respectivos usuários, a fim de pontuar, explicitamente, a legitimidade e legalidade das negativas emanadas das operadoras de planos de saúde quando a pretensão dos usuários encontra-se subsumida às hipóteses em que a própria lei as excluiu (artigo 10, incisos I a X, Lei nº 9.656/98).

Lançados os pressupostos envolvidos na temática necessários a discorrer acerca da judicialização das atividades das operadoras de planos de saúde sob o enfoque da Lei nº 9.656/98, no capítulo quarto são ofertados os argumentos

necessários, fundados em dados coletados, a apontar a ingerência do Poder Judiciário nas atividades das operadoras de planos de saúde ao determinar o fornecimento de medicamento, tratamento ou procedimento não contemplados pela Lei nº 9.656/98 e os reflexos advindos da “socialização” dos prejuízos incorridos com tais medidas judiciais.

Trouxe a lume julgados, bem como súmulas editadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que demonstram uma interpretação judicial contrária àquela advinda do texto expresso da Lei nº 9.656/98 e dos parâmetros regulatórios emanados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Discorrido acerca dos pontos fulcrais, em caráter conclusivo da presente dissertação, são apontadas as soluções vislumbradas nos embates travados, com o objetivo de prosseguir os estudos realizados, sem ficar imune às críticas necessárias a engrandecer as reflexões acerca da temática ora proposta.

Por conseguinte, restou observado que a evolução dos procedimentos e técnicas médicas resulta em melhores condições de vida à população, contudo, aquelas ainda não homologadas pelo Poder Público não são disponibilizadas pelos planos e seguros privados de assistência à saúde, fazendo com que seus usuários ingressem na esfera judicial, obtendo, em sua grande parte, a concessão do tratamento ou procedimento médico prescrito.

Nesse sentir, para evitar a ocorrência de uma externalidade negativa às atividades da assistência privada à saúde, oriunda da interpretação ocasionada pelo Poder Judiciário Paulista, a qual resulta na socialização dos prejuízos pelos usuários, mister a aplicação da Lei nº 9.656/98 e respectivos regulamentos em seu grau máximo, para se evitar a transferência do dever constitucional de prestar a saúde em caráter universal e integral, que compete ao Estado, à iniciativa privada.

Acerca da metodologia³ utilizada, tem-se que na fase de investigação e de tratamento de dados foi utilizado o método dedutivo, sendo utilizadas nos capítulos as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo que os resultados obtidos na presente pesquisa refletem a base lógica dedutiva.

³COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p. 99.

CAPÍTULO PRIMEIRO

A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA SAÚDE E A REGULAMENTAÇÃO SANITÁRIA

Conceituar saúde é missão que não se encerra, ante o seu caráter multifacetado e evolutivo ao longo da história, aplicado às mais variadas civilizações.

A definição aqui adotada se afigura como um dos conceitos possíveis, uma vez que construído não somente com fundamento em critérios descritivos dos momentos vivenciados à época, mas também por possuir uma conotação valorativa e historicamente arraigada, haja vista que perscrutar o conceito histórico se faz necessário para evidenciar os reflexos incisivos do conhecimento e realidade social político-econômica vivenciada e, assim, extrair as considerações acerca das expressões: saúde/doença, medicina e práticas médicas.

Inicia-se, assim, a formulação do conceito de saúde neste tópico, com uma visão ontológica, de base evolutiva, oriunda dos principais momentos fáticos da história que contribuíram para a atual formulação adotada universalmente pelas nações. Sob a mesma ótica, ofertado será o esboço acerca da evolução normativa envolvendo a temática saúde dentro da perspectiva internacional.

O conceito de saúde ou qualidade de vida não pode se basear apenas pela análise histórico cultural de um povo, por meio de suas crenças e dogmas, desprovida de qualquer cientificidade, assim como também não é possível estabelecer uma diretriz fundada apenas em critérios científicos. Para a construção do conceito, mister que provenha da combinação de ambos, seja para evitar que a irracionalidade e opressão advindas de dogmas impostos prevaleçam sobre a lógica da cientificidade, seja para impedir que a abstração da ciência torne impossível a aplicação à realidade vivenciada.⁴

A construção e o desenvolvimento das inúmeras definições acerca da saúde no transcorrer do tempo refletem as características inerentes a cada período,

⁴*Concepts such as “health” or “quality of life” cannot claim to have a meaning that can be validated by reference to an external source. Such concepts entail a degree of social and cultural construction, with different meanings across time and place. Society must decide which different possibilities are important. Still, as Thomas Scanlon argues, there is merit in searching for a substantive-enough account against which activities can be assessed so that it can serve as a basis for criticism of certain injustices and oppression in the world”. (RUGER, Jennifer Prah. Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements. **Yale Journal of Law & the Humanities**, Vol. 18, 2006, p. 313. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=933009>.* Acesso em: 19 jan. 2016

marcando a trajetória da própria humanidade, tornando missão tormentosa traçar um conceito pacífico em torno do significado saúde.

1.1 A saúde sob o enfoque histórico

Partindo de um contexto histórico, é possível observar, que o conceito de saúde encontra-se vinculado à conjuntura cultural, política, social e econômica vivenciada à época, assim como às concepções científicas, filosóficas e religiosas, encontrando-se, nos primórdios, umbilicalmente associada à superstição, ao sobrenatural, em nítida visão mística, transmudando-se para o tecnicismo mediante a análise de fatores sociais, e procedimentos científicos com o surgimento da racionalidade advinda da ciência.

A fim de pontuar a evolução das técnicas médicas no transcorrer da história, adotar-se-á a seguinte divisão dos períodos históricos⁵: (i) idade antiga (4.000 a.C – 476 d.C); (ii) idade média (476 d.C – 1453); (iii) idade moderna (1453 – 1789); (iv) idade contemporânea (1789 aos dias atuais).

1.1.1 A saúde sob a visão mística da Idade Antiga

Nesse sentir, nos primórdios a prática da higiene pessoal e da limpeza pelos povos tinham um fundamento religioso, haja vista que assim o faziam para demonstrarem sua pureza diante dos deuses, sendo certo que as moléstias eram consideradas sentenças divinas com a finalidade de castigar as perversidades da pessoa⁶. Nesse sentido, ainda fundado no pensamento místico e sobrenatural, parte das grandes civilizações afirmava que a moléstia teria origem em fatores externos, apontando a saúde como recompensa pelo bom comportamento.

Por derradeiro, diante da ausência do tecnicismo científico, as superstições advindas do medo do desconhecido como resultado da violação de uma regra

⁵RESUMO ESCOLAR. **Divisão dos Períodos Históricos:** Pré-História, Idade Antiga, Média, Moderna e Contemporânea. Disponível em: <<http://www.resumoescolar.com.br/historia/divisao-dos-periodos-historicos-pre-historia-idade-antiga-media-moderna-e-contemporanea/>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁶FURB. SIAS. **Saúde Pública:** história. Disponível em: <<http://www.inf.furb.br/sias/saude/Textos/Historia.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

cultural religiosa marca esse período da causalidade como consequência de fatores externos.

Assim, a doença era associada a fatores sobrenaturais, devendo a cura ser buscada mediante apelo às autoridades religiosas ou mesmo às divindades, o que dificultava, não só a conceituação da doença, mas o estabelecimento da relação causa-efeito.

Nesse desiderato, os egípcios sustentavam que a saúde é a condição natural da pessoa, classificando a doença em dois segmentos. No primeiro, as moléstias de causa evidente, desprovidas da relação mística, como, por exemplo, as fraturas, dentre outros do gênero, sendo certo que, em um segundo grupo, inseriam as moléstias como causas desconhecidas, para as quais se abeberavam da linguagem sobrenatural para explicar a causa originária. Nesse grupo, em razão do Rio Nilo influenciar a vida desse povo de forma exponencial, explicavam a saúde e as moléstias através do estágio em que se encontrava o rio. Assim, com a época das cheias, a abundância de alimentos e saúde eram notórias, bem como o período de seca refletia na pobreza e surgimento de enfermidades⁷.

Faz-se o registro, igualmente, acerca da acepção dos povos chineses e hindus acerca da saúde/doença, os quais a concebiam dentro do equilíbrio/desequilíbrio do organismo influenciado pelos astros, animais e clima, entretanto, desprovido da visão mística até então vigente, uma vez que se empenharam na elaboração de técnicas e práticas para a obtenção do equilíbrio necessário entre a energia vital e a saúde orgânica⁸.

1.1.2 Do início do cientificismo na saúde

Da interpretação sobrenatural, passa-se a um primeiro esboço de fundamento científico e racional sobre a origem das moléstias, que se reporta à Grécia, apontada como o berço da civilização, com expressivo reconhecimento dos ensinamentos na área médica, em especial, entre os séculos V e IV a.C.

Para os gregos, a doença era resultado da atuação de fatores externos aos quatro elementos da natureza – água, fogo, terra e ar – ocasionando desequilíbrio

⁷PUERTO SARMIENTO, F. J. *El mito de Panacea*. Compendio de Historia de la Farmacia y la Terapéutica. Madrid: Doce Calles, 1997.

⁸BARATA, Rita de Cássia Barradas. A Historicidade do Conceito de Causa. In: **Textos de Apoio: Epidemiologia I**. PEC/ENSP/ABRASCO. Rio de Janeiro, 1985, p. 13-27.

entre os mesmos, conforme salienta Rita de Cássia Barradas Barata⁹, citando uma passagem de Platão:

[...] a maneira pela qual elas (as doenças) se formam pode ser clara a qualquer um. O corpo é composto da mistura de quatro elementos: terra, fogo, água e ar. A abundância ou falta desses elementos, fora do natural; a mudança de lugar, fazendo com que eles saiam de sua posição natural para outra que não lhes seja bem adaptada; ou o fato de que um deles é forçado a receber uma quantidade que não é própria para ele, mais conveniente para outra espécie; todos esses fatores e outros similares são as causas que produzem distúrbios e moléstias.

Hippocrates (apud DALLARI, 1995, p. 17), considerado por muitos o “pai da medicina” por ter desenvolvido o raciocínio condizente à observação e ao senso prático da medicina grega, sustentou que o estilo de vida e a cidade, isto é, fatores climáticos, dialéticos, raciais e o meio onde vivem, influenciam sobre a vida de seus habitantes, afirmando, inclusive, que o médico não incorreria em erro ao tratar as enfermidades caso houvesse identificado perfeitamente a influência de tais fatores – estilo de vida e o meio ambiente – sobre a vida das pessoas daquela localidade¹⁰.

Assim, tal pensamento acerca do qual se considera o meio ambiente fator incisivo na relação saúde x doença, se vislumbra desde o célebre tratado “Das águas, ares e lugares”¹¹, em que o excerto hipocrático descreve o necessário procedimento para aqueles que se aventuram na arte médica:

Quem quiser aprender bem a arte de médico deve proceder assim: em primeiro lugar há de ter presentes as estações do ano e os seus efeitos, pois nem todas são iguais mas diferem radicalmente quanto à sua essência específica e quanto às suas mudanças. Deve ainda observar os ventos quentes e frios, começando pelos que são comuns a todos os homens e continuando pelos característicos de cada região. Deve ter presentes também os diversos gêneros de águas. Estas se distinguem não só pela densidade e pelo sabor, mas ainda por suas virtudes. Quando um médico (que é considerado, como era habitual naquela época, médico ambulante) chegar a uma cidade desconhecida para ele, deve determinar, antes de mais, a posição que ela ocupa quanto às várias correntes de ar e quanto ao curso do Sol... assim como anotar o que se refere às águas... e à qualidade do solo... Se conhecer o que diz respeito à mudança das estações e do clima, e o nascimento e o ocaso dos astros... conhecerá antecipadamente a qualidade do ano... Pode ser que alguém julgue isto demasiadamente orientado para a ciência, mas

⁹BARATA, Rita de Cássia Barradas. A Historicidade do Conceito de Causa. In: **Textos de Apoio: Epidemiologia I**. PEC/ENSP/ABRASCO. Rio de Janeiro, 1985, p. 15.

¹⁰DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. Editora Hucitec. São Paulo, 1995, p. 17.

¹¹JAEGGER, Werner. **Paidéia**. A formação do homem grego. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1989. p. 690.

quem tal pensar pode convencer-se, se alguma coisa for capaz de aprender, que a Astronomia pode contribuir essencialmente para a Medicina, pois a mudança nas doenças do homem está relacionada com a mudança do clima.¹²

Tem-se, nesse momento histórico, um grande avanço no conceito de saúde, através do desprendimento da visão mística, através da observação da necessária relação harmoniosa que deve haver entre os elementos da natureza e o organismo humano, passando as causas das enfermidades a ocuparem uma visão que transcende o próprio organismo humano, sendo apontados os hábitos, posturas e o cotidiano das pessoas como reflexos diretos na saúde.

Joffre Marcondes de Rezende¹³ vaticina:

Somente no século V a.C., com o surgimento da medicina hipocrática na Grécia, foi a mesma separada da religião, das crenças irracionais e do apelo ao sobrenatural. Desde então, por caminhos tortuosos, com avanços e recuos, chegou à Idade Média, quando tiveram início os cursos médicos oficiais. Até então, o ensino da arte médica era informal e se fazia de mestre e aluno através de gerações, como consta no juramento de Hipócrates. Conforme ressaltou Vern Leroy Bullough, em seu livro *The Development of Medicine as a Profession*, a medicina só foi institucionalizada a partir da Idade Média, após a fundação da escola de Salerno e das primeiras universidades europeias (BULLOUGH, 1966, p. 49-72). Dentre elas teve atuação destacada a de Pádua, onde se formaram e ensinaram grandes personagens que revolucionaram a medicina, como Vesalius, Morgagni, Harvey e outros.

1.1.3 A saúde na Idade Média

Outro período marcante na história da medicina para o Ocidente foi a Idade Média, período em que o ensino médico foi institucionalizado. Conforme preceitua Rezende¹⁴,

Após a invasão do Império Romano pelos bárbaros no século V, a medicina na Europa, como toda a cultura clássica greco-romana, se abrigou nos mosteiros. Diversas ordens religiosas preservaram grande parte dos manuscritos sobre a medicina e tomaram a seu cargo o cuidado aos enfermos como um preceito cristão. Pequenos

¹²JAEGER, Werner. **Paidéia**. A formação do homem grego. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1989. p. 690.

¹³REZENDE, J. M. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina** [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O ato médico através da história. p. 114. Disponível em:

<<http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-12.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

¹⁴Ibid., 2009.

hospitais e albergues eram encontrados junto aos mosteiros, onde os doentes eram atendidos.

Ainda em conformidade com os ensinamentos de Rezende, ao lado dos clérigos, existiam pessoas leigas que exerciam o ofício da medicina, quadro o qual se manteve por aproximadamente três séculos, findando com o surgimento da Escola de Salerno.

Tal escola, ainda nos dizeres de referido autor, representou grande contribuição para a medicina como profissão, haja vista que o curso médico ali ministrado exigia estudos preparatórios, além dos cinco anos, sendo que o último ano corresponderia ao atual internato. Findado o curso, era concedida, aos recém-formados, uma licença para o exercício da medicina. Nesse período ganhou destaque Benevenuto Grasso, autor de *Pratica oculorum*, consistente em um manual de doenças dos olhos, considerado como texto clássico da oftalmologia durante quinhentos anos¹⁵.

O período medieval foi marcado principalmente pelo surgimento das universidades, com grandes expoentes na área da medicina, dentre as quais, ganham destaque, respectivamente, a Universidade de Bolonha (Theodorico de Lucca (1205-1289), professor de cirurgia, inovou o tratamento das feridas ao sugerir a sutura imediata para evitar a formação de pus, o que na época era considerado inevitável)¹⁶; Universidade de Montpellier, sul da França (Guy de Chauliac (1300-1368), o mais renomado cirurgião da Idade Média. Autor de *Cirurgia magna*, obra a qual teve dezesseis edições em latim, 43 em francês)¹⁷; Universidade de Paris (Albertus Magnus (1206-?), publicou numerosos livros, ganhando destaques por seu amplo conhecimento sobre plantas medicinais)¹⁸; Universidade de Oxford e Universidade de Cambridge, ambas inglesas, (com destaque em ambas as universidades, Bartholomeus Anglicus escreveu, por volta de 1250, uma enciclopédia denominada *De proprietatibus rerum* (Das Propriedades das Coisas), obra de consulta obrigatória na Idade Média)¹⁹; Universidade de Pádua, segunda

¹⁵REZENDE, J. M. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina** [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O ato médico através da história. p. 121-129. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/8kf92/pdf/rezende-9788561673635.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

¹⁶Ibid., p. 12-129.

¹⁷Ibid., p. 12-129.

¹⁸Ibid., p. 12-129.

¹⁹REZENDE, J. M. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina** [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O ato médico através da história. p. 121-129. Disponível em:

maior universidade a ser criada na Itália, após a de Pádua, sendo certo que, com o passar dos anos, acabou se tornando o maior centro de estudos na Europa, ganhando destaque pela docência de Galileu por dezoito anos²⁰.

1.1.4 A Idade Moderna e os avanços na área da saúde

Com o início da Idade Moderna, destaca-se o Renascimento, período em que se fez a redescoberta cultural da antiguidade clássica, tornando cristalinas as mudanças na sociedade nas áreas da política, religião, dentre outras, ressaltando as inúmeras conquistas científicas advindas, em específico, aquelas oriundas da fisiologia e anatomia, que culminaram na ideia primária acerca dos organismos microscópicos e as doenças transmissíveis por tais seres. Iniciam-se os estudos voltados à anatomia, fisiologia, e à individualização das moléstias.

Giovani Reale e Dario Antiseri²¹ sustentam que o período que permeia 1543, data da publicação do *De revolutionibus* (Nicolau Copérnico), a 1687, em que se publicou a obra de Isaac Newton – *Philosophiae naturalis principia mathematica*, é comumente denominado de ‘revolução científica’.

Destaca-se Anthony (ou Antonius ou Antonie) van Leeuwenhoek²², cientista holandês, considerado o inventor da microbiologia ao observar, por meio de microscópios criados por ele, a existência de microrganismos, em específico, bactérias e protozoários.

Nesse período, o racionalismo dos pensadores modernos influenciou a definição de saúde, partindo de uma premissa básica para a complexa. Esse raciocínio permitiu o desenvolvimento das especialidades médicas, assim como a divisão biológica do corpo humano para fins de estudo.

Assim, a visão do todo passa a ser segmentada, extraíndo do corpo os demais fenômenos que se interagem, proporcionando a análise das partes do corpo e respectivas patologias, as quais passam a ser objeto de inserções médicas, sedimentando as premissas do modelo biomédico.

<<http://static.scielo.org/scielobooks/8kf92/pdf/rezende-9788561673635.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

²⁰Ibid., p. 12-129.

²¹REALE, Giovani, ANTISSERI, Dario. **História da Filosofia**: do humanismo a Kant. São Paulo: Paulus, 1990, p. 185. (Coleção Filosofia).

²²Anthony [ou Antonius ou Antonie] van Leeuwenhoek. **Biografias**. Disponível em:<<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/Anthovan.html>>. Acesso em: em 01 dez. 2015.

Em sentido semelhante ao esposado por Hipócrates, o suíço Paracelso (1493-1541), cujo nome verdadeiro era Phillipus Aureolus Theophrastus Bombastus von Hohenheim, afirmava a importância do mundo exterior, compreendido pelas leis físicas da natureza e fenômenos biológicos, para o pleno entendimento da vida humana²³, sustentando que as enfermidades eram ocasionadas por fatores externos ao organismo.

René Descartes (1596-1650), por seu turno, quando dos estudos incorridos na obra “Descrição do Corpo Humano” (1647/1648), sustentando que o corpo humano é formado de matéria física e, por tal motivo, possui propriedades comuns a qualquer outra matéria, apontou que as leis que se aplicam à física, aplicam-se, igualmente, ao corpo humano²⁴. Assim, identificando o corpo humano à máquina, vislumbrou a possibilidade da manutenção da saúde²⁵.

Jordino Marques²⁶ destaca o pensamento de Descartes ao atribuir explicações mecanicistas ao funcionamento do corpo humano, equiparando-o a uma máquina:

Eu suponho que o corpo nada mais seja do que uma estátua, uma máquina de terra que Deus forma deliberadamente, para torná-la o mais possível semelhante a nós: de modo que ele dá não só a cor e a forma de todos os nossos membros, como também insere todas as peças que são necessárias para fazer que ela caminhe, coma, respire, enfim, imite todas as nossas funções, que se imagina proceder da matéria e só depender da disposição dos órgãos.

Nesse sentir, o homem passa a entender o funcionamento de sua própria natureza corporal e, ancorado nas descobertas da física, química, e do método cartesiano, passa a equiparar o corpo humano a uma máquina.

1.1.5 A saúde na Idade Contemporânea

Referido período, instaurado pela Revolução Francesa (1789), marcado pela consolidação do Sistema Capitalista, Revolução Industrial, I e II Guerra Mundial,

²³DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. Hucitec. São Paulo, 1995. p. 18.

²⁴INFOESCOLA. **Descartes e a natureza do corpo e da mente**. 2015. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/descartes-e-a-natureza-do-corpo-e-da-mente/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

²⁵DALLARI, op. cit., 1995, p. 18

²⁶MARQUES, Jordino. **Descartes e sua concepção de homem**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 139. (Coleção Filosofia, n. 25).

Globalização, Socialismo, teve grandes destaques na área médica, por meio de inovações nas técnicas medicinais, tais como:

- 1796: Edward Jenner (1749 – 1823) desenvolveu a vacina contra a varíola, uma das enfermidades mais temidas à época²⁷;
- 1846: Thomas Green Morton (1819 - 1868) desenvolveu a anestesia, por meio da idealização de um aparelho inalador de éter²⁸;
- 1895: Wilhelm Röntgen (1845 - 1923) desenvolveu o aparelho de radiografia²⁹;
- 1928 a “penicilina”, antibiótico descoberto por Alexander Fleming (1881-1955)³⁰;

Tem-se que o advento da Revolução Industrial, impulsionado pelas ideias revolucionárias do liberalismo³¹, impactou intensamente no meio social, uma vez que propiciou o êxodo rural e a consequente formação dos grandes centros urbanos, justificada pela migração da economia para o parque industrial ora instaurado.

Entretanto, essa intensa urbanização, sem o planejamento devido, desencadeou graves problemas sociais, culminando no aumento da mortalidade geral, em especial, a infantil, haja vista a ausência de políticas públicas sanitárias voltadas especificamente para a nova demanda ora instaurada.

O aumento populacional nos centros urbanos, sem o planejamento devido, refletiu na saúde, uma vez que a consequência lógica e natural advinda do processo industrial é o aumento da poluição, mediante a degradação do solo, água, ar, dentre outros fatores ambientais, motivando a disseminação de agentes patogênicos³², assim como marginalização de parte da sociedade através do surgimento de uma nova classe social detentora das novas técnicas e, conseqüentemente, do capital.

²⁷MINISTÉRIO DA SAÚDE. Centro Cultural da Saúde. Personalidades: Edward Jenner (1749-1823). **Revista da Vacina**. [2015]. Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/personas/jenner.html>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

²⁸Thomas Green Morton, o inventor da anestesia. **J. Bras. Patol. Med. Lab.** [online]. 2009, vol. 45, n. 4, p. 0-0. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-24442009000400001>. Acesso em: 07 dez. 2015.

²⁹UOL EDUCAÇÃO. **Wilhelm Röntgen. Físico Alemão**. 2014. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/klick/0,5387,1932-biografia-9,00.jhtm>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

³⁰E-BIOGRAFIAS. **Alexander Fleming. Médico inglês**. 03 jul. 2012. Disponível em: <http://www.e-biografias.net/alexander_fleming/>. Acesso em: 07 dez. 2015.

³¹DALLARI, Sueli; FORTES, Paulo. Direito Sanitário: inovação e novo campo de trabalho. In: **Saúde e Democracia – a luta do CEBES**. Sonia Fleury (Org). São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 189.

³²PIGNATTI, Marta G. Saúde e ambiente: as doenças emergentes no Brasil. **Ambiente & Sociedade**. Vol. VII n. 1 jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

O impacto ambiental oriundo da industrialização com seus reflexos na saúde advêm de sociedades hiperdesenvolvidas³³, fazendo com que os trabalhadores passassem a pleitear melhores condições, surgindo os conceitos primários de medicina social e saúde coletiva, merecendo destaque a introdução, nos primórdios do século XX, da definição de promoção da saúde proposto pelo canadense Henry Ernest Sigerist³⁴.

Para o pesquisador mencionado, o qual sofreu grande influência em seus trabalhos com sua mudança para os Estados Unidos da América em 1932, justamente o período em que referida nação ainda sentia os efeitos malévolos oriundos da Grande Depressão de 1929, a medicina e a saúde como um todo deveriam ter uma dimensão social, mediante o enfoque econômico, sem se descuidar da evolução técnico-científica.

Assim, dentro de uma visão macro, nota-se a existência de duas novas linhas de pensamento emanadas desse período, na ânsia de conceituar a saúde. Uma linha era composta pelas variáveis externas ao trabalhador, como o meio ambiente, modalidade de trabalho exercido, alimentação, sendo certo que a outra corrente perscrutava os fatores internos, por meio da descoberta dos microrganismos e conseqüente isolamento, com a produção de medicamentos específicos para o combate das enfermidades, ressaltando a saúde como a ausência de doenças.

Tais correntes, permeadas pelos reflexos advindos da Revolução Industrial, ressaltavam o caráter mecanicista da doença, tendo, como fundamento os pensamentos de Descartes, o qual sustentava o dualismo mente-corpo, postulando que o corpo funcionava como uma máquina.

Friedrich Engels, por sua vez, observando o estilo de vida dos trabalhadores durante a Revolução Industrial, vaticinou que tanto o ambiente de trabalho quanto a qualidade de vida de tais trabalhadores influenciam no nível de saúde³⁵.

Assim, dentro do cenário que o fenômeno industrial propiciava,

a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado. Exatamente nesse momento, permeados pela evolução científica da

³³BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 28-32.

³⁴WESTPHAL Marcia Faria. Promoção da Saúde e Prevenção de Doenças. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et. al. **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz; 2007. p. 653-663.

³⁵DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. Hucitec. São Paulo, 1995. p. 18.

medicina clínica e microbiologia, os trabalhos de Louis Pasteur (1822-1895) e Robert Koch (1847-1910) comprovam a teoria da etiologia específica das doenças e fornecem, então, a causa que explica o defeito na linha de montagem humana.³⁶

Como bem vaticinado por Sueli Gandolfi Dallari³⁷, haja vista que, em 1876, Robert Koch, demonstrou a origem microbiana de uma doença humana, constituindo o marco do controle de doenças endoepidêmicas³⁸.

Em 1914, Lessona (apud KÖLLING, 2011)³⁹ sustentou que o direito sanitário consistia no emaranhado de normas cujo objetivo era a tutela da saúde pública, compreendida como a prevenção e o tratamento de moléstias que representassem perigos à sociedade. Em que pese o brilhantismo na conceituação esposada na época, o mesmo não restou imune a críticas, uma vez que no conceito ofertado não discorreu em que consistiam tais perigos.

Ou seja, o momento vivenciado com a implantação do modelo industrial de produção, cujo cenário apontava para o desenvolvimento das formas de produção e a ascensão de uma nova classe dominante – burguesia - marcou a presença de duas correntes que se propuseram a conceituar a saúde.

Uma linha, alheia ao processo de produção ante a precária condição em que viviam seus defensores, desprovidos das técnicas inovadoras surgidas, sustentavam que o conceito de saúde deveria ser extraído do meio ambiente, alimentação, trabalho, moradia, sendo certo que, a outra corrente, embasada nas técnicas obtidas no período, mediante o descobrimento de germes causadores de doença e seu consequente isolamento, possibilitando, assim, o desenvolvimento de medicação hábil a inibi-la, visualizava a saúde como a ausência da doença.

Existe, até o momento, uma gama de conceitos acerca do que venha a ser saúde, sendo certo que, nem mesmo através da Liga das Nações⁴⁰, materializada após a 1ª Grande Guerra, foi possível uniformizá-lo.

³⁶DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. Hucitec. São Paulo, 1995. p. 18.

³⁷Ibid., p. 18.

³⁸FURB. SIAS. **Saúde Pública: história**. Disponível em: <<http://www.inf.furb.br/sias/saude/Textos/Historia.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

³⁹KÖLLING, Gabrielle. **O direito à saúde: história e perspectiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6542850-Universidade-do-vale-do-rio-dos-sinos-unidade-academica-de-pesquisa-e-pos-graduacao-programa-de-pos-graduacao-em-direito-nivel-mestrado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁴⁰Liga das Nações foi o nome conferido à organização internacional criada em 1919, após a 1ª Guerra Mundial, com a finalidade de reunir o maior número possível de Estados para a realização de

Júlio Cesar Ballerini Silva⁴¹ confirma que não é possível conceituar a saúde sob um único enfoque, haja vista que o seu conceito reflete em mais de uma seara, como o Direito Constitucional, o Direito Previdenciário e a Medicina Legal. Quanto a esta ciência, saúde pode ser considerada como o pleno funcionamento das funções orgânicas do corpo humano a proporcionar o bem-estar biopsicossocial do indivíduo⁴². Para o Direito Previdenciário, saúde consiste no direito à redução dos riscos de moléstias mediante a instituição de políticas públicas eficazes e, no Direito Constitucional, consiste no bem estar físico, econômico, social e psíquico das pessoas⁴³.

1.2 Da regulamentação sanitária no cenário internacional

Visando colaborar e aclarar as balizas para a formação do conceito de saúde, e demonstrar sua importância no contexto internacional, em especial, no pós-guerra de 1945, mister perscrutar, ainda, no arcabouço legislativo em especial, no campo do Direito Internacional, as Declarações de princípios que destacaram os direitos e garantias dos povos na área sanitária.

Tendo em vista que o Brasil é signatário da Organização das Nações Unidas (ONU), bem como da Organização Mundial de Saúde (OMS), a inserção, no presente trabalho, acerca dos apontamentos advindos de referidos órgãos torna-se imperioso, a fim de contribuir e evidenciar os objetivos traçados para o direito sanitário.

Faz-se necessário tal manobra, buscando no “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, originário do pós-guerra como solução às atrocidades perpetradas pelo nazismo, a necessidade da reconstrução da importância dos direitos humanos como vetor ético e moral na condução da ordem internacional⁴⁴, em específico, o direito à saúde.

mediação e arbitragem entre os mesmos, quando houvesse algum litígio, evitando-se, assim, conflitos belicosos como ocorrido.

⁴¹SILVA, Julio Cesar Ballerini. **Direito à saúde**: aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. Leme: Habermann. 2009, p. 34.

⁴²Ibid., p. 35.

⁴³Ibid., p. 35.

⁴⁴PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Palestra proferida em 16 de maio de 1996, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: 04 set. 2015.

Apesar da mácula deixada pelos nazistas na história, tem-se que destacar, no direito sanitário, a contribuição dos experimentos nazistas para a medicina, conforme preceitua Fernando Carbonieri⁴⁵, os conhecimentos médicos modernos sobre a forma como o corpo humano reage ao ponto de congelamento para a morte se baseia quase que exclusivamente nesses experimentos nazistas.

Perfilhando deste entendimento, Flávia Piovesan⁴⁶, citando Louis Henkin, sustenta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reflete a anuência universal de que todas as pessoas devem ter direitos, os quais os Estados devem respeitar e tutelá-los, e conclui que a observância dos direitos humanos não deve ficar circunscrita ao interesse particular do Estado (e respectiva jurisdição doméstica), merecendo a atenção e interesse de todas as Nações, constituindo objeto de regulamentação do Direito Internacional.

Saliente-se, ademais, que o momento histórico vivenciado à época do pós-guerra faz as Nações elucubrarem quanto à manutenção, ou não, do modelo de tutela da proteção dos direitos humanos dentro de uma competência nacional, limitada por uma jurisdição doméstica, ante o legítimo interesse internacional na contenção de barbáries com reflexos supranacionais, como as praticadas outrora pelo regime nazista.

Assim, a soberania absoluta estatal, até então vigente, passa a relativizar-se frente às intervenções impingidas com o fito de tutelar os direitos humanos no âmbito internacional, haja vista que os direitos primordiais do indivíduo não derivam do fato de ele ser de determinada Nação ou ser ele nacional, mas dos atributos da pessoa humana.

Fulcrados neste pensamento, em 24 de outubro de 1945 foi fundada, na cidade de São Francisco – Califórnia/EUA, a Organização das Nações Unidas (ONU), instituição internacional formada por 192 Estados soberanos.

Nota-se que sua fundação ocorreu após a 2ª Guerra Mundial, uma vez que seu objetivo primordial é manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações

⁴⁵Médico da Faculdade Evangélica do Paraná. Diretor do portal Academia Médica. Preceptor da Semiologia Geral do curso de Medicina da PUCPR Campus Londrina. Integrante da comissão de integração do Médico Jovem do Conselho Federal de Medicina do Paraná. Editor associado da Revista do Médico Residente. Disponível em: <<http://academiamedica.com.br/experimentos-medicos-nazistas/>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁴⁶PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Palestra proferida em 16 de maio de 1996, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: 04 set. 2015.

amistosas entre as Nações, promover o progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos⁴⁷.

Com a fundação da Organização das Nações Unidas, fez-se a instituição de uma agência especializada na área da saúde, a ela subordinada, em 07 de abril de 1948, denominada Organização Mundial de Saúde (OMS), a qual sustenta, no preâmbulo de sua Constituição, que é direito fundamental do ser humano “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir”, assim como “os governos têm responsabilidade pela saúde de seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

Nesse mister, a Organização Mundial de Saúde, com o objetivo de garantir a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que fosse possível, define saúde, como sendo “um estado de completo bem estar físico, mental e social e não consiste apenas a ausência de doença ou de enfermidade”⁴⁸, reconhecendo, assim, a necessidade de equilíbrio entre o ser humano e o ambiente.

Atualmente, a Organização Mundial de Saúde possui 194 Estados-membros que incluem territórios que não são necessariamente integrantes da Organização das Nações Unidas também, sendo responsável por conduzir as temáticas e parcerias voltadas para o desenvolvimento da saúde, incentivar as pesquisas científicas, prestar apoio técnico e monitorar o quadro sanitário mundial⁴⁹.

1.2.1 Carta do Atlântico

Nesse mister, tendo em vista o caráter umbilical que o direito sanitário possui com o direito previdenciário, uma vez que ambos se convergem no direito ao bem estar social, em específico, à saúde, interessante observar a Declaração de Princípios, marcada pelo momento histórico em que foi firmada – 2ª Guerra Mundial, idealizada pelo presidente dos Estados Unidos da América e o Primeiro Ministro do Reino Unido, em 14 de agosto de 1941, sendo reconhecida como “Carta do

⁴⁷GOVERNO DE PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direcção-Geral da Política de Justiça. **O que é a ONU?**. 28 abr. 2009. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexosorgint2/o-que-e-a-onu/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁴⁸USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. 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: 15 ago. 2015.

⁴⁹WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Countries**. Disponível em <<http://www.who.int/countries/en/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

Atlântico”⁵⁰, em período que antecedeu a criação da Organização das Nações Unidas.

O objetivo de referida Carta era assegurar a cada cidadão o direito subjetivo ao bem estar social, dentre estes, a saúde, uma vez que, no campo econômico, a pretensão de todas as Nações é o estabelecimento de melhores condições de trabalho, prosperidade econômica e segurança social, o que inclui a saúde da população.

1.2.2 Declaração de Santiago

Noutro talante, tem-se a Declaração de Santiago, também denominada Carta Magna dos Direitos Sociais, firmada em 1942, durante a Primeira Conferência Interamericana de Seguridade Social.

Ganhou notoriedade por ter dado os contornos iniciais à seguridade social⁵¹, de forma integral, orgânica e humana, destacando Hélio Pereira Dias⁵²

[...] as medidas destinadas a aumentar as possibilidades de emprego e mantê-las num alto nível; a incrementar a produção e as rendas nacionais e distribuí-las equitativamente, e a melhorar a saúde, a alimentação, o vestuário, a habitação e a educação geral dos trabalhadores e seus familiares.

1.2.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Com grande repercussão, por ser considerado um marco no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, uma das cartas de princípios mais importantes da história da humanidade, quiçá, a de maior destaque, no âmbito dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é resultado de longos debates entre as Nações acerca das barbáries praticadas durante as grandes guerras

⁵⁰USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Carta do Atlântico - 1941**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/carta-do-atlantico-1941.html>>. Acesso em: 03 set. 2015.

⁵¹BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 74-75.

⁵²DIAS, Helio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: ANVISA, 2002, p. 27.

mundiais ocorridas, com a dizimação de um elevado número de pessoas e sequelas seríssimas à população.

Assim, sob o enfoque de novos pressupostos ideológicos, almejando pavimentar o diálogo entre as Nações para a obtenção da paz e, principalmente, com a finalidade de fortalecer os direitos humanos no âmbito internacional, a Assembleia Geral proclamou a Declaração dos Direitos Humanos, salientando, em seu artigo 25, §1º:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁵³

Através da proclamação da referida Carta de Princípios, tem-se por instaurado, no seio da Organização das Nações Unidas, o conjunto legiferante global, em que pese sem a obrigatoriedade compulsória às Nações, o qual se faz integrado por documentos internacionais de amplitude genérica, como, por exemplo, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim com o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, mas também por instrumentos de eficácia específica, como se verifica através das Convenções.

1.2.4 Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Lançadas as premissas, em Roma, aos 04 de novembro de 1950, o Conselho da Europa, cujos propósitos são a tutela dos direitos humanos, a estabilidade político-social e o desenvolvimento democrático na Europa, adota a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (originariamente denominada Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), ressaltando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Em referido diploma, se fazem insertas as balizas de atuação da autoridade pública, em especial, para a proteção da saúde:

⁵³USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Artigo 8º - 2: Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros⁵⁴.

1.2.5 Carta Social Europeia

Ainda perscrutando os diplomas internacionais, é possível observar, igualmente no continente europeu, a adoção, na cidade de Turin, em 18 de outubro de 1961, pelo Conselho da Europa, da Carta Social Europeia, ressaltando os termos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como da Carta Social Europeia⁵⁵, a qual teve por finalidade envidar esforços em comum para a melhora do nível de vida e promoção do bem-estar de todas as categorias de população, urbanas e rurais, ressaltando, em seu artigo 5º, o gozo do direito primordial à saúde pública, a tratamento médico, aos serviços sociais e à previdência social:

Artigo 5º - Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

[...]

e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente:

[...]

iv) direitos à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais;

1.2.6 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

⁵⁴GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificada nos termos das disposições dos Protocolos nºs 11 e 14)**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁵⁵GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Carta Social Européia**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-18-10-961-ets-35.html>>. Acesso em: 04 set. 2015.

Merece destaque o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966⁵⁶, que representa um instrumento com abrangência geral, diversamente das Convenções Internacionais, as quais possuem a finalidade de corresponder a uma exigência de temática específica.

Referido Pacto, reconhecendo a dignidade inerente a todas as pessoas, indistintamente, assim como a obrigação, de cada indivíduo inserido na coletividade em lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos em referido instrumento, estatui, especificamente em seu artigo 6º-1, o direito à vida, assim como a proteção à saúde, em seus artigos 12-3, 18-3, 19-3-b, 21, e no artigo 22-2:

Artigo 6º

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

[...]

Artigo 12

[...]

3. Os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.

[...]

Artigo 18

[...]

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Artigo 19

[...]

⁵⁶BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

[...]

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

[...]

Artigo 21

O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

[...]

Artigo 22

[...]

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.⁵⁷

1.2.7 Convenção Americana de Direitos Humanos

Tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969 na cidade de San José da Costa Rica, e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Semelhantemente aos diplomas europeus, esta carta de

⁵⁷TRATADO INTERNACIONAL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**.

Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pacto.htm>>.

Acesso em: 04 set. 2015.

intenções consiste em um tratado internacional firmado entre as Nações membros da Organização dos Estados Americanos, vindo a constituir as premissas de um sistema interamericano de amparo aos direitos humanos.

Acerca de referido tratado, tem-se, igualmente, a proteção à vida, em seu artigo 4º-1:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

É possível observar, igualmente, em leitura aos artigos 12-3; 13-2-b; 15; 16-2; 22-3, a preocupação com a saúde pública quando se menciona, respectivamente: (i) a liberdade de consciência e de religião; (ii) a liberdade de pensamento e expressão; (iii) o direito de reunião; (iv) a liberdade de associação; (v) o direito de circulação e de residência⁵⁸.

1.2.8 Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde

Lançadas as bases em solo fértil, em especial, de acordo com José Roberto Ferreira e Paulo Marchiori Buss⁵⁹, consubstanciadas na abertura da China Nacionalista ao mundo exterior – com realização das duas primeiras missões de observação de especialistas ocidentais promovidas pela Organização Mundial de Saúde, sob a liderança de Halfdan Mahler (1973-1974), e o movimento canadense desenvolvido a partir do Relatório Lalonde – Uma Nova Perspectiva na Saúde dos Canadenses (1974), posteriormente reforçado com o Relatório Epp – Alcançando Saúde para Todos (1986), entre os dias 6 e 12 de setembro de 1978 ocorreu, em Alma Ata, na República do Cazaquistão, a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde.

Referida Conferência ficou conhecida como “Declaração de Alma-Ata”⁶⁰, realizada pela Organização Mundial de Saúde e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), com a participação de 134 países e 67 organizações não-

⁵⁸CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁵⁹BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Projeto Promoção da Saúde**. As Cartas da Promoção da Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 7.

⁶⁰DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. In: **Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde**, 1978. Alma-Ata. URSS, 1978. Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/alma-ata.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2015.

governamentais⁶¹, associou uma abordagem ao direito à saúde a uma estratégia factível à materialização desse direito.

Aclamou às Nações a elaborarem políticas nacionais que incorporassem cuidados primários de saúde a seus sistemas de saúde, tornando o *slogan* “Saúde para Todos no ano 2000”, traçado na 30ª Assembleia Mundial de Saúde, uma realidade factível.

Em referida ocasião restaram identificados os cuidados primários de saúde que as Nações deveriam ter para promover a redução da desigualdade, não só no próprio Estado, mas também em relação aos demais com o objetivo de atingir a ambiciosa meta denominada “Saúde para Todos no ano de 2000” traçada em 1977, assim como a redução da lacuna existente entre o estado de saúde dos países em desenvolvimento e o dos desenvolvidos⁶², sendo tais serviços baseados em intervenções aprovadas cientificamente.

Ademais, para a efetiva redução do abismo existente, tais serviços deveriam ser universalmente acessíveis para os indivíduos e as famílias a um custo viável para as comunidades e os países, convergindo no mínimo, a oito elementos⁶³: educação em saúde, nutrição adequada, cuidados de saúde para a mãe e a criança, saneamento básico e água limpa, controle das principais doenças infecciosas por meio de imunização, prevenção e controle de doenças localmente endêmicas, tratamento de doenças e lesões comuns, e provimento de medicamentos essenciais.

Esta conferência foi um marco histórico no direito sanitário, pois foi a maior conferência já realizada sobre um único tema na área da saúde e do desenvolvimento internacional.

Ademais, é interessante trazer o conceito firmado nesta ocasião acerca do termo saúde⁶⁴:

I)

A Conferência enfatiza que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social

⁶¹UNICEF. **Cuidados primários de saúde: 30 anos desde Alma-Ata**. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/sowc9pt/cap2-dest2.htm>>. Acesso em: 30 ago 2015.

⁶²DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. In: **Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde**, 1978. Alma-Ata. URSS, 1978. Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/alma-ata.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2015.

⁶³UNICEF. **Cuidados primários de saúde: 30 anos desde Alma-Ata**. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/sowc9pt/cap2-dest2.htm>>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁶⁴UNICEF, Op. cit.

mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.

Nesse sentido, ao firmarem o compromisso político inscrito na reunião de Alma Ata, as nações passam a reconhecer a saúde como um direito fundamental, buscando reduzir as desigualdades no estado de saúde dentro e fora de seus limites territoriais, sendo certo que as premissas ali lançadas se fazem presentes até hoje, norteando reformas nos sistemas de saúde que almejam a equidade no acesso e qualidade de serviços sanitários, com especial destaque no Brasil, por meio do Sistema Único de Saúde e respectivos programas, como “Saúde da Família”.

Ao final de referida Conferência, as Nações firmaram o consenso de que a promoção da saúde é essencial ao contínuo desenvolvimento socioeconômico, à manutenção da melhoria da qualidade de vida das pessoas e à paz entre as Nações.

Traçadas as premissas, outros eventos foram organizados e realizados com a devida periodicidade, ante a ampliação das ações sanitárias, mediante o ingresso de novos fatores, bem como a evolução da ideologia de diversas nações, sobre as políticas públicas voltadas para a área da saúde.

1.2.9 Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde

Em continuidade, em 21 de novembro de 1986, foi realizada a primeira Conferência internacional sobre Promoção da Saúde, em Ottawa, Canadá⁶⁵, como resultado natural das expectativas mundiais por uma saúde mais eficaz.

Embasada nos progressos advindos com a Declaração de Alma Ata, que destacou a atenção primária à saúde, a Carta de Ottawa, como assim ficou conhecida, sustenta a promoção da saúde como fator fundamental para a melhora da qualidade de vida, tornando-se imprescindível, nesse processo, a capacitação da comunidade, mediante ambientes favoráveis, acesso à informação, dentre outros quesitos, ressaltando a responsabilidade de todos na efetivação do bem-estar global, salientando que a promoção da saúde não deve ficar circunscrita ao setor sanitário.

⁶⁵PORTAL DE SAÚDE PÚBLICA. Carta de Ottawa: promoção da saúde nos países industrializados. **1ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 1986, Ottawa, Canadá. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaoaude/Dec_Ottawa.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

Interessante observar que referida conferência, conclamando a Organização Mundial de Saúde, o Ministério do Bem Estar Social do Canadá e a Associação Canadense de Saúde Pública, através de duzentos delegados de trinta e oito países, propiciou um diálogo aberto com a finalidade de seus promoventes envidarem esforços para delinear os objetivos individuais e reforçarem o compromisso coletivo assumido na Declaração de Alma Ata: “Saúde para Todos no ano 2000”.

Referida Carta identificou cinco campos de ação para a promoção da saúde⁶⁶:

- a) construção de políticas públicas saudáveis;
- b) criação de ambientes favoráveis à saúde;
- c) desenvolvimento de habilidades individuais;
- d) reforço da ação comunitária;
- e) reorientação dos serviços de saúde.

Assim, a partir no instante em que ressaltada foi a importância da saúde pela referida Carta, resgatadas foram as premissas da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, comumente chamada de Declaração de Alma Ata.

1.2.10 2ª Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde

Posteriormente, no período de 05 a 09 de abril de 1988 foi realizada, em Adelaide, Austrália, a 2ª Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde⁶⁷.

Nesta ocasião, firmou-se o entendimento de que a saúde é direito humano básico e sólido investimento social, uma vez que a garantia de uma sociedade saudável é reflexo no aumento da produtividade socioeconômico.

Ademais, se preconizou que as políticas voltadas para a promoção da saúde “caracterizam-se pelo interesse e preocupação explícitos de todas as áreas das políticas públicas em relação à saúde e à equidade e pelos compromissos com o impacto de tais políticas sobre a saúde da população, tendo como principal propósito

⁶⁶SAÚDE EM MOVIMENTO. **Declaração de Adelaide sobre Cuidados Primários**. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_frame.asp?cod_noticia=200> Acesso em: 01 set. 2015.

⁶⁷PORTAL DE SAÚDE PÚBLICA. Recomendações de Adelaide: promoção da saúde e políticas públicas saudáveis. **2ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 1988, Adelaide, Austrália. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Adelaide.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

a criação de um ambiente favorável para que as pessoas possam viver vidas saudáveis”⁶⁸.

Referida Conferência destacou quatro áreas primordiais para a promoção de ações em políticas pública saudáveis: *(i)* apoio à saúde da mulher; *(ii)* alimentação e nutrição; *(iii)* tabaco e álcool; *(iv)* criando ambientes saudáveis.

1.2.11 3ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde

Entre os dias 9 e 15 de junho de 1991, foi realizado em Sundsvall, na Suécia, a 3ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, com o tema: “Promoção da Saúde e Ambientes Favoráveis à Saúde”, afirmando que “um ambiente favorável é de suprema importância para a saúde e reconhece que todos têm um papel na criação de ambientes favoráveis e promotores de saúde. Ambientes e saúde são interdependentes e inseparáveis”⁶⁹.

Foi proposta a iniciativa de todos os setores para a criação de um ambiente mais favorável e fomentador de saúde, afirmando que “devem ser levadas a cabo pelas pessoas nas suas comunidades, nacionalmente pelos governos e ONG’s e, globalmente, através das organizações internacionais.”⁷⁰

1.2.12 Conferência Internacional de Promoção à Saúde

Entre os dias 9 a 12 de novembro de 1992, em Santa-Fé, localidade inserida na cidade de Bogotá, Colômbia, foi realizada a Conferência Internacional de Promoção à Saúde, ocasião em que foi discutida a promoção da saúde na América Latina⁷¹.

Frisou-se que o maior obstáculo na América Latina para a promoção da saúde consiste em conciliar os interesses econômicos e os propósitos de bem estar para todos, estimulando a solidariedade e equidade social.

⁶⁸SAÚDE EM MOVIMENTO. **Declaração de Sundsvall sobre Promoção de Saúde**. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_print.asp?cod_noticia=205>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁶⁹Ibid., 2015

⁷⁰Ibid., 2015

⁷¹Ibid., 2015

1.2.13 Conferência de Saúde do Caribe

Entre 1º a 4 de junho de 1993, em Port of Spain, capital de Trinidad y Tobago, ocorreu a primeira Conferência de Saúde do Caribe, tendo sido revalidada a importância da promoção da saúde, bem como destacada seis estratégias: (i) formulação de normas públicas saudáveis; (ii) reorientação dos serviços públicos de saúde; (iii) poder às comunidades para conseguir o bem estar; (iv) criação de ambientes saudáveis; (v) fortalecimento e desenvolvimento das capacidades pessoais relacionadas com a saúde; (vi) construção de alianças baseadas nos meios de comunicação⁷².

1.2.14 4ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde

A 4ª Conferência Internacional sobre Saúde, ocorrida em Jacarta, Indonésia, nos dias 21 a 25 de julho de 1997, com o tema “Promoção da Saúde no Século XXI”, foi a primeira a inserir o setor privado no apoio à promoção da saúde⁷³, obstando, dentre outras estratégias, a comercialização de produtos nocivos, como, por exemplo, o tabaco.

1.2.15 Rede de Megapaíses para a Promoção da Saúde

Entre os dias 18 a 20 de março de 1998, a Organização Mundial de Saúde realizou em sua sede - Genebra, Suíça, a primeira reunião da denominada “Rede de Megapaíses para a Promoção da Saúde”.

A Rede de Megapaíses consiste na reunião das onze nações mais populosas (Bangladesh, Brasil, China, Índia, Indonésia, Japão, México, Nigéria, Paquistão, Federação Russa e Estados Unidos da América), com a finalidade de ocasionar um

⁷²SAÚDE EM MOVIMENTO. **Carta do Caribe Promoção da Saúde**. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_frame.asp?cod_noticia=203>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁷³A DECLARAÇÃO DE JACARTA. **4ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 1997, Jacarta, Indonésia. Disponível em: <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/jakarta/en/hpr_jakarta_declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

maior impacto na saúde mundial, haja vista a diversidade entre as nações em nível econômico, desenvolvimento, grau de morbidade e mortalidade ⁷⁴.

1.2.16 5ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde

Entre os dias 05 a 09 de junho de 2000 foi realizada a 5ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, na Cidade do México, sendo o tema “Promoção da Saúde: Rumo a Maior Equidade”⁷⁵.

Nesta ocasião foi reafirmada a importância e necessidade de ações de promoção à saúde inserida nas políticas públicas dos entes governamentais, de amplitude local, regional, nacional e internacional, por meio das parcerias na área da saúde.

1.2.17 6ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde

Entre os dias 05 a 11 de agosto de 2005, foi realizada a 6ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em Bangkok, na Tailândia, com o tema “Promoção da Saúde num Mundo Globalizado”. ⁷⁶

Nesta ocasião, destacaram-se as alterações no contexto da saúde mundial, apontando o crescimento das doenças crônicas e transmissíveis, bem como a premente necessidade de controlar os efeitos maléficos da globalização na área sanitária, como a degradação do meio ambiente, aumento das desigualdades dentro de cada país e entre países, novos padrões de consumo e comunicação, comercialização, urbanização.

Insta ressaltar que nesta conferência indicaram-se quatro compromissos visando a obtenção da saúde por todos: (i) agenda global de desenvolvimento; (ii)

⁷⁴BRASIL.MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAÚDE. PROJETO PROMOÇÃO DA SAÚDE. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁷⁵ PORTAL DE SAÚDE PÚBLICA. Declaração do México para promoção da saúde rumo a maior equidade. **5ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 2000, Cidade do México, México. Disponível em: < http://www.saudepublica.web.pt/05-PromocaoSaude/Dec_Mexico.htm >. Acesso em: 12 set. 2015.

⁷⁶PORTAL DE SAÚDE PÚBLICA. Carta de Bangkok para promoção da saúde num mundo globalizado. **6ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 2005, Bangkok, Tailândia. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaoSaude/Dec_Bangkok.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

responsabilidade de todos os governos; (iii) meta principal da comunidade e da sociedade civil; (iv) tornar a promoção da saúde um requisito para a atividade corporativa.

1.2.18 Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários e Sistemas de Saúde na África

Entre os dias 28 a 30 de abril de 2008, ocorreu em Ouagadougou, no Burkina Faso, a Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários e Sistemas de Saúde na África, organizada pelo escritório regional africano da Organização Mundial de Saúde, em colaboração com a UNICEF, Banco Africano de Desenvolvimento e outros parceiros⁷⁷.

Esta foi a primeira convenção do gênero realizada na África, tendo por objetivo reafirmar os princípios insculpidos na Declaração de Alma-Ata, em específico, o enfoque conferido à saúde como sendo um direito humano fundamental, destacando a responsabilidade dos governos de cuidar da saúde de seus povos.

Dentre os temas discutidos nesta conferência⁷⁸, destacam-se:

- Governança dos sistemas de saúde;
- Equidade no acesso a serviços de saúde de boa qualidade;
- Recursos (recursos humanos para a saúde, medicina e tecnologias);
- Financiamento da saúde;
- Prestação de serviços de saúde;
- Colaboração multi-setorial;
- Responsabilização e participação das comunidades;
- Descentralização;

1.3 Da conceituação de saúde

⁷⁷ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ESCRITÓRIO REGIONAL AFRICANO. **Declaração de Ouagadougou sobre Cuidados de saúde Primários e Sistemas de Saúde em África**: Melhorar a saúde em África no novo milênio. 2008. Disponível em: <<http://www.aho.afro.who.int/sites/default/files/publications/1031/Ouagadougou-Declaration-2008-pt.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁷⁸ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ESCRITÓRIO REGIONAL AFRICANO. **Declaração de Ouagadougou sobre Cuidados de saúde Primários e Sistemas de Saúde em África**: Melhorar a saúde em África no novo milênio. 2008. Disponível em: <<http://www.aho.afro.who.int/sites/default/files/publications/1031/Ouagadougou-Declaration-2008-pt.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

Assim, observa-se pela digressão histórica mundial legiferante que a definição de saúde deixa de apresentar uma conotação unicamente médica, agregando, igualmente, uma proporção social e biológica, conforme vaticina Fernando Aith⁷⁹:

Através das representações de saúde podemos verificar que a saúde é um resultado da harmonia existente entre a pessoa e seu entorno social, cultural e religioso. A doença, de outro lado, em regra não possui sua origem na pessoa, mas provém da incorporação, real ou simbólica, de elementos nocivos que causam prejuízos à pessoa.

Tal fato é corroborado pelo conceito emanado de Uadi Lammego Bulos⁸⁰, o qual amplia o conceito de saúde para além da ausência de doença, afirmando tratar-se do completo bem estar físico, mental e espiritual do indivíduo.

Vislumbra-se assim, a necessidade de observar fatores internos e externos à pessoa ao se afirmar o completo bem estar físico, mental e social, sendo certo que referido conceito não está imune a críticas e elogios, haja vista que, como salientado no início deste capítulo, a conceituação de saúde não é incontestável.

Para os otimistas, a conceituação ofertada pela Organização Mundial de Saúde, não se resume à delimitação conceitual, mas ao caráter programático advindo, à intenção nela consubstanciada, em especial, à ampliação do conceito relativo aos fatores biológicos, através da ressalva da importância da alimentação, moradia, etc., como elementos necessários para a manutenção e obtenção de saúde plena, bem como a incursão de critérios psíquicos em sua descrição.

Por seu turno, os críticos sustentam a ausência de operacionalidade advindo da abstração das nomenclaturas utilizadas, bem como a impossibilidade da harmonização social apenas através da instituição de políticas públicas sanitárias.

Nesse desiderato, Ingo Wolfgang Sarlet⁸¹ sustenta que:

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás, fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente,

⁷⁹AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 46.

⁸⁰BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.562.

⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 11, jul.-set., 2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.

Perfilhando deste entendimento, são as lições de Cláudia Maria da Costa Gonçalves⁸², a qual sustenta que o direito à saúde é inerente à dignidade humana, haja vista que a prevenção de moléstias e tratamentos curativos tem por escopo assegurar e propiciar a integridade física e mental das pessoas.

Assim, tem-se que o conceito do direito sanitário envolve todos os fatores que possam influenciar na incolumidade do indivíduo, albergando tanto o direito de exigir do Estado uma postura comissiva na disponibilização de serviços públicos hábeis a evitar ou tratar das moléstias, assim como uma postura omissiva estatal e de terceiros em prejudicar a integridade física e psíquica da pessoa.

Para Fernando Aith⁸³, o direito sanitário reflete nas obrigações estatais em relação à saúde pública e à saúde individual. Acerca da saúde pública, ao Estado compete implementar políticas públicas preventivas no combate à proliferação de moléstias, assim como adotar medidas com a finalidade de conter a propagação de doenças, a fim de propiciar o reequilíbrio à integridade da população. Em relação à saúde individual, é dever do Estado disponibilizar os recursos necessários para que a pessoa doente possa ser curada ou, em se tratando de hipótese de enfermidade incurável, proporcionar-lhe uma sobrevida digna, seja através do fornecimento de tratamentos médicos quanto na disponibilização de medicamentos necessários para tal fim.

Logo, o direito à saúde possui uma conotação de direito público subjetivo social, uma vez que o cidadão *per se*, ou a coletividade, tem o direito de exigir medidas estatais hábeis a prevenir e recuperar a saúde, promovendo-a em todos os níveis, haja vista tratar-se de um direito fundamental garantidor da dignidade da pessoa humana assim reconhecida.

Por consequência lógica, se afigura um dever do Estado disponibilizar medidas a inibir a propagação de moléstias no meio social, a contenção da propagação e a disponibilização de meios para a obtenção da cura ou, em última análise, o oferecimento de meios para a necessária efetivação de uma vida digna.

⁸²GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 230.

⁸³AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 85.

1.4 A saúde na visão do Estado

É possível observar que o Estado, ao longo dos tempos, passa a reconhecer a importância do direito sanitário e a necessidade de sua efetivação aos cidadãos, atuando, seja em relação à sua função legiferante, seja no exercício do poder de polícia, mediante a implementação de políticas públicas voltadas à saúde para assegurar, não só a saúde de todos, mas para conferir, igualmente, a dignidade da pessoa humana, conforme salienta Sueli Gandolfi Dallari⁸⁴:

O Estado contemporâneo não é apenas o controlador da sociedade. A essa função, tradicionalmente desempenhada por meio da legislação e da atividade de polícia, veio juntar-se a implementação de políticas públicas, função característica do Estado do século vinte. Francesco Galgano lembra que a participação do Estado na vida econômica é, igualmente, tradicional. Deve-se ressaltar, entretanto, que o chamado intervencionismo estatal dinamizou essa participação. E a atividade de polícia, até então voltada primordialmente à garantia da segurança individual, atinge horizontes muito mais amplos, que chegam por vezes a se confundir com a totalidade da atividade social pública.

Mister frisar, conforme propugna a Organização Mundial de Saúde através da Declaração de Alma Ata, que o desenvolvimento de uma nação está intimamente relacionada à saúde de seus cidadãos, merecendo destaque não só a saúde individual, mas também a da coletividade, através da ingerência pública nas condições sanitárias, uma vez que índices de mortalidade, expectativa de vida - reflexos diretos da renda *per capita*, atividade profissional, analfabetismo, dentre outros fatores - influenciam na administração da saúde.

Por derradeiro, é parte do desenvolvimento de uma nação, como já reconhecido no âmbito internacional pela Organização das Nações Unidas, a melhora nos índices de educação e da saúde da população, pois influenciam, consideravelmente, no processo de desenvolvimento, sendo certo que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) possui estreita ligação com a qualidade de vida a qual não se resume à dimensão econômica.

Como observa Ana Maria Malik⁸⁵

⁸⁴DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 25.

⁸⁵MALIK, Ana Maria. Saúde e desenvolvimento. In. GONÇALVES, Ernesto Lima. (coord). **Administração de Saúde no Brasil**. São Paulo: Editora Pioneira, 1982, p. 2.

Já em 1847 já se dizia que as condições socioeconômicas exerceriam efeitos relevantes sobre a saúde e a doença e que, portanto, para se promover a saúde, as medidas não necessariamente deveriam se restringir àquelas de alçada médico-sanitárias. Assim, não deve causar espécie o modelo de Lalonde, em que a saúde é apresentada como repousando sobre quatro elementos principais: a biologia humana, o ambiente, estilo de vida e, finalmente, a organização dos cuidados à saúde. A evolução de coeficientes como os de mortalidade infantil é um exemplo comumente usado para ilustrar o fato de que a introdução de postos de assistência materno-infantil e de puericultura numa comunidade totalmente carente contribui para uma primeira queda nos valores. No entanto, para se obter a redução até valores considerados “de regiões desenvolvidas”, faz-se necessária, por um lado, a criação de condições de infraestrutura sanitárias adequadas e, por outro, a melhoria do nível de vida propriamente dito. Infraestrutura sanitária reflete o ambiente, nível de vida reflete desde salário até educação, passando por alimentação, imunizações e outros; na biologia humana, exceto pelos progressos ainda incipientes da engenharia genética, ainda não há muito como atuar.

Aliás, restou constatado já na década de 50 que a utilização exclusiva do fator econômico – PIB *per capita* - para a mensuração do IDH de uma nação era insuficiente para a medição do progresso. Segundo Torres, Ferreira e Dini⁸⁶, “em 1954 um grupo de especialistas das Nações Unidas propôs que, além da dimensão monetária, outras dimensões deveriam ser consideradas na avaliação da qualidade de vida das pessoas.”

Assim, a análise do pressuposto de progresso de uma nação, além da mensuração econômica realizada na sociedade, faz-se igualmente uma análise na qualidade dos serviços médicos, não só pela disponibilidade dos mesmos, mas também pela qualidade em que são prestados.

Noutro viés, o término da Segunda Guerra Mundial acentua, de vez, a mudança nas políticas sociais estatais, volvendo-se para o bem estar dos cidadãos, evidenciando o enfraquecimento do Liberalismo, dando maior ênfase à programas sociais voltados para a manutenção e promoção da saúde das pessoas, mediante o reconhecimento do caráter fundamental do direito à saúde.

Em que pese a temática saúde encontrar-se reconhecida e assim inserida na pauta das políticas públicas dos Estados como *conditio sine qua non* para o desenvolvimento dos mesmos, tem-se que, a globalização arquitetada com maior

⁸⁶TORRES, Haroldo da Gama; FERREIRA, Maria Paula; DINI, Nádía Pinheiro. Indicadores sociais: por que construir novos indicadores como o IPRS. **Perspec.** [On line]. 2003, vol.17, n.3-4, p. 80. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000300009>. Acesso em: 12 set. 2015.

clareza após a Segunda Guerra Mundial torna evidente o diálogo entre as nações para fins de organização de estudos e estratégias a permitir a mais ampla conceituação de saúde no âmbito mundial.

1.5 A importância da saúde dentro do quadro econômico estatal

Acerca do discurso liberal outrora propalado, fulcrado, em específico, na liberdade política mediante a ideia do Estado mínimo, no qual a estrutura do poder político se limitava a assegurar a pacificação social mediante a tutela da liberdade individual e o direito à propriedade, perdeu adeptos após dois fatores relevantes: a Primeira Guerra Mundial e a Crise de 1929, denominada “Grande Depressão”.

Tais eventos desencadearam, não só a crise econômica no mercado, mas também no Estado Liberal, no qual vigia o pensamento econômico liberal *laissez-faire, laissez-passer*⁸⁷ (deixar fazer, deixar passar), uma vez que o Estado passou a intervir na economia produzindo riqueza, com a finalidade de propiciar aos cidadãos a supressão de suas necessidades⁸⁸.

Dalmo de Abreu Dallari⁸⁹, acerca do liberalismo, afirma que:

A valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos.

Alberto Venâncio Filho (apud BASTOS e MARTINS, 1990)⁹⁰, analisando as razões do declínio do Estado liberal, sustenta:

[...] durante todo o transcorrer do século XIX, importantes transformações econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro em que se inserira esse pensamento político-jurídico. As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas e de suas aplicações, que se processam com maior celeridade, a partir da Revolução Industrial, o aparecimento das gigantescas empresas fabris, trazendo, em consequência, a formação de grandes aglomerados urbanos, representam mudanças profundas na via social e política dos países, acarretando alterações acentuadas nas relações sociais, o que exigira que paulatinamente, sem nenhuma

⁸⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

⁸⁸CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21.

⁸⁹DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 227.

⁹⁰BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7. p. 4.

posição doutrinária preestabelecida, o Estado vá, cada vez mais, abarcando maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos.

Com a superação deste modelo econômico liberal e, prestigiando o ideário da igualdade e liberdade mediante a cidadania social - como se fez sentir em alguns Estados Ocidentais como, por exemplo, América do Norte e Europa, que institucionalizaram direitos de ordem social, regulamentando-os como obrigações a serem prestadas pelo Estado - nítida restava a implementação do Estado do bem estar social – *Welfare State*.

O *Welfare State* se caracterizou pela necessária intervenção estatal nos fatores de produção para regulamentar a economia, proporcionando aos indivíduos o mínimo necessário para a subsistência com dignidade, mediante a instituição de benefícios sociais⁹¹, salientando que o direito à saúde se transveste em direito fundamental em nível internacional.

Reforça, igualmente, a instituição do *Welfare State*, a industrialização intensa e os problemas sociais advindos de tal processo, mediante o êxodo rural e as condições precárias as quais eram submetidos os trabalhadores, haja vista a intensa urbanização ora praticada, culminando em incisivo desequilíbrio do meio ambiente, em nítido cenário do liberalismo econômico vivenciado à época, aumentando as moléstias e morbidade dela advinda.

Por conseguinte, a industrialização propalada durante o Liberalismo gerou uma profunda desigualdade social e, conseqüentemente, a exclusão de uma classe à garantia do mínimo existencial para a sua subsistência com a dignidade necessária, exigindo assim, uma postura proativa do Estado para inibir tal fato, isto é, a intervenção do Estado na economia.

Nessa época, presenciou-se um Estado assistencial, o qual garantia, através de políticas públicas, os padrões mínimos de saúde, educação, habitação, seguridade social e renda a todas as pessoas, salientando que a distinção entre o *Welfare State* e outro tipo de Estado assistencial que interveem, igualmente, na economia e, conseqüentemente, nas condições sociais com o fito de propiciar um padrão de vida com qualidade à população, é o fato de os préstimos ofertados pelo

⁹¹SANDRONI, Paulo (Org). **Dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1989, p. 112.

Estado serem qualificados como direito das pessoas, isto é, poderem ser exigidos do Estado por configurarem um direito subjetivo do cidadão.

Assim, através da constituição do *Welfare State*, sucessor do Estado Liberal, o direito adquire um “duplo caráter, servindo tanto para superar as crises do mercado quanto para a realização de certos objetivos de política social”⁹².

Nesse período, o Estado do bem estar social se afigura como interventor. A generalização do intervencionismo do Estado traz a ideia de regulamentar as políticas privadas, assinando-lhes uma finalidade (época áurea do planejamento), por meio de um direito bastante detalhado (portarias e circulares destinadas ao público externo) dirigido pela administração pública (as agências independentes), que se caracteriza como um direito de princípios diretores.⁹³

Conseqüentemente, através da intervenção estatal na economia, ofuscada restou a delimitação entre o público e o privado, uma vez que o Estado ingressou em seara antes gerida pela iniciativa privada, tornando-se prestador de serviços, sendo, nesse momento, incentivado pelas grandes corporações que outrora eram contrárias⁹⁴, uma vez estas não eram capazes de reverterem, sozinhas, o pífio cenário financeiro que se vislumbrava na época.

Um dos momentos históricos que marcaram o *Welfare State* foi justamente a instituição, pelos Estados Unidos, durante o governo de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), de um conjunto de medidas políticas denominadas *New Deal*, cujo objetivo era a intervenção estatal na economia a fim de minorar os impactos devastadores da crise de 1929.

Diante da enorme massa de desempregados advindos da “Grande Depressão” e conseqüentemente, ante o inerente declínio da economia dos Estados Unidos, pautados pelos ensinamentos doutrinários de John Maynard Keynes, o Estado interveio no processo produtivo a fim de garantir o pleno emprego, ora como financiador, ora como consumidor, com a finalidade de solucionar os graves problemas sociais vivenciados na época.

⁹²DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário, desenvolvimento e democracia no Brasil hoje. In. COHN, Amélia. (org). **Saúde, cidadania e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: E-papers: Centro Internacional Celso Furtado, 2013. p. 140.

⁹³Ibid., p. 140.

⁹⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 281.

Insta destacar que, apesar da promoção das condições sociais propiciadas pela intervenção estatal na economia, em especial, na Alemanha, França e Estados Unidos, tem-se que o crescimento populacional influenciou na degradação da qualidade dos serviços ora prestados, incorrendo numa insolvência estatal, ante o aumento da despesa e a redução da receita, refletindo no aumento da dívida interna e externa, conforme aponta Marçal Justen Filho⁹⁵:

A crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu a perspectiva de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares.

As razões do declínio do *Welfare State* não estão pacificadas entre os estudiosos. De acordo com alguns pesquisadores, os primeiros sinais, nos Estados Ocidentais industrializados, flertam com a crise fiscal oriunda da dificuldade em conciliar os gastos públicos com a crescente economia capitalista, restando evidenciado o conflito entre a massa trabalhadora e as grandes corporações capitalistas, sendo que cada um defendia os seus próprios interesses, buscando o Estado, ainda que de forma sublimada, prestigiar os interesses destes últimos.

Eurico de Andrade Azevedo⁹⁶ sustenta como motivos ensejadores à falência do *Welfare State*:

O crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, de empresas públicas e sociedades e economia mista e suas subsidiárias, e o esgotamento da capacidade de investimento do setor público ocasionando a deterioração dos serviços públicos em geral.

Segundo Bobbio⁹⁷, dentre os direitos sociais, o direito à saúde corresponde ao direito com maior dificuldade de tutela e promoção, tornando evidente quando comparado com os direitos civis e políticos, por se tratar de um direito universal, isto é, garantido a todos indistintamente, frente a um Estado deficitário economicamente. Assim, muito mais do que um direito social o direito à saúde é um direito fundamental, fulcrado na dignidade da pessoa humana.

Assim, a manutenção desta modalidade de sistema do bem estar social tornou-se insustentável ante a impossibilidade fiscal do Estado, ensejando a

⁹⁵JUSTEN FILHO, Marçal. O direito regulatório. **Interesse Público**, ano 9, n. 43, mai-ju-2007, Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 20-23.

⁹⁶AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 213, p. 141-148, jul-set. 1998, p. 141.

⁹⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Câmpus, 1992. p. 217.

participação da iniciativa privada na prestação de serviços de caráter social, mediante a autorização estatal, transmudando a postura do Estado para a função de agente regulador e fiscalizador da prestação de tais serviços públicos pelos entes privados.

Nesse aspecto, o Estado deixa de intervir totalmente na economia como vinha sendo realizado no modelo *Welfare State*, como empreendedor e consumidor e passa a atuar como sendo um agente regulador⁹⁸, isto é, ele reduz sua atividade dos domínios da iniciativa privada, mas, em contrapartida, fiscaliza e regulamenta administrativamente a atividade desenvolvida pela iniciativa privada para fins de tutelar o interesse público.

A nova formatação do Estado visa concentrar esforços na prestação de serviços essenciais aos cidadãos, como educação, saúde, cultura, meio ambiente, assim como na regulamentação e atuação complementar da atividade exercida pela iniciativa privada.⁹⁹

Conforme vaticina Sueli Gandolfi Dallari¹⁰⁰, “é a esse tipo de Estado que assenta bem o rótulo de regulador, pois ele deve definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos agentes econômicos e sociais”.

Isto é, por meio de um Estado neoliberal passa-se a compartilhar serviços que, originariamente teriam conotação de público, com a iniciativa privada, ficando os Estados desvinculados, exclusivamente, da prestação de determinados serviços sociais, incorrendo em alterações na ordem econômica e social, típicas de um Estado neoliberal:

Patrocinou-se a reforma do Estado para promover o descomprometimento público em relação à economia, por meio da privatização, liberalização e desregulação, buscando a substituição do Estado Intervencionista por um Estado Regulador. Com essa substituição, o Estado deixa de prestar o serviço público monopolisticamente e passa a regular sua prestação, fiscalizando e garantindo sua universalização. O Estado não deve ser mais o executor direto das atividades econômicas (inclusive dos serviços públicos), mas apenas infere indiretamente, regulando estas atividades ¹⁰¹.

⁹⁸BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7. p. 5.

⁹⁹TÁCITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 215, jan./mar., 1999, p. 2.

¹⁰⁰DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

¹⁰¹BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

Ou seja, com a implementação do neoliberalismo, o Estado deixa de intervir diretamente, mediante a formulação e aplicação políticas públicas assistencialistas para se tornar regulatório, observando que

o direito emprega tanto o constrangimento quanto a persuasão para a realização de políticas públicas, com o fito de promover a superação das crises de mercado e também para realizar políticas sociais¹⁰².

Por conseguinte, novos desafios surgem com a instauração do Estado Neoliberal, uma vez que as sociedades, até então “regidas pelo paradigma da segurança social¹⁰³”, inerente do Estado assistencialista, transmuda-se para uma sociedade neoliberal, mediante “um novo paradigma de insegurança coletiva, com inversão e mercantilização das relações sociais¹⁰⁴”.

Para alguns pensadores, a alteração política de atuação estatal, permeada por inúmeros interesses e contradições, é fruto da luta deflagrada pelas nações elitizadas dos países centrais, com a finalidade de estender suas atividades no mercado mundial, ante a imensa gama de consumidores oriundos dos países periféricos advindos da abertura de seus mercados. Tal posicionamento reflete o pensamento de Daniel Drache¹⁰⁵:

As elites não querem mais pagar pelos serviços que podem prestar a si mesmas. É essa ideologia, com o imperativo psicológico da necessidade de as elites convencerem-se de que as novas pressões globais demandam novas e drásticas práticas da parte dos governos e das empresas, que está redesenhando as fronteiras entre o público e o privado dentro dos Estados em todos os lugares.

Assim, a interferência estatal no mercado prima pelo combate à concentração prejudicial do poderio econômico das grandes corporações privadas¹⁰⁶, conforme se pode verificar dos ensinamentos de Gilberto Bercovici¹⁰⁷:

Com a crescente contestação do papel do Estado na economia, os seus críticos buscaram a implementação de um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de

¹⁰²DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

¹⁰³DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança**. (Entre Pombos e Falcões). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

¹⁰⁴Ibid., p. 19.

¹⁰⁵DRACHE, Daniel. Globalização: o grande medo. **Revista de Administração da USP – RAUSP**. Vol. 34, n. 1, São Paulo: USP, 1999, p. 10.

¹⁰⁶Ibid., p. 69-70.

¹⁰⁷BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental.

Nesse viés, a fim de atender os propósitos do Estado neoliberal, são instituídas agências reguladoras, sendo certo que a sua implementação na Europa e América Latina foi mais tardia, quando comparada com os Estados Unidos, conforme preceitua Alexandre Santos de Aragão:

A América Latina e a Europa também partiram de um liberalismo ortodoxo (séculos XVIII e XIX), passaram a um breve período de regulação da economia, embarcando então na estatização da economia a partir do Segundo Pós-Guerra, situação revertida apenas na década de oitenta com a desestatização acompanhada da regulação dos setores passados à iniciativa privada.

Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou através da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos políticos. Esse é o principal *telos* do surgimento das agências reguladoras independentes, que sempre existiu nos E.U.A., mas que apenas recentemente tomou corpo na América Latina e na Europa Continental.¹⁰⁸

Nessa senda, no Estado neoliberal é possível inferir a atuação direta / centralizada do Estado na economia, ao produzir bens e serviços, bem como ao fomentar as atividades econômicas da iniciativa privada¹⁰⁹ e, de forma indireta, através da tributação, concessões de subsídios, em específico, por meio da instituição de agências reguladoras, que regulamentam e fiscalizam a prestação do serviços prestados, agora, pela iniciativa privada¹¹⁰, sendo esta a opção estatal mais propícia para a efetivação das políticas sociais, mediante a transferência de parte das atividades de interesse público à iniciativa privada¹¹¹.

Marçal Justen Filho¹¹² define a regulação:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.

¹⁰⁸ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 227 e 228.

¹⁰⁹Ibid., p. 23.

¹¹⁰Ibid., p. 84.

¹¹¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 458.

¹¹²Ibid., p. 456.

Assim, o Estado regulador se propõe a transferir parte dos serviços públicos para a iniciativa privada, resguardando para si a execução das atividades que possam gerar riscos à coletividade ou cuja extensão se revele insuficiente para a efetivação a contento.

A professora Ana Flávia Messa¹¹³ conceitua, em relação às atividades estatais como agente regulador e normativo:

- a) Incentivo: é a concessão pelo Estado de incentivos e benefícios na área econômica. Noutros termos, a atuação estatal é no sentido de estimular ou apoiar a atividade econômica exercida pelos particulares. O incentivo pode ser dado por norma ou até por ato administrativo. Na política do incentivo, o Estado tem que velar pelo interesse público, não podendo satisfazer interesses exclusivamente privados, sob pena de ofender a isonomia, a livre concorrência e o próprio desenvolvimento do país;
- b) Fiscalização: é a limitação estatal na liberdade e propriedade dos particulares, para verificar a conformidade da atuação dos agentes econômicos na área econômica com as disposições normativas o poder de fiscalização pressupõe o poder de regulamentação e gera a possibilidade de responsabilização e, por consequência, a aplicação de sanções;
- c) Planejamento econômico: é a fixação de diretrizes no setor econômico. O plano econômico tem natureza de ato administrativo normativo.

Sintetizando tais premissas, Pinto Ferreira¹¹⁴ afirma:

O Estado aparece como agente normativo e também regulador da economia exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo o planejamento obrigatório para o Poder Público e mero indicativo para o setor privado.

Tem-se, assim, que o Estado neoliberal, impulsionado pela globalização, alterou significativamente o conceito de soberania do Estado, superando o princípio da não ingerência nos assuntos internos de uma nação, impactando na efetivação das diversas modalidades de políticas públicas até então vigentes, uma vez que a crescente delegação de serviços públicos à iniciativa privada, em específico, aqueles voltados à área da saúde, fez emergir a figura das agências reguladoras a fim propiciar padrões de qualidade, inibindo eventuais abusos na gestão da *res pública*.

Pari passu, no Brasil, cristalina a atuação do ente federado como agente normativo e regulador da atividade econômica, fulcrado na lei, a qual determina as

¹¹³MESSA, Ana Flávia. Direito Constitucional. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2013. p. 507-508.

¹¹⁴FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 577.

funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este imperativo para o setor público e indicativo para o setor privado¹¹⁵.

Ademais, ressalvadas as hipóteses previstas no texto constitucional brasileiro, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei¹¹⁶.

Nesse desiderato, o sucesso para a obtenção da promoção da saúde mundial não é definitivo, isto é, não encontra limites em conceitos e proposituras taxativas, estagnadas, assim como não pode ser analisado isolando a saúde dos demais fatores que influenciam na qualidade de vida do indivíduo e da coletividade, como meio ambiente, fator cultural e econômico.

Deve-se, fulcrada nas premissas lançadas na Declaração de Alma Ata, e nos conseguintes propósitos lançados nas Conferências realizadas no âmbito internacional e regional, estabelecer, mediante o debate de ideias, a permuta de experiências, as políticas públicas necessárias para a efetivação da promoção da saúde a um maior número de pessoas.

No atual estágio em que a maioria das Nações se encontra, tem-se, de maneira genérica, o desenvolvimento de políticas públicas sanitárias em conjunto com o setor privado, fazendo com que os sistemas de saúde, quer sejam segmentados, quer sejam universais, incidam num sistema público-privado de gestão e produção dos serviços, haja vista a demanda social suplantar a capacidade estatal em fornecer tais préstimos em grau satisfatório, permanecendo sob a responsabilidade do Estado a regulamentação e fiscalização de tais préstimos pela iniciativa privada, propugnando pela promoção da saúde a todos.

¹¹⁵Artigo 174, CF: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹¹⁶Artigo 173, CF: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

CAPÍTULO SEGUNDO

A SAÚDE NO BRASIL E SEUS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS

Superada a evolução conceitual no âmbito mundial acerca da saúde, mencionando o pensamento e descobertas oriundos das épocas históricas respectivas, assim como destacados os principais diplomas normativos internacionais reguladores da saúde como reflexivo da preocupação uníssona das Nações, passa-se a discorrer sobre a saúde no Brasil desde os primórdios até o estágio atual.

2.1 A saúde no Brasil no período colonial

Como sabido, o Brasil foi “descoberto” por Portugal, o qual instituiu um sistema de colônia de exploração, em que esta correspondia, única e exclusivamente, aos interesses mercantis da metrópole (Portugal). Por consequência, o Brasil não prosperou neste período em todos os sentidos, em especial, na área da saúde, ante a proibição da instituição de ensino superior nas colônias.

Nos termos em que preceitua Cid Guimarães¹¹⁷, a situação assistencial do Brasil tem origens na reforma iniciada em 1479 em Portugal, por Dom João II, através das diligências para a fusão de pequenos hospitais de Lisboa, e concluída em 1514, com a publicação, por Dom Manuel, do Regimento das Capelas e Hospitais, sendo que, como salienta referido autor, “na antiga terminologia forense, capela designava vínculo instituído com a condição de que o herdeiro provesse o culto de uma capela ou mandasse fazer sufrágio para a alma do administrador”¹¹⁸.

O Regimento das Capelas e Hospitais é resultado da manifestação do Direito Civil, ao estatuir diretrizes às capelas (fundações) e aos hospitais (associações), consistindo, assim, em um ato político administrativo no campo assistencial. Exigiu que os súditos se organizassem para prover, com recursos próprios, a assistência daqueles que necessitassem, subordinando tais entidades assistenciais aos regramentos e fiscalização emanada da Corte.

¹¹⁷GUIMARÃES, Cid. Diagnóstico de situação. In. Ernesto Lima Gonçalves (coordenador). **Administração de saúde no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1982. p. 103-137.

¹¹⁸Ibid., p. 103.

Insta observar que o Regimento em apreço, em que pese a grandiosidade que referido instrumento representou ao longo de décadas para a Corte portuguesa, foi ofuscado pela “hipertrofia da autoridade, bem como da exploração estatais a expensas da liberdade, autonomia e recursos municipais e das Misericórdias”, conforme aventa Cid Guimarães¹¹⁹:

Os privilégios que essas gozavam, e que nem sempre eram de ordem material, foram também se esvaindo. Tais fatos levaram à decadência ou desvirtuamento das confrarias, mais cedo em Portugal, onde foi acelerada pela legislação de 1866, que determinou a desamortização dos bens das Misericórdias, um século após no Brasil, quando os beneficiários da Previdência Social passaram a ser os principais clientes das Santas Casas.

Feito o introito acerca do Regimento em que baseou o modelo assistencialista brasileiro no período colonial, ligado ao patrimonialismo e com forte influência da Igreja, justificadas estão as razões pelas quais a implementação das primeiras vilas – São Vicente/SP, em 1532, Salvador/BA, em 1549 e Rio de Janeiro/RJ, em 1565 – se fizeram acompanhadas da criação das respectivas casas de Misericórdia, sendo certo que no início do século XVII a maioria das capitâneas hereditárias já estavam contempladas com casas de misericórdia¹²⁰.

Apesar dos esforços impingidos, a geografia do território brasileiro é extensa quando comparada à portuguesa, sendo certo que, somada com a escassez de recursos, inclusive de mão de obra habilitada, impingiram uma reformulação na assistência à demanda específica da população.

Acerca dos silvícolas aqui existentes, Cid Guimarães¹²¹, fulcrado nas lições de Serafim Leite, afirma:

Como decorrência da catequese e do serviço à Igreja Católica, surgiu a medicina jesuítica, centrada no objetivo da Companhia, e da qual as Missões e os Colégios foram o instrumento voltado primordialmente para o silvícola e cujas enfermidades constituíram em sua época um polo assistencial.

Quanto à ocupação da região do nordeste brasileiro pelos holandeses, no período de 1630 a 1654, tem-se que sua atuação no campo assistencial se limitou à região onde se fizeram presentes, sem irradiar efeitos às demais regiões do Brasil¹²².

¹¹⁹GUIMARÃES, Cid. Diagnóstico de situação. In. Ernesto Lima Gonçalves (coordenador).

Administração de saúde no Brasil. São Paulo: Pioneira, 1982. p. 104.

¹²⁰Ibid., p. 112.

¹²¹Ibid., p. 123.

Como preconiza Vinícius Pacheco Fluminhan¹²³,

É escassa a bibliografia a respeito da presença de médicos e instituições médicas no Brasil durante o século XVI, até porque durante a primeira metade deste período a população ainda era composta basicamente por indígenas e a Metrópole ainda iniciava o processo de povoamento para a exploração das riquezas naturais da colônia.

Em relação ao período em apreço, necessário salientar que a assistência à saúde foi institucionalizada, inicialmente, para suprir a demanda das forças armadas, haja vista a inexistência de hospitais em determinadas localidades ou a ausência de corpo médico capacitado. Ademais, com a expulsão dos jesuítas, decretada em 1759, alguns de seus colégios foram tomados e transformados em Hospitais Reais Militares, como Rio de Janeiro/RJ (1768), São Luís/MA (1811), Salvador/BA, Santos/SP¹²⁴.

2.2 A saúde no Brasil no período imperial

Assim, até meados do século XVIII, com a mentalidade voltada única e exclusivamente para a obtenção de riquezas, a atuação portuguesa não se pautou pela implementação de políticas sociais hábeis a aliviar as moléstias que assolavam o povo à época, mas apenas a satisfazer seu famigerado interesse econômico.

Por conseguinte, diametralmente oposto às Nações Europeias, os serviços sanitários brasileiros tiveram origem tardia.

Somente com a chegada da família real portuguesa no Brasil, em 1808, em especial, Dom João IV, mediante a instalação provisória do respectivo Império na cidade do Rio de Janeiro, que na época possuía o porto mais relevante, é que as mudanças foram sentidas na administração colonial, em específico, no campo sanitário, permeando até 1828, período em que se apontaram a distinção entre a medicina popular da medicina oficial.

¹²²SANTOS FILHO, Lycurgo. **História geral da medicina brasileira**. São Paulo: Ed. HUCITEC. USP, 1977, v. 1.

¹²³FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades**. Dissertação (Mestrado) – UNIMEP, Piracicaba, 2014. p. 15.

¹²⁴SANTOS FILHO, Lycurgo. **História geral da medicina brasileira**. São Paulo: Ed. HUCITEC. USP, 1977, v. 1.

Karina Carneiro Jorge¹²⁵ preceitua:

A preocupação com a propagação de doenças nas cidades e, principalmente, a presença da família real nesse meio, faz com que a medicina no Brasil passe a ter um novo caráter, de ações sanitárias permanentes, em substituição ao combate episódico e eventual das doenças.

De acordo com Roberto Machado (1978, apud JORGE, 2006)¹²⁶, iniciava-se neste período a medicina social no Brasil, com a substituição das ações temporárias e localizadas de práticas médicas para uma reflexão mais profunda e duradoura das ações sanitárias de caráter permanente.

Corroborar tal pensamento a criação da Junta da Instituição Vacínica da Corte¹²⁷, criada pelo decreto de 4 de abril de 1811, com a atribuição da propagação vacina antivariólica, haja vista que a varíola foi uma das maiores preocupações sanitárias do período colonial diante da letalidade advinda, o que preocupava a Corte Imperial.

A instalação, ainda que provisória, da família real portuguesa no Brasil, propagou, inclusive, a criação e instauração do ensino médico, bem como a fiscalização das atividades exercidas na área médica, não se circunscrevendo apenas a atividade profissional propriamente dita, mas também na higiene dos portos e de terra.

Tem-se que a família real portuguesa trouxe para o Brasil várias instituições vigentes em Portugal, merecendo destaque a Fisicatura, como salienta Roberto Machado (1978, apud PIMENTA, 1997)¹²⁸:

A análise da organização e do funcionamento desta instância médica suprema permite, portanto, afirmar que, curiosamente, a Fisicatura não tem nenhuma relação com a problemática da higiene pública. Se é verdade que é um poder médico, isso não significa que se exerce com relação à sociedade no sentido preciso de organizar medidas de controle do espaço social. Não se pode dizer que haja incidência de seu poder sobre o ambiente da cidade ou a população com o objetivo

¹²⁵JORGE, Karina Carneiro. **Urbanismo no Brasil império: a saúde pública na cidade de São Paulo no século XIX (hospitais, lazaretos e cemitérios)**. Dissertação (Mestrado) - PUC-Campinas, 2006, p. 67.

¹²⁶JORGE, Karina Carneiro. **Urbanismo no Brasil império: a saúde pública na cidade de São Paulo no século XIX (hospitais, lazaretos e cemitérios)**. Dissertação (Mestrado) - PUC-Campinas, 2006, p. 67.

¹²⁷BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Junta da Instituição Vacínica da Corte (1808-1822)**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2746>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹²⁸PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997.

de criar melhores condições de saúde ou destruir, no espaço social, tudo que pode ser causa de doença. Seu objetivo não é a sociedade em geral, mas a própria medicina.

É um órgão de tipo corporativo encarregado de fiscalizar o exercício das profissões médicas. Órgão de tipo burocrático-administrativo para quem regularizar era legalizar. Espécie de tribunal da medicina que julgava e punia quem transgredisse seus regulamentos no exercício da 'arte de curar'. Ação, portanto, limitada ao interior da própria medicina e assim mesmo de tipo jurídico e punitivo.

Sendo um poder restrito à regulamentação da profissão, não há em suas atribuições nada que a aproxime da problemática da medicina social. Ação punitiva e não positiva, transformadora. Punir os infratores com o objetivo de reservar para a medicina o espaço da doença.

A implantação da Fisicatura no Brasil adveio da preocupação da família real com a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, promulgada por meio de uma carta régia exarada em 28 de janeiro de 1808, uma vez que, como ressaltado com maestria por Tania Salgado Pimenta¹²⁹:

O objetivo dessa instituição era conservar a saúde pública, zelando para que não se “estrague por contágio comunicado por embarcações, passageiros e mercadorias, que entrem nesse porto e nos demais deste Estado, contaminando de peste, e de moléstias contagiosas e por meio de mantimentos e víveres tocados de podridão, ou já corrompidos, (...) (Regimento da Provedoria –mor de Saúde, de 22 de janeiro de 1822, código 528, vol I, AN ”.

O físico-mor, observando a necessidade da criação de um órgão auxiliar incumbido da responsabilidade em tutelar a saúde pública, fez-se, ao lado da Fisicatura, a publicação do regimento da Provedoria-mor da Saúde, cujo cargo havia sido criado por decreto em 28 de julho de 1809¹³⁰, cuja finalidade era a manutenção da saúde pública, apontando para a responsabilidade estatal acerca da saúde social, haja vista que nesta se incluía, agora, a corte de Dom João VI¹³¹.

Dentro da Fisicatura, dois cargos merecem destaque: físico-mor e cirurgião-mor, que foram ocupados, inicialmente, por Manoel Vieira da Silva (barão de Alvaizere, 1753 – 1826) e José Correia Picanço (barão de Goianna, 1745-1823), respectivamente, os quais vieram juntamente com a família real para o Brasil¹³².

¹²⁹PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997, p. 24.

¹³⁰Ibid., p. 24.

¹³¹Ibid., p. 24.

¹³²Ibid., p. 22.

Para o exercício de tais cargos, físico-mor e cirurgião-mor, necessário que o candidato tivesse se formado em medicina na Universidade de Coimbra, sendo certo que tal exigência se fez presente até 1822¹³³.

Acerca das funções exercidas pelos delegados do físico-mor, interessante observar o regimento elaborado em 22 de janeiro de 1810, que regulamentava o exercício das atividades dos delegados do físico-mor, por ter sido o que vigorou por maior tempo “Outras providências para evitar os danos que podem resultar à saúde pública da imperícia dos curadores, e fraudes dos medicamentos, e drogas de que se compõe (Alvará de regimento de 23 de janeiro de 1810. Códice 528, vol. 1, NA).”¹³⁴

Apesar da preocupação com o exercício da medicina popular e seus reflexos, é certo que não houve tentativa em bani-la pela corte portuguesa, mas sim ações voltadas a melhor perscrutar o seu significado e fundamentos.

Tal fato é corroborado pelo regulamento interino da Fisicatura-mor brasileira, elaborado por José Maria Bomtempo (delegado do físico-mor de 1808 a 1821, professor da Escola de Cirurgia e da Academia Médico-Cirúrgica do Rio de Janeiro), em que pese não posto em prática¹³⁵:

E, pois neste fértil País, no qual a natureza foi liberalíssima com a produção de infinitos agentes vegetais, de admiráveis virtudes medicinais; e a necessidade procedida da falta de Facultativos, tem forçado a alguns indivíduos a aplicarem remédios símplices, pelo conhecimento, e experiência transcendente de suas virtudes, e da identidade de casos; pode em semelhantes circunstâncias o Físico mor mandar proceder a exames de semelhante natureza, e pelo seu Delegado, a pessoas que tiverem conhecimento de semelhantes agentes, às quais se passarão os provimentos de Curandeiros, achando-se estes em circunstâncias, e em lugares, onde não existam Facultativos (...) (Regulamento interino para a Fisicatura mor do Império do Brasil, feito por José Maria Bomtempo. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1825, Biblioteca Nacional.)¹³⁶

Tem-se, nesse viés, a defesa propriamente dita, do exercício legítimo das atividades médicas pelo curandeiro, assim reconhecido pela Fisicatura, ante o reduzido número de médicos no Brasil.

¹³³Ibid., p. 21.

¹³⁴PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997, p. 23.

¹³⁵Ibid., p. 25.

¹³⁶Ibid., p. 25.

Apesar de a Fisicatura não impedir a medicina popular, no período de sua existência (1808 – 1828), para aquelas pessoas interessadas em atuar no exercício de alguma atividade que tivesse por fim a cura de enfermidades, tais como os curandeiros, boticários, etc., necessário era a emissão de cartas e licenças pela Fisicatura-Mor, órgão do governo português com atuação em todo o império, ao qual competia a fiscalização e regulamentação das atividades voltadas para a cura de enfermidades¹³⁷.

Acerca da atuação da medicina popular por parteiras, curandeiros, dentre outros, Tania Salgado Pimenta¹³⁸ vaticina:

Apesar da hierarquização, a oficialização das práticas de cura populares significava o reconhecimento desse saber como legítimo, o que permitia a inclusão dos terapeutas populares entre as pessoas autorizadas a exercer alguma atividade médica. Essa autorização era concedida no contexto de uma sociedade na qual as relações eram todas traçadas através das dependências pessoais que se construíam a partir de favores, lealdades, obediência e proteção, materializada muitas vezes em nomeações a cargos públicos, em privilegiar alguma pessoa num processo burocrático. Essas dependências eram construídas desde a esfera mais ampla na pessoa do rei ou imperador até em menores como as que envolviam os subdelegados do físico-mor e do cirurgião-mor, que podiam facilitar a obtenção da licença para um curandeiro de seu conhecimento.

Paralelamente à implantação da Fisicatura no Brasil, em razão da instalação da família real no território nacional, e diante da ausência de um corpo médico formado hábil a suprir as necessidades, por determinação desta, na primeira década do século XIX foram instituídas academias médico-cirúrgicas.

No período compreendido entre 1808 a 1828, observou-se uma organização das academias médico-cirúrgicas brasileiras. Após a chegada de Dom João VI na Bahia, pela decisão nº 02, proferida em 18 de fevereiro de 1808, foi criada a Escola de Cirurgia da Bahia, sendo certo que, posteriormente, em 2 de abril de 1808 foi criada, por meio de decreto, a Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica, no Rio de Janeiro¹³⁹.

¹³⁷PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997, p. 20.

¹³⁸Ibid., 1997, p. 28.

¹³⁹BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2652>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Em 1º de abril de 1813¹⁴⁰ a Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica transformou-se em Academia Médico-Cirúrgica, fenômeno ocorrido, igualmente, com a Escola de Medicina, em 1815¹⁴¹.

A transformação das Academias do Rio de Janeiro e da Bahia em faculdades de medicina, ocorrida em 1832¹⁴², configura o caráter embrionário das escolas de medicina no País.

Acerca das agremiações médicas criadas no período, cujo objetivo era organizar a classe médica para discutir as questões específicas da saúde e o papel político da classe, destacaram-se a Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, criada em 1829¹⁴³, e a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, fundada em 14 de fevereiro de 1886¹⁴⁴, que “despertou o interesse pela iniciativa pioneira de promover os primeiros congressos científicos ocorridos no País, instituindo, assim, uma nova forma de manifestação pública da ‘comunidade’ médica”¹⁴⁵.

A aprovação e o exercício do ofício médico, por referidos alunos formados nas academias médicas, ficavam condicionadas à obtenção de uma carta do cirurgião-mor do Reino, o médico José Correia Picanço¹⁴⁶, o que perdurou até setembro de 1826, ocasião em que, através da Lei de 9 de setembro¹⁴⁷, as Academias médicas da Bahia e do Rio de Janeiro passaram a emitir diplomas desprovidas da intervenção da Fisicatura¹⁴⁸, o que configurou o início da derrocada da Fisicatura no Brasil.

¹⁴⁰REVISTA DE HISTÓRIA. **200 anos de ensino superior**. 26 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/200-anos-de-ensino-superior>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁴¹PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997, p. 51.

¹⁴²FERREIRA, Luiz Otávio; MAIO, Marcos Chor e AZEVEDO, Nara. A Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro: a gênese de uma rede institucional alternativa. **Hist. Cienc. saúde-Manguinhos** [online]. 1997, vol. 4, n. 3, p. 478. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v4n3/v4n3a04.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁴³DICIONÁRIO HISTÓRICO-BIOGRÁFICO DAS CIÊNCIAS DA SAÚDE NO BRASIL (1832-1930). **Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/socmedcirj.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁴⁴SOCIEDADE DE MEDICINA E CIRURGIA DO RIO DE JANEIRO. **A SMCRJ faz história**. Disponível em: <<http://www.smcrj.org.br/institucional/historico>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

¹⁴⁵FERREIRA, L. O. et. al. Op. cit., p. 477.

¹⁴⁶BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2652>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁴⁷Ibid., 2015.

¹⁴⁸PIMENTA, op. cit., p. 56.

Tal fato ocasionou uma divergência entre os médicos formados, uma vez que dois grupos antagônicos passaram a coexistir. Aqueles que ainda permaneciam ligados ao regramento da Fisicatura, e a emersão de outro grupo, consolidado na organização médico-acadêmica brasileira, que consideravam aqueles como providos de uma técnica inferior, atrasada.

Outro fato que fragilizou a manutenção da Fisicatura no Brasil restou formalizado em 1826, através das atividades na Câmara dos Deputados, apontando condutas desabonadoras em face dos membros da Fisicatura, conforme salienta Tania Salgado Pimenta¹⁴⁹:

A primeira referência que encontrei sobre o assunto ocorreu na sessão de 17 de agosto de 1826, na qual a comissão de saúde pública, após ter examinado os 'numerosos requerimentos dos cidadãos brasileiros, em que se queixam das vexações, arbitrariedades, e extorsões dos juízos da provedoria-mor da saúde, e fisicatura-mor do Império', propunha um projeto de lei pelo qual seriam abolidos os juízos da Provedoria-mor e da Fisicatura-mor.

Acerca da estrutura médica implantada no Brasil que perdurou até 1828, Karina Camarneiro Jorge¹⁵⁰ afirma:

A estrutura relativa à prática da medicina no Brasil, estabelecida quando da vinda da família real, vigorou até 1827. Quando já independente o Brasil-império, o deputado pela Província do Rio Grande do Sul e farmacêutico, Xavier Ferreira, propôs a extinção dos cargos de Físico-mor e de Cirurgião-mor do Império, alegando os abusos praticados ou consentidos por essas autoridades e atribuindo às Câmaras Municipais as responsabilidades sobre a saúde pública.

A moção do deputado rio-grandense foi sancionada por decreto de 30 de agosto de 1828¹⁵¹, determinando a abolição dos referidos cargos e atribuindo às Câmaras Municipais, por meio de seus regimentos, as respectivas funções.

Com a abolição da Fisicatura, e respectivos cargos, no Brasil, ocorrido em 30 de agosto de 1828¹⁵², este grupo de médicos formados nas Academias brasileiras

¹⁴⁹PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997, p. 31.

¹⁵⁰JORGE, Karina Carneio. **Urbanismo no Brasil império: a saúde pública na cidade de São Paulo no século XIX (hospitais, lazaretos e cemitérios)**. Dissertação (Mestrado) - PUC-Campinas, 2006, p. 84.

¹⁵¹CÂMARA DOS DEPUTADOS. LEGISLAÇÃO INFORMATIVA. **Lei de 30 de agosto de 1828**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38197-30-agosto-1828-566168-publicacaooriginal-89805-pl.html>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁵²PIMENTA, Tânia Salgado. Transformações no exercício das artes de curar no Rio de Janeiro durante a primeira metade do Oitocentos. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos** [online]. 2004, vol. 11, suppl. 1, p. 67-92. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104->

de medicina, organizados, agora, em torno da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, fundada em 1829¹⁵³, criticava veementemente referida instituição de origem lusitana, denominando-a como sendo um “tribunal monstruoso, tão nocivo à nossa ciência¹⁵⁴”.

Assim, com a organização corporativista ocorrida entre os profissionais da área médica, desprovida da batuta da Fisicatura, passaram a constituir uma organização que se auto validava, constituída dos poderes para tanto, em específico, por meio dos bancos acadêmicos, desqualificando/desautorizando as atividades populares de cura e trazendo para si, o monopólio da atividade médica.

Posteriormente, Dom Pedro I edita a Lei de 1º de outubro de 1828¹⁵⁵, denominada “Regimento das Câmaras Municipais”, ganhando destaque o primeiro “Código de Posturas” do período, como salienta Karina Camarneiro Jorge¹⁵⁶, haja vista o regramento, nos artigos 66 a 73, da denominada “Posturas Policiaes”, acerca da salubridade das cidades¹⁵⁷:

Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito á policia, e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objectos seguintes:

§ 1º Alinhamento, limpeza, iluminação, e despachamento das ruas, cães e praças, conservação e reparos de muralhas feitas para segurança dos edificios, e prisões publicas, calçadas, pontes, fontes, aqueductos, chafarizes, poços, tanques, e quaesquer outras construcções em beneficio commum dos habitantes, ou para decôro e ornamento das povoações.

É interessante observar que referido “Código de Posturas”, atribui competência à Igreja acerca do estabelecimento de cemitérios fora do recinto dos templos¹⁵⁸:

[59702004000400004&script=sci_arttext](#)>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁵³DICIONÁRIO HISTÓRICO-BIOGRÁFICO DAS CIÊNCIAS DA SAÚDE NO BRASIL (1832-1930).

Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/socmedcirj.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁵⁴PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997, p. 58.

¹⁵⁵BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Lei 1º de outubro de 1828**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁵⁶JORGE, Karina Carneio. **Urbanismo no Brasil império: a saúde pública na cidade de São Paulo no século XIX (hospitais, lazaretos e cemitérios)**. Dissertação (Mestrado) - PUC-Campinas, 2006, p. 86.

¹⁵⁷BRASIL. Op. cit.

¹⁵⁸BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Lei 1º de outubro de 1828**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Art.66.

(...)

§ 2º Sobre o estabelecimento de cemiterios fóra do recinto dos templos, conferindo a esse fim com a principal autoridade ecclesiastica do lugar; sobre o esgotamento de pantanos, e qualquer estagnação de aguas infectas; sobre a economia e asseio dos curraes, e matadouros publicos, sobre a collocação de cortumes, sobre os depositos de immundices, e quanto possa alterar, e corromper a salubridade da atmosphaera.

Após o regimento de 1828, várias cidades passaram a constituir os respectivos códigos de posturas, sendo comum encontrar em referidos regramentos normas acerca de arruamento, limpeza pública, calçamento, criação de hospitais e cemitérios públicos na cidade, haja vista a proibição do enterro no interior dos templos, como, por exemplo, as cidades de Salvador (1829), São Paulo (1830), Rio de Janeiro (28.01.1832)¹⁵⁹.

A partir da década de 1830 é possível observar uma maior conscientização da classe médica envolta dos interesses da salubridade no Brasil, com nítidos traços de afirmação da medicina no combate das epidemias, em especial, na organização da saúde pública.

Como citado outrora, os médicos passam a se unir em agremiações, inicialmente, através Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, em 1829, com destaque ao médico e higienista francês José Francisco Xavier Sigaud, que apresentou o trabalho “Discurso sobre a Estatística Médica no Brasil”, no qual relatava os problemas sanitários incorridos no Brasil¹⁶⁰, e posteriormente, em 1886, com a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro.

Referida sociedade, fundada em 1886, em que pese os objetivos semelhantes, divergia do *modus operandi* em relação à Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, a qual exigia de seus membros uma reconhecida atuação pública.

A Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, almejando o maior número de médicos participantes, estimulava a efetiva participação da academia médica com as questões práticas envoltas à saúde social, sendo seus associados

¹⁵⁹JORGE, Karina Carneio. **Urbanismo no Brasil império: a saúde pública na cidade de São Paulo no século XIX (hospitais, lazaretos e cemitérios)**. Dissertação (Mestrado) - PUC-Campinas, 2006, p. 87-88.

¹⁶⁰Ibid., p. 90-91.

distribuídos por categorias de fundadores, efetivos, correspondentes, honorários ou beneméritos¹⁶¹.

Referida sociedade de medicina foi responsável pela realização do 1º Congresso Brasileiro de Medicina e Cirurgia, realizado em 1888, destacando a importância da união da classe médica¹⁶², dentre outros de vital importância para a conscientização das questões sanitárias no Brasil.

Acerca da saúde na Constituição Imperial outorgada em 25 de março de 1824, é possível vislumbrar o dever do Império na manutenção e difusão da saúde, conforme se infere em seu artigo 179¹⁶³:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

Corroborando a importância que o texto constitucional representou à época, Vinícius Pacheco Fluminhan¹⁶⁴ afirma:

Em reforço às mudanças empreendidas no início do século XIX, o Brasil passa a ter um panorama jurídico mais favorável à proteção da saúde após tornar-se independente. A Constituição Imperial de 1824 representa bem essa mudança. Em meio aos direitos civis direcionados aos cidadãos brasileiros, ela proporciona um destaque ao prever no art. 179, XXIV a garantia de condições salubres no trabalho (“Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”) e no artigo 179, XXXI a garantia de auxílios do Império em situações emergenciais (“A Constituição também garante os socorros públicos”).

Nesse vértice, Irineu Francisco Barreto Junior e Miriam Pavani¹⁶⁵ afirmam:

¹⁶¹DICIONÁRIO HISTÓRICO-BIOGRÁFICO DAS CIÊNCIAS DA SAÚDE NO BRASIL (1832-1930). **Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/socmedcirj.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁶²Ibid., 2015.

¹⁶³BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁶⁴FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades**. Dissertação (Mestrado) – UNIMEP, Piracicaba, 2014. p. 19.

¹⁶⁵BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. p. 74. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Analisando o texto constitucional de 1824, temos, no Título VIII, “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, a primeira referência à saúde no contexto constitucional, vista no art. 179.

2.3 A saúde no Brasil no período da República Velha

Com a Proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, houve a instauração da forma republicana federativa presidencialista no Brasil e, por meio dela, a intenção em modernizar o País, fulgurando nos meados do século XIX, uma transição do sistema de produção escravocrata para um sistema de produção capitalista, impelindo a utilização do trabalho livre.

Em 24 de fevereiro de 1891 é promulgada a primeira Constituição do período republicano, contudo, não refletiu em importantes avanços em seu texto normativo, como salientam Irineu Francisco Barreto Junior e Miriam Pavani¹⁶⁶:

No que se refere à saúde, na Constituição de 1891, não houve avanços substanciais, uma vez que a Assembleia Constituinte esteve mais focada na mudança das formas de Estado e governo, na criação da República, o que elencou deveres negativos ao Estado.

Por conseguinte, tornando por certo a visualização do trabalhador livre como fonte de riqueza, houve uma redefinição dos trabalhadores, os quais passaram a serem vistos como capital humano, necessitando de aprimoramento físico, bem como de seu intelecto, para gerirem condições de fomentar a riqueza da Nação brasileira.

Dentro deste cenário, Cláudio Bertolli Filho¹⁶⁷ salienta que a medicina ganhou destaque dentro do Estado para a temática sanitária, ao assegurar uma melhor qualidade de vida individual e coletiva à população, estribada na modernização da Nação brasileira, sendo certo que, de acordo com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, competia aos Estados a tutela no campo social, em específico, ações de saúde e saneamento.

Acerca de referido período, ganha destaque o movimento que ficou conhecido como “Revolta da Vacina”, ocorrido em novembro de 1904, motivada pela

¹⁶⁶BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mirian. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. p. 74. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁶⁷BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2004.

obrigatoriedade da vacina contra a varíola, sendo o principal personagem o médico sanitário Oswaldo Cruz¹⁶⁸.

Referido médico, observando o descumprimento do uso da vacina contra a varíola – declarado obrigatório para crianças em 1837 e para adultos em 1846, em junho de 1904, por meio do governo, encaminha ao Congresso projeto de lei que torna novamente obrigatória a vacinação em todo o território nacional. Referido projeto foi aprovado, tornou-se lei em 31 de outubro de 1904, sendo regulamentado em 9 de novembro de 1904¹⁶⁹.

Por meio de referida lei as pessoas foram compelidas a tomarem a vacinação contra a varíola, ainda que contrário à própria vontade, inclusive com a violação de domicílio para que fosse ministrada a vacina, o que ensejou a criação, em 5 de novembro de 1904, da “Liga Contra a Vacinação Obrigatória”, a fim de inibir tal ato, sendo certo que, ao final, com um saldo de 945 prisões, 461 deportados, 110 feridos e 30 mortos em menos de duas semanas de conflito, o governo recuou e retirou a obrigatoriedade da vacinação¹⁷⁰.

Contudo, em que pese ter deixado de ser obrigatória a vacinação contra a varíola, manteve-se a exigência de “atestado de vacinação para trabalho, viagem, casamento, alistamento militar, matrícula em escolas públicas, hospedagem em hotéis”, conforme salienta Viveiro¹⁷¹.

Cid Guimarães¹⁷², acerca do período em estudo, salienta o serviço embrionário de assistência à saúde prestado pelos municípios:

A assistência geral principiou-se pelos serviços de assistência pública destinados a socorros médicos de urgência desenvolvidos sob jurisdição municipal, competência que o Sistema Nacional de Saúde definiu posteriormente (1975). O primeiro instituído foi o do Rio de Janeiro (1893), seguindo-lhe o de Porto Alegre (1898); sua ação limitava-se ao atendimento na via pública e no domicílio por meio de ambulância, apoiando-se, quando necessário, na rede hospitalar privada. Somente a partir de 1922 contou com leitos

¹⁶⁸VIVEIRO, Alessandra A. A revolta da vacina. **Revista Eletrônica de Ciências**, n. 21, ago/set. 2003. Disponível em: <http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_21/revoltavacina.html>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁶⁹FIOCRUZ - FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. **A revolta da vacina**. 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/node/473>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁷⁰Ibid, 2005.

¹⁷¹VIVEIRO, Alessandra A. A revolta da vacina. **Revista Eletrônica de Ciências**, n. 21, ago/set. 2003. Disponível em: <http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_21/revoltavacina.html>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁷²GUIMARÃES, Cid. Diagnóstico de situação. In: Ernesto Lima Gonçalves (coordenador). **Administração de saúde no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1982. p. 103-137.

próprios, ao iniciar-se o Hospital do Pronto-Socorro do Departamento Nacional de Saúde Pública.

A implementação das políticas públicas voltadas à saúde, ao final de 1910, se deparou com a dificuldade da integração nacional, na diversidade racial, com destaque para a inferioridade atribuída a índios, negros e mestiços, assim como da conscientização acerca da interdependência advinda das doenças transmissíveis, haja vista que a ausência de um modelo sanitário desenvolvido de acordo com as características brasileiras demonstrava a fragilidade da população às epidemias, como apontava a cidade do Rio de Janeiro, com um quadro caótico gritante (malária, varíola, febre amarela).

O quadro sanitário apresentado à época, em especial na cidade do Rio de Janeiro, gerou consequências nefastas não só para a área da saúde, como também para o comércio, uma vez que os navios estrangeiros optavam por atracar em porto diverso ante as péssimas condições sanitárias existentes na cidade carioca.

Tais fatores associados às inovações tecnológicas na área epidemiológica, auxiliam os governos republicanos a desenvolverem, segundo as especificidades de cada localidade, profícuos planos para inibir as enfermidades que assolavam a população e, conseqüentemente, elevar a vida produtiva, a qual estava em franca derrocada diante da degradante condição sanitária proporcionada pela inércia dos entes federativos.

Nesse sentido os planos governamentais passaram a ter efetividade ininterrupta e não só em períodos de grandes epidemias ou mesmo voltados a específicas regiões do país, denotando o nascimento de uma política pública voltada para questões sanitárias.

Assim, em 1900 houve a criação de dois dos mais prestigiados institutos de pesquisa biomédica e saúde brasileira – o Instituto Soroterápico Federal (transformando-se em Oswaldo Cruz em 1908, e a Fundação Oswaldo Cruz em 1970), localizado no Rio de Janeiro/RJ, e o Instituto Butantã, localizado na cidade de São Paulo/SP.

Com a formação de uma nova geração de corpo médico, fulcrado nos paradigmas da bacteriologia, foi deflagrado no Brasil um ativo movimento de Reforma Sanitária, conduzido por referidos médicos higienistas, culminando na

criação do Departamento Nacional de Saúde Pública, em dezembro de 1919¹⁷³, o qual ficou caracterizado pela concentração e verticalização do governo federal.

Apesar de a Constituição de 1891 afirmar que competia aos Estados a responsabilidade pelas ações de saúde e saneamento, somente com o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como “Lei Elói Chaves”, por ter sido o autor do projeto respectivo, é que as medidas de proteção social, em especial, a assistência médica efetivamente passaram a ter um reconhecimento legal como política pública.

Através da promulgação da denominada Lei Elói Chaves, foram criadas as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os Ferroviários, restando assegurado em seu texto “socorros médicos”¹⁷⁴ aos empregados contribuintes e seus familiares, fornecimento de medicamentos, aposentadoria e pensão por morte, sendo certo que a manutenção das Caixas de Aposentadoria e Pensões era realizada exclusivamente pelas empresas, culminando, por conseguinte, numa previdência social e assistência médica de caráter privado.

Josiane Araújo Gomes¹⁷⁵ afirma:

Pode-se afirmar que o ramo de saúde suplementar no Brasil tem início nos anos 1920 e 1930, quando foram instituídas as primeiras organizações de assistência privada à saúde dos trabalhadores. Com efeito, em 24 de janeiro de 1923, foi aprovado o Decreto nº 4.682, conhecido como Lei Eloy Chaves, o qual regulamentava a previdência social e a assistência à saúde, além de trazer disposições acerca da criação de caixa de aposentadoria e pensão nas empresas de estrada de ferro instaladas no país (art. 1º). Assim, referida lei consiste em um “marco no começo do modelo de financiamento que viabilizaria a assistência privada à saúde individual, representando o início da transferência de responsabilidade do Estado para o setor privado”.

Merece anotar a existência de muitas outras categorias de trabalhadores organizadas em associações de auxílio mútuo com o objetivo de minimizar os efeitos da invalidez, doença e morte, sendo certo que, por se tratar os ferroviários de

¹⁷³FGV – CPDDOC. **A Era Vargas**: Movimento Sanitarista. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/QuestaoSocial/MovimentoSanitarista>>. Acesso em: 04 out. 2015.

¹⁷⁴A Constituição de 1824, em seu artigo 179, XXXI, mencionava a garantia de “socorros públicos”.

¹⁷⁵GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de assistência privada à saúde**: estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das operadoras e dos usuários de planos de saúde. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. 2013. p. 56.

categoria profissional de grande número e força há época foi a contemplada, inicialmente, pelo ato normativo que a regulamentou.

Acerca da Lei Elói Chaves, que regulamentou a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, sustentam Nísia Trindade Lima et al.¹⁷⁶ que:

A lei que regulamentou a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) tem sido indicada como o momento inicial da responsabilização do Estado pela regulação da concessão de benefícios e serviços, especialmente da assistência médica. Tratava-se de organizações de direito privado, criadas para grupos específicos de servidores públicos e organizadas segundo princípios de seguro social, ou seja, um modelo em que os benefícios dependiam das contribuições dos segurados.

A Lei 5.109, de 20 de dezembro de 1926, estendeu os benefícios do Regime instituído pela Lei Elói Chaves aos portuários e aos marítimos. Em seguida, a Lei 5.485, de 30 de junho de 1928, estendeu igualmente o regime da Lei Elói Chaves aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos¹⁷⁷.

Em 26 de novembro de 1930, por meio do Decreto nº 19.433, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, sendo uma de suas atribuições orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões. Em mesmo ano, aos 17 de dezembro, foi determinada a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados nos serviços de força, luz e bondes¹⁷⁸.

Em 1º de outubro de 1931, por meio do Decreto nº 20.465, foi estendido o Regime da Lei Elói Chaves aos empregados dos demais serviços públicos concedidos ou explorados pelo Poder Público, além de consolidar a legislação referente às Caixas de Aposentadorias e Pensões. Em 1932, os trabalhadores nas empresas de mineração foram incluídos no Regime da Lei Elói Chaves.

Insta salientar que o Estado, almejando estender a todas as categorias organizadas de trabalhadores urbanos os benefícios da previdência traçados inicialmente pela Lei Elói Chaves, vislumbrou a possibilidade de transmudar as

¹⁷⁶LIMA, Nisia Trindade et al. A saúde na construção do estado nacional do Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In. **Saúde e Democracia**: história e perspectivas do SUS. LIMA, Nisia Trindade. GERSCHMAN, Sílvia. EDLER, Flavio Coelho. SUÁREZ, Julio Manuel. (org). Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005, p. 32.

¹⁷⁷BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Período de 1888 – 1933**. 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1888-1933/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

¹⁷⁸Ibid., 2015.

antigas Caixas de Aposentadorias e Pensões que beneficiavam poucas categorias de profissionais, pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões, sendo certo que nestes os trabalhadores eram organizados por categoria profissional (marítimos, comerciários e bancários) não mais por empresa.

Assim, após a revolução de 1930 o Ministério do Trabalho incorporou as Caixas de Aposentadorias e Pensões, com o fito de ampliar essa garantia trabalhista a um número maior de trabalhadores, sendo certo que em 29 de junho de 1933, por meio do Decreto nº 22.872, foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, sendo considerada a primeira instituição brasileira de previdência social de âmbito nacional, com base em atividade genérica da empresa¹⁷⁹, sendo certo que, posteriormente, outros institutos foram sendo criados, como o dos Comerciários (IAPC) em 1934, o dos Bancários (IAPB) em 1934, o dos Industriários (IAPI) em 1936 e outras sucessivas.

Como se observa pela digressão legiferante acima, os beneplácitos do Regime da Lei Elói Chaves não foram estendidos aos trabalhadores rurais, haja vista que a grande maioria dos congressistas na ocasião fazia parte da oligarquia rural, a qual condicionou a aprovação da Lei Elói Chaves e respectivas extensões a não inclusão dos trabalhadores rurais, fato que perdurou até 1960, quando foi instituído o FUNRURAL (Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural), por meio da Lei nº 4.214, de 02 de março de 1963.

As Caixas de Aposentadorias e Pensões se consubstanciaram em um sistema restrito às grandes empresas públicas e privadas, com administração própria para os seus fundos, composta por um conselho de representantes de empregados e empregadores, sendo certo que o Estado não participava do custeio das Caixas que, segundo o determinado pelo artigo 3º da Lei Elói Chaves, era mantido pelos empregados das empresas, na fração de 3% dos respectivos vencimentos, e pelas empresas na fração de 1% da renda bruta¹⁸⁰.

Referidos Institutos de Aposentadoria e Pensões tiveram sua atuação marcante no Brasil, em específico pela inclusão em seus próstimos dos serviços nas

¹⁷⁹BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Período de 1888 – 1933**. 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1888-1933/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

¹⁸⁰CORDEIRO, Hésio. O instituto de medicina social e a luta pela reforma sanitária: contribuições à história do SUS. **Physis**, [on line], n. 14, v. 2, p. 343-362, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n2/v14n2a09.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

áreas da alimentação, habitação e saúde, contudo referida ampliação resultou na ineficiência da atuação de referidos Institutos, uma vez que se fizera desprovidos de uma reformulação em sua gestão financeira, culminando, a partir de 1945, no declínio da qualidade no atendimento às diversas categorias¹⁸¹.

Em razão da ineficiência dos préstimos ofertados diversas empresas públicas e privadas desenvolveram a assistência à saúde para os seus trabalhadores como o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (IAPI), criado em 31 de dezembro de 1936, a Caixa de Assistência dos Advogados, criada em 11 de agosto de 1942, a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI), fundada em 27 de janeiro de 1944, consistindo no embrião das atividades privadas de saúde¹⁸².

Tem-se que o período da República Velha, compreendido entre 1889 a 1930, possa ser caracterizado como a “era do saneamento”, como sustentado por Gilberto Hochman¹⁸³, ante a crescente conscientização das elites quanto aos seríssimos problemas sanitários presenciados no Brasil, bem como pela crescente responsabilização do Estado nas políticas públicas voltadas para a saúde dos cidadãos e saneamento do território, haja vista as doenças que assolavam a população na época: peste bubônica, febre amarela e varíola¹⁸⁴.

Como salientado por Hochman, as bases para a criação de um sistema nacional de saúde, materializado através de uma centralização estatal foram lançadas no período da República Velha, o qual pavimentou a formulação de políticas públicas de saúde fulcrada em princípios e estratégias comuns, salientando a expansão da autoridade estatal, formatando a política pública brasileira, mediante um sistema jurídico de proteção social.¹⁸⁵

2.4 A saúde no Brasil no período do Estado Novo

¹⁸¹FGV – CPDDOC. **A Era Vargas**: Institutos de Aposentadoria E Pensões. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>>. Acesso em: 04 out. 2015.

¹⁸²TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e STF**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 29.

¹⁸³HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento**: as bases da política de saúde pública no Brasil. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 1998.

¹⁸⁴VIVEIRO, Alessandra A. A revolta da vacina. **Revista Eletrônica de Ciências**, n. 21, ago/set. 2003. Disponível em: <http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_21/revoltavacina.html>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁸⁵HOCHMAN, op. cit., 1998.

A partir da década de 1930 é possível observar a perda do poder e, conseqüentemente, da influência outrora exercida pelas oligarquias agrárias na política, haja vista a crise político-econômica deflagrada, principalmente a partir da crise de 1929.

Assim, em 1930 é deflagrada a Revolução de 1930, chefiada por Getúlio Vargas, com início no Rio Grande do Sul, irrompendo para o restante do país, culminando na deposição do presidente recém empossado e na assunção de Getúlio Vargas como novo presidente¹⁸⁶, por meio da suspensão da Constituição de 1891 e formação de um governo provisório, com a promessa de instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte para fins de elaboração de uma nova Constituição¹⁸⁷.

O período que permeou entre a mobilização de 1930, a qual impulsionou Getúlio Vargas provisoriamente ao poder e a promulgação da Constituição Brasileira de 1934 foi conturbado, haja vista o levante constitucionalista, conhecido como “Revolução Constitucionalista de 1932”, ocorrido 1932, deflagrado pela sociedade civil paulista a qual exigia a convocação da Constituinte para a elaboração de uma nova Constituição¹⁸⁸.

Um dos primeiros atos do Governo Provisório de Getúlio Vargas foi a criação, em 14 de novembro de 1930, do Ministério da Educação e Saúde Pública, chefiado, inicialmente, por Francisco Campos (1930-1932), seguido por Washington Pires (1932-1934), sendo certo que o Ministro que por mais tempo ocupou o Ministério (1934 – 1945) foi Gustavo Capanema, período no qual foi criado o Serviço Nacional de Febre Amarela (1937), considerado o primeiro serviço de saúde pública de dimensão nacional e, o Serviço de Malária do Nordeste (1939)¹⁸⁹.

Conforme salienta Gilberto Hochman¹⁹⁰,

¹⁸⁶PORTAL DA EDUCAÇÃO. **Revolução de 1930 e o Estado Novo**: histórico da saúde pública. 22 fev 2013. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/34834/revolucao-de-1930-e-o-estado-novo-historico-da-saude-publica>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁸⁷JC HISTORY BRASIL. Segunda República ou Era Vargas (1930 - 1945). Disponível em: <<http://jchistorybrasil.webnode.com.br/segunda-republica-ou-era-vargas-1930-1945/>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁸⁸FGV – CPDDOC. **Fatos & Imagens**: Revolução Constitucionalista de 1932. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Revolucao1932>>. Acesso em: 15 dez. out. 2015

¹⁸⁹FGV – CPDDOC. **Anos de incerteza (1930-1937)**: Ministério da Educação. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/IntelectuaisEstado/MinisterioEducacao>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁹⁰HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930 – 1945). **Educar**, Curitiba, n. 25, 2005, p. 128.

O regime que se instaurou em 1930, e em especial na sua fase autoritária pós-1937, prometeu um novo começo, uma república nova em país renovado e, em especial, um novo homem brasileiro. Em particular, historiadores indicam que o Estado Vargas produziu ativamente a identidade dos “trabalhadores do Brasil”, associando trabalho e direitos de cidadania e enfrentando como prioridade a “questão social”, construiu o mito de Vargas como “pai dos pobres” e uma política que supunha um Estado forte que intervém e organiza os interesses sociais em conflito, produz compromissos, constituindo-se como ente mais autônomo em relação à sociedade. Seriam ações e ideologias imersas em um contexto internacional de crítica ao capitalismo em suas formas liberal-democráticas com fortes tendências autoritárias de direita e de esquerda, e de amplas e persistentes consequências políticas e ideológicas na política brasileira.

Acerca do quadro sanitário que se fazia presente na década de 1930, Gilberto Hochman¹⁹¹ sustenta que, apesar dos avanços do poder público e do conhecimento biomédico adquirido, o mesmo ainda era preocupante diante das enfermidades que acometiam a sociedade:

A febre amarela ainda ameaçava a capital e os portos litorâneos, a malária grassava pelo interior do país, a hanseníase ganhava a atenção dos médicos e a tuberculose continuava sendo o mais grave problema sanitário das cidades.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Brasileira de 1934, houve a ruptura com a concepção liberal de Estado, passando a lançar os primeiros pilares do Estado Social de Direito¹⁹².

É possível observar, no artigo 10, inciso II, de referida Constituição, a competência concorrente da União e dos Estados acerca da saúde e assistência pública¹⁹³:

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

O texto constitucional ganha destaque na área da saúde, igualmente, em seu artigo 138, *f*, e artigo 140:

¹⁹¹HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930 – 1945). **Educar**, Curitiba, n. 25, 2005, p. 128.

¹⁹²BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mirian. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. p. 74. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁹³BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

(...)

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

(...)

Art. 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.¹⁹⁴

Acerca da gestão de Gustavo Capanema no Ministério da Educação e Saúde Pública, Gilberto Hochman¹⁹⁵ salienta:

O marco mais definitivo no processo de construção institucional da saúde pública enquanto política estatal foi a gestão do Gustavo Capanema no Ministério da Educação e Saúde Pública (1934-45), a mais longa permanência de um ministro nas pastas de educação e saúde. Foi a reforma do o Ministério que, proposta em 1935 e implementada por Capanema a partir de janeiro de 1937, definiu rumos para a política de saúde pública, reformulando e consolidando a estrutura administrativa e adequando-a aos princípios básicos que haviam definido a política social do Estado Novo. Foi a partir dessa reforma que o Ministério passou a se denominar Ministério da Educação e Saúde (MES). A segunda grande reforma ocorreu em 1941 com a criação dos Serviços Nacionais, que verticalizaram as campanhas de combate a doenças específicas e às grandes endemias.

Acerca das Conferências Nacionais de Saúde (CNS), tem-se que as mesmas representaram um importante instrumento para o fortalecimento do direito sanitário, sendo certo que a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ao destinar o espaço à sociedade civil para que deliberassem acerca das políticas de saúde, acabou legitimando a ideia de Reforma Sanitária, na qual se ampliou o conceito de saúde (proteção, promoção e recuperação), culminando na criação do Sistema Único de Saúde¹⁹⁶.

Nota-se que as Conferências Nacionais de Saúde, instauradas inicialmente pelo Governo Federal para fiscalizar as atividades estatais no campo sanitário,

¹⁹⁴BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁹⁵HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930 – 1945). **Educar**, Curitiba, n. 25, 2005, p. 128.

¹⁹⁶CONFERÊNCIAS NACIONAIS DE SAÚDE. **Histórias e conquistas**. Disponível em:

<<http://www.ccms.saude.gov.br/conferenciasnacionaisdesaude/historiaeconquistas.php>>. Acesso em: 17dez. 2015.

tornou-se um espaço onde se exercia a cidadania de forma democrática, culminando em grandes avanços para a saúde pública no Brasil.

Em 10 de novembro de 1937 Getúlio Vargas, apoiado pelos militares, suscitou golpe ditatorial de Estado, *ab-rogando* a Constituição de 1934 para decretar a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, mediante a instauração de uma ditadura, cujo período é conhecido por Estado Novo¹⁹⁷.

Em relação ao tema saúde vivenciado no Estado Novo, Irineu Francisco Barreto Junior e Miriam Pavani¹⁹⁸ afirmam:

No que se refere à proteção da saúde, nesta, houve previsão, no art. 16, com destaque para a proteção da saúde da criança. Mesmo com a centralização absolutista imposta por Vargas, o texto constitucional continuou com a previsão de proteção à saúde e previu, em seu art. 18, que, em caso de deficiência de lei federal, os Estados legislassem sobre alguns assuntos: assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.

Quanto a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937, insta salientar a competência privativa atribuída à União para legislar sobre proteção da saúde, em especial, a saúde da criança:

Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:
(...)
XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

Superado o período ditatorial em 29 de outubro de 1945¹⁹⁹, quando então Getúlio Vargas foi deposto pelo Alto Comando do Exército²⁰⁰ houve a promulgação da Constituição de 1946, em 18 de setembro, sobrevivendo um período democrático marcado pela criação do Ministério da Saúde, a criação da Lei Orgânica de

¹⁹⁷BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mirian. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. p. 76. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁹⁸Ibid., 2013, p. 76.

¹⁹⁹BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mirian. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. p. 76. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁰⁰FGV – CPDDOC. **A Era Vargas dos anos 20 a 1945: Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945). Queda de Vargas e fim do Estado Novo.** Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/QuedaDeVargas>>. Acesso em: 17 dez. de 2015.

Previdência Social, através da Lei 3.807/60, que unificou a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões²⁰¹.

Acerca do Ministério da Saúde, tem-se sua criação é uma decorrência do desdobramento, do então Ministério da Educação e Saúde, por meio da Lei nº 1.920, de 25 de julho de 1953²⁰².

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, disciplina, em seu artigo 5º, a competência da União para editar normas gerais de defesa e proteção da saúde²⁰³:

Art. 5º - Compete à União:

(...)

XV - legislar sobre:

(...)

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

É possível visualizar nesse novo cenário político as transformações ideológicas incidentes sobre as políticas públicas voltadas para a saúde, como salientam Nísia Trindade Lima et al.²⁰⁴:

A dinâmica política da sociedade brasileira começava, desde meados da década de 1950, a permitir deslocamentos na compreensão dessas relações e proposições de mudanças nas políticas de saúde, promovidas pelos 'desenvolvimentistas'. Em discursos de 1955, por exemplo, o ministro da Saúde do governo Café Filho, Aramis Athayde, já defendia abertamente a ideia da saúde como questão de superestrutura, isto é, não como causa do desenvolvimento econômico e social, mas uma consequência dele.

Merece destaque igualmente a 3ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em dezembro de 1963, às vésperas do golpe militar, como último evento no período democrático.

Nesta ocasião foi proposta uma reformulação na estrutura sanitária do Brasil, estabelecendo uma Política Nacional de Saúde hábil a atender as necessidades dos

²⁰¹BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Período de 1960 – 1973**. 28 jul. 2015.

Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1960-1973/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

²⁰²PORTAL DE SAÚDE PÚBLICA. **Do sanitário à municipalização**. Disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

²⁰³BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **constituição dos estados unidos do brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 dez. 2015.

²⁰⁴LIMA, Nísia Trindade et al. A saúde na construção do estado nacional do Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In. **Saúde e Democracia**: história e perspectivas do SUS. LIMA, Nísia Trindade. GERSCHMAN, Sílvia. EDLER, Flávio Coelho. SUÁREZ, Julio Manuel. (org). Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005, p. 54.

cidadãos frente aos recursos dos cofres públicos disponíveis, sendo discutida a distribuição de responsabilidades entre os entes federativos, com destaque à municipalização dos serviços de saúde.

Em 24 de janeiro de 1967, é outorgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com vigência em 15 de março de 1967, disciplinando competir à União o estabelecimento de planos nacionais de educação, bem como a competência para legislar sobre as normas gerais de defesa e proteção da saúde:

Art. 8º - Compete à União:

(...)

XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde;

(...)

XVII - legislar sobre:

(...)

c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;

Insta salientar que a uniformização dos sistemas previdenciários até então existentes, mediante a Lei 3.807/60, franqueou o caminho para a instauração do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966, mediante a reunião dos seis Institutos de Aposentadorias e Pensões, e do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), em 1977, restando evidenciado a ampliação dos serviços de assistência previdenciária à saúde à população até então excluída – rurícolas, domésticos e empregadores, elevando a demanda pelos serviços médico-hospitalares.²⁰⁵

Ademais, referida Lei Orgânica da Previdência Social regulamentou igualmente o modo pelo qual ocorreria a aquisição dos préstimos de saúde ofertados pela iniciativa privada.

Com a implantação do regime militar houve a unificação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, por meio do Decreto nº 72, de 21 de novembro de 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS²⁰⁶.

Assim, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social centralizaram-se todas as contribuições previdenciárias até então havidas, passando referido Instituto a gerenciar as aposentadorias, pensões e assistência médica de

²⁰⁵GUIMARÃES, Cid. Diagnóstico de situação. In. Ernesto Lima Gonçalves (coordenador).

Administração de saúde no Brasil. São Paulo: Pioneira, 1982, p. 115.

²⁰⁶BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Período de 1960–1973**. 28 jul. 2015.

Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1960-1973/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

todos os trabalhadores formalizados, fato que desolou muitos beneficiários, em especial àqueles representantes de categorias com melhor capacidade econômica, sob o pretexto de dificuldades no acesso aos serviços médicos, em razão da expansão da cobertura e uniformização de benefícios.

Ou seja, neste sistema instituído, restaram excluídos os trabalhadores rurais e os trabalhadores urbanos informais, que perfaziam uma gama expressiva de cidadãos.

Os trabalhadores rurais somente passam a ser contemplados, inicialmente por meio de um plano básico, através do Decreto-lei nº 564, de 1º de maio de 1969, que estendeu a Previdência Social ao trabalhador rural o qual restou ampliado, minimamente, por meio do Decreto-lei nº 704, de 24 de julho de 1969.

Em 25 de maio de 1971, mediante a publicação da Lei Complementar nº 11, foi instituído o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), que substituiu o plano básico de Previdência Social Rural²⁰⁷, gerido pelo Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), com natureza jurídica de autarquia federal.

Em razão da crescente demanda por assistência médica, oriunda do aumento expressivo da população urbana segurada, acrescida pelos contemplados pelo Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e da necessidade em se institucionalizar a assistência social, observou-se a possibilidade de criação de um órgão capacitado a gerir todas as demandas surgidas, haja vista que o INPS não mais comportava a tutela de todas as demandas de forma satisfatória.

Conforme salienta Celso Barroso Leite²⁰⁸,

A razão de ser do SINPAS está, portanto, basicamente, no imperativo de buscar uma estrutura administrativa compatível com as novas realidades geradas pelos fatores acima enumerados e outros de menor porte. Para esse fim cuidou-se, em essência, de substituir entidades que prestavam diferentes serviços aos mesmos grupos de beneficiários por entidades que prestam os mesmos serviços a diferentes grupos de beneficiários. Por outras palavras: concentração de uma mesma função numa única entidade, independentemente da categoria profissional ou socioeconômica a atender.

²⁰⁷Ibid., 2015.

²⁰⁸LEITE, Celso Barroso. SINPAS: a nova estrutura da previdência social brasileira. **R. Inf. Legisl. Brasília**. n. 57 jan./mar. 1978. p. 107. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181061/000361302.pdf?sequence=3>>. Acesso em: Consultado em 04 out. 2015

Nesse sentir, através da Lei 6.439, de 1º de setembro de 1977, foi criado o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social), e, por meio do artigo 3º de referida lei, foram criadas as seguintes autarquias vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social: (i) INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social; e (ii) IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), as quais, juntamente com as seguintes, passam a integrar o SINPAS: (i) INPS (Instituto Nacional de Previdência Social); (ii) LBA (Fundação Legião Brasileira de Assistência); (iii) FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor); (iv) DATAPREV (Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social); (v) CEME (Central de Medicamentos).

Acerca da década de 1980, salientam Nísia Trindade Lima, et. at.²⁰⁹:

A década de 1980 se inicia com um movimento cada vez mais forte de contestação ao sistema de saúde governamental. As propostas alternativas ao modo oficial de Atenção à Saúde caracterizam-se pelo apelo à democratização do sistema, com participação popular, à universalização dos serviços, à defesa do caráter público do sistema de saúde e à descentralização. Ao mesmo tempo, o agravamento da crise da Previdência Social, em 1981, resultou no lançamento do chamado “pacote da previdência”, que previa o aumento das alíquotas de contribuição, a diminuição dos benefícios dos aposentados e a intervenção na área da assistência médica da Previdência Social.

Em 30 de outubro de 1980, através da Lei Federal nº 6.839, passa a ser obrigatório o registro de empresas a anotação dos profissionais legalmente habilitados, dela encarregados, nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das atividades das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros²¹⁰.

Assim, a partir de referida data as empresas prestadoras de serviços públicos de saúde foram compelidas a se registrarem perante o Conselho Federal de Medicina e nos Conselhos Regionais de Medicina²¹¹, haja vista que a Previdência Social ampliou o credenciamento de prestadores de serviços privados de saúde a fim de suprir a demanda oriunda, principalmente, dos beneficiários representantes

²⁰⁹LIMA, Nisia Trindade et al. A saúde na construção do estado nacional do Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In. **Saúde e Democracia**: história e perspectivas do SUS. LIMA, Nisia Trindade. GERSCHMAN, Sílvia. EDLER, Flavio Coelho. SUÁREZ, Julio Manuel. (org). Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005, p. 73.

²¹⁰Artigo 1º, da Lei nº 6.839/80.

²¹¹SILVA, Joseane Suzart Lopes. **Planos de saúde**. 2. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, p. 45.

de maior poder aquisitivo, os quais alegavam dificuldades de acesso aos serviços médicos oriundos da expansão da cobertura e uniformização de benefícios havidos com a unificação dos IAPs.

2.5 A saúde no Brasil no período da Nova República

Com o início da Nova República, marcado pelo fim do Regime Militar (1985), através da saída do General Figueiredo da Presidência do Brasil e assunção de um civil na Presidência - José Sarney, líderes do movimento sanitário são indicados a cargos chave dentro da política nacional, propugnando uma intensa atividade legiferante das políticas de saúde, lançando as premissas que caracterizariam a estrutura do Sistema Único de Saúde posteriormente.

Neste novo período democrático mais precisamente entre 17 a 21 de março de 1986, foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em Brasília, que representou o apogeu do movimento sanitário, sendo denominada por Vicente de Paula Faleiros²¹² como a “Constituinte da Saúde”, ante a expressividade alcançada em referido evento.

Acerca da importância que referido evento representou para o direito sanitário brasileiro, imprescindível a transcrição das conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde, sintetizadas por Mariana Filchtiner Figueiredo²¹³:

- Garantia da saúde como direito social e direito da cidadania (ou seja, direito ligado à emancipação do ser humano como sujeito de direitos, à garantia de condições para seu próprio desenvolvimento, como pessoa que atua e participa da vida em comunidade – sentido que extrapola, portanto, à noção clássica de cidadania como exercício dos direitos políticos);
- Igualdade de acesso aos serviços de saúde;
- Inclusão da saúde no conjunto de competências e ações da seguridade social, com múltiplas fontes de custeio (não mais restrita, portanto, às contribuições de trabalhadores e empregadores);
- Direção única do sistema, a cargo do Ministério da Saúde;
- Consenso de que a assistência à saúde deveria englobar ações de prevenção, promoção e cura, com prioridade para os cuidados preventivos, num modelo integrado e organizado de forma hierarquizada, em níveis crescentes de complexidade e de acordo com o perfil epidemiológico da população;

²¹²FALEIROS, Vicente de Paula. **A construção do SUS. Histórias da reforma sanitária e do processo participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 82.

²¹³FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde. Leis 8.080/90 e 8.142, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal**. 3. ed. rev. amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2014, p. 17.

- Descentralização, regionalização e municipalização da assistência à saúde;
- Participação popular e controle social sobre as políticas de saúde, a ser exercidos pelas Conferências de Saúde e por Conselhos de Saúde, a serem criados em cada um dos níveis federativos e mediante composição de representantes do Estado, dos profissionais de saúde dos usuários.

As conclusões extraídas da 8ª Conferência Nacional de Saúde pavimentaram os caminhos para a elevação do direito à saúde como direito fundamental a ser inserto na Constituição Federal, bem como a criação de um Sistema Único de Saúde, dissociado da Previdência, através das balizas principiológica próprias definidas na ocasião da Conferência: universalidade, igualdade de acesso, integralidade de cobertura, descentralização e hierarquização dos serviços, participação comunitária na elaboração e no controle das políticas públicas do setor.

Acerca da importância de referida Conferência para a Saúde brasileira, Jairnilson Silva Paim²¹⁴, em palestra proferida em tal Conferência, sustentou o viés social do direito à saúde:

Com base nessas considerações, é possível resgatar a ideia do direito à saúde como noção básica para a formulação de políticas. Esta se justifica na medida em que não confunda o direito à saúde com o direito aos serviços de saúde ou mesmo com o direito à assistência médica.

Esta ambiguidade também se faz presente na expressão “necessidade de saúde”, quando se procede um deslocamento da questão da dimensão do estado de saúde para a questão dos serviços. Tem o sentido de ocultar as condições necessárias para a obtenção da saúde, permitindo “considerar-se a assistência médica como o principal fator determinante do nível de saúde”.

A saúde, independentemente de qualquer definição idealista que lhe possa ser atribuída, é produto de condições objetivas de existência. Resulta das condições de vida – biológica, social e cultural – e, particularmente, das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, através do trabalho. Portanto, é através das relações sociais de produção que se erguem as formas concretas de vida social. E o estado de saúde corresponde a uma das revelações dessas formas de vida, isto é, “um modo de andar a vida”.

Nesse contexto, promover saúde implica em conhecer como se apresentam as condições de vida e de trabalho na sociedade, para que seja possível intervir socialmente na sua modificação, enquanto que respeitar o direito à saúde significa mudanças na organização econômica determinante das condições de vida e trabalho insalubres

²¹⁴PAIM, Jairnilson Silva. Direito à saúde, cidadania e Estado. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, 17 a 21 de março de 1986. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 46-47. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/conferenciasnacionaisdesaude/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

e na estrutura jurídico-política perpetuadora de desigualdades de distribuição de bens e serviços.

Interessante a visão descortinada por Jairnilson Silva Paim, a qual deixa de focar o acesso a serviços de saúde, para destacar as condições de vida, materiais e sociais, de cada uma das pessoas, denotando assim, o caráter social do direito à saúde.

Assim, por meio da Portaria Ministerial MEC/MS/MPAS nº 2/86, de 22 de agosto de 1986, foi criada a Comissão Nacional de Reforma Sanitária, a qual elaborou uma proposta voltada ao direito sanitário, auxiliando a Assembleia Nacional Constituinte na temática sanitária, bem como desenvolveu uma proposta para a normatização infraconstitucional do SUS, sendo certo que referidas propostas foram acolhidas pela Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente da Constituinte por encontrar fundamentos com as proposições emanadas da 8ª Conferência Nacional de Saúde.

Nesse sentir, após as diversas propostas apresentadas, a saúde foi reconhecida na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental a ser tutelado pelo Estado, transformando a saúde em direito subjetivo de cidadania, independente de contribuição pecuniária ao sistema, correspondendo ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca de seu caráter fundamental, Márcia Cristina Cardoso de Barros²¹⁵, sustenta:

A tudo isso se deve acrescentar que a denominada “Constituição Cidadã” trouxe para o centro do sistema a dignidade da pessoa humana, alçada à condição de princípio constitucional, conforme consta do inciso III do art. 1º do diploma constitucional. Figurando entre os pilares da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana se tornou o farol de onde provêm todas as demais normas edificadas para homenageá-la.

Seguindo na mesma trilha, o constituinte assegurou a inviolabilidade do direito à vida, que restou incluída os direitos básicos do indivíduo constante do *caput* do art. 5º da CF.

Embora não tenha constado expressamente do citado dispositivo qualquer referência à proteção da saúde, deve-se entender que ela está embutida nas disposições de proteção ao direito à vida, posto que seria impossível conceber a ideia de garantir o bem maior – a vida – deixando de lado o bem que a assegura; ou seja, a saúde.

²¹⁵BARROS, Marcia Cristina Cardoso. **Contratos de Plano de Saúde: Princípios Básicos da Atividade**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6 – Judicialização da Saúde – Parte I, p. 290. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaoedasau de_290.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

Sua tutela se efetiva por meio dos princípios da universalidade, igualdade, integralidade, amparada na criação do Sistema Único de Saúde, organizado de maneira descentralizada, hierarquizada e mediante a participação popular, merecendo destaque os apontamentos de Renilson Rehem de Souza²¹⁶:

Cabe lembrar que antes da criação do Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde desenvolvia quase que exclusivamente ações de promoção da saúde e prevenção de doenças, como campanhas de vacinação e controle de endemias. A atuação do setor público na chamada assistência médico-hospitalar era prestada por intermédio do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), autarquia do Ministério da Previdência e Assistência Social, e a Assistência à Saúde desenvolvida beneficiava apenas os trabalhadores da economia formal, segurados do INPS e seus dependentes, não tendo caráter universal.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, um novo período democrático na história brasileira é delineado, e, por meio dela, o reconhecimento de inúmeros direitos e garantias confirmava o surgimento de um estado de bem estar social, passando a Constituição Federal de 1988 a ser chamada, pelo então presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, de Constituição Cidadã.

Observa-se que a organização da saúde pública passou por inúmeras mudanças, haja vista que, com o reconhecimento da saúde como direito fundamental, foi criado um sistema público para efetivar o direito à saúde, com o caráter universal e independente de qualquer contribuição.

Ademais, houve, no texto constitucional, a possibilidade de a iniciativa privada atuar no segmento da assistência à saúde, conforme se observa pela leitura do artigo 199²¹⁷, da Constituição Federal, salientando Fábio Zambitte Ibrahim²¹⁸:

A saúde não é exclusiva do Poder Público, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

²¹⁶SOUZA, Renilson Rehem. **Construindo o SUS**: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo. (Dissertação). Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da UERJ, 2002.

²¹⁷Art. 199, CF. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

²¹⁸IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus. 2010, p. 11.

Nesse vértice a Constituição Federal Brasileira de 1988, ao erigir a saúde como direito fundamental, perfilhou do contexto mundial do pós-guerra, haja vista que “as condições políticas depois de 1945 eram favoráveis à concessão de novos e abrangentes direitos sociais”²¹⁹.

Entretanto, mister se faz a observância quanto aos reflexos desta amplitude de direitos, uma vez que “nas constituições sociais, em que o valor maior a tutelar é a igualdade do cidadão, são exigidas muitas ações governamentais para corrigir desequilíbrios”.²²⁰

Corroborando os argumentos aqui ventilados, Clarice Seixas Duarte²²¹ sustenta:

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

Por conseguinte, o reconhecimento do direito à saúde no texto constitucional reflete as reivindicações de uma gama de pessoas desprovidas do mínimo existencial, a poderem usufruir o “bem estar social”, conforme preceitua Celso Lafer²²², assumindo o Estado a obrigação de adotar ações hábeis a reduzir os problemas sociais, visando estabelecer uma igualdade social material mais efetiva.

Apenas para frisar a intensificação da demanda pelos serviços de saúde, oriunda do êxodo rural incorrido, Ruy Laurenti²²³ relata:

²¹⁹PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 251.

²²⁰FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima, et al. (coords.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 177-178.

²²¹DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: **O direito e as políticas públicas no Brasil**. Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin (org). São Paulo: Atlas. 2013, p. 16.

²²²LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 127.

²²³LAURENTI, Ruy. A situação sanitária no Brasil. In: **Administração de saúde no Brasil**. GONÇALVES, Ernesto Lima. (coord). São Paulo: Livraria Pioneira, 1982, p. 76.

Entre 1970 e 1980, algumas capitais tiveram um crescimento, pode-se dizer, “assustador”, como foi o caso de Porto Velho (7,6%), Manaus (7,3%), São Luís (5,4%), Cuiabá (7,7%), Goiânia (6,5%) e Brasília (8,1%). É óbvio que isso contribui, e muito, para o agravamento das condições de saneamento, habitação, alimentação, influenciando, portanto no estado de saúde.

Em 1940, a população urbana brasileira representava 21,2% do total, sendo que em 1960 passa a 45,1%, e em 1980, 67,6%.

Acerca de tal postulado, afirma Andréas Krell²²⁴:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.

Por conseguinte, a saúde, por se tratar de um direito social prestacional de segunda dimensão / geração, encontra-se arraigada ao princípio da isonomia, isto é, é um direito garantido a todos, independentemente de classe social, gênero, ou qualquer outro fator, devendo o Estado adotar medidas hábeis a melhorar as condições sanitárias disponibilizadas, ofertando e ampliando o acesso a todos aqueles que necessitem, mediante a locação e realocação de recursos para tanto, conforme sustenta Jorge Reis Novais²²⁵:

Para que o qualificativo ‘social’ apostado ao Estado não seja mero ‘afã retórico’ não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais; é ainda imprescindível a manutenção ou o aprofundamento de um quadro político de via democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante e não apenas, como diz Garcia-Pelayo, de mero recipiente da intervenção ‘social’ do Estado.

Nessa senda, a Constituição Federal alterou profundamente a relação até então havida entre o Estado e a sociedade, superando o modelo patrimonialista autoritário para um ideário universalista.

Tais avanços se fizeram de forma incisiva nas questões sociais, com o rompimento do ideário da Seguridade Social associada unicamente às relações formais de trabalho para assegurar o bem estar das pessoas em sociedade como um todo, e não apenas aos trabalhadores.

²²⁴KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.19.

²²⁵NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p.191.

Com referida alteração fez-se a conjugação de três setores distintos – a saúde, a assistência social e a previdência social - sendo certo que a inserção do conceito de Seguridade Social é reflexo dos princípios democráticos adotados pelo Brasil.

Nesse sentir, o artigo 194 da Constituição Federal brasileira é claro ao estatuir os campos de atuação da Seguridade Social:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Após o reconhecimento da saúde como direito fundamental e sua inserção em destaque no corpo constitucional, a atividade legiferante infraconstitucional regulamentou a atuação do Sistema Único de Saúde, em 19 de setembro de 1990, através da edição da Lei 8.080/90, no mesmo ano em que o INAMPS foi suprimido, passando suas funções a serem geridas pelo SUS, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Nesse contexto, sob o influxo do neoliberalismo, ao instituir o Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei Federal nº 8.080/90, universalizando o direito à saúde, não atribuiu exclusivamente ao Estado tal função, haja vista que franqueou o acesso igualmente à iniciativa privada^{226 227}, estatuidando um sistema misto com opção de atuação tanto estatal quanto da iniciativa privada, sendo certo que em ambas as hipóteses “presume-se que haverá condições de acesso garantidas a toda população pelo Estado”²²⁸.

Posteriormente, em 03 de junho de 1998, fez-se igualmente a regulamentação infraconstitucional da medicina suplementar, por meio da Lei nº 9.656/98, a qual dispôs, especificamente, sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Nesse viés, em razão de seu caráter misto, dúplice, o sistema sanitário constitucional brasileiro: (i) se afigura como sendo um direito social fundamental

²²⁶Art. 197, CF: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

²²⁷Art. 199, CF: A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

²²⁸GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado**: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 49.

inseto na seguridade social, quando disponibilizado pelo Estado sem a contrapartida direta pelo cidadão e; (ii) caracteriza-se como bem de consumo, quando disponibilizado pela iniciativa privada àqueles que detêm condições financeiras de adquiri-lo e usufruí-lo, consubstanciando-se nos serviços de saúde privados.

Assim, apesar de o Estado visualizar a necessidade de intervir nas relações socioeconômicas, transmudando-se para um Estado assistencialista, com características bem delineadas do *Welfare State*, a fim de inibir as agruras advindas do liberalismo, não foi possível efetivar, materialmente e unilateralmente, a promoção da saúde, nos exatos termos em que assumido perante as entidades internacionais, em especial, nos termos em que preconizado pela Organização Mundial de Saúde quando firmado o compromisso de “saúde para todos no ano 2000” – Declaração de Alma Ata.

Necessário salientar que após a instituição do Sistema Único de Saúde e respectiva regulamentação, uma forte crise econômica assolou o Estado brasileiro, impingindo-lhe seríssimas mudanças, com destaque nas áreas econômica e política, conforme salientam Carlos Henrique Assunção Paiva e Luiz Antonio Teixeira²²⁹:

Se o contexto de crise econômica e democratização nos anos 1980 havia contribuído para o debate político da saúde no período de consolidação dos princípios do SUS – equidade, integralidade e universalidade –, nos anos 1990 a concretização desses princípios gerou tensões contínuas em um momento em que a concepção de Estado mínimo, ditada pelo neoliberalismo em ascensão na Europa e nos EUA, propunha restringir a ação do Estado na regulação da vida social. A onda conservadora de reformas no plano político, econômico e social dos vários países repercutiria fortemente no Brasil, reforçando as tendências de adoção de políticas de abertura da economia e de ajuste estrutural, com ênfase, a partir de 1994, na estabilização da moeda; privatização de empresas estatais; adoção de reformas institucionais fortemente orientadas para a redução do tamanho e das capacidades do Estado. O SUS encontraria, nesse contexto, seu estrutural cenário de crise.

Por questões de natureza fiscal/orçamentária limitativa, assim como a crescente demanda da população, tornou-se premente e imperiosa a necessidade em franquear a atuação da iniciativa privada no setor sanitário, porém, agora, mediante regulamentação e fiscalização prévia e rigorosa do Estado, haja vista o

²²⁹PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **Hist. Cienc. saúde-Manguinhos**. 2004, vol. 21, n. 1, jan./mar. p. 15-35.

objeto da prestação de serviços se afigurar um dos bens mais importantes da pessoa – a saúde.

Como apontado por Osmir Antonio Globekner²³⁰:

No campo sanitário, é necessário reconhecer que a garantia formal do acesso, que no Brasil se expressou no reconhecimento do exercício de um direito subjetivo público ao provimento estatal de prestações concretas de atenção em saúde, pode mostrar-se insuficiente em face da realidade.

Nesse viés houve um vertiginoso crescimento da atuação da iniciativa privada na prestação de serviços voltados para a área da saúde, ante a deficiência do Estado em prestar um atendimento digno e satisfatório à sociedade, reflexo do retraimento do Estado nas políticas sociais advindo da crise fiscal-orçamentária, contudo, incorrida de maneira desordenada havendo um aumento das reclamações dos usuários dos planos e seguros privados de saúde com reflexo, igualmente, no Poder Judiciário através das ações interpostas ensejando a premente necessidade da regulamentação das atividades mencionadas.

Nessa ótica em que pese a Constituição Brasileira preconizar a universalidade e isonomia do acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde²³¹ tais premissas se restringem à saúde pública prestada pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde sob o viés de direito social fundamental, uma vez que a prestação de serviços sanitários pela iniciativa privada regulamentada pela Lei Federal nº 9.656/98 deve ser firmada mediante a contratação, formalizada por instrumento particular de prestação de serviços perante as empresas prestadoras de tais serviços envolto por princípios distintos inerentes da iniciativa privada.

Isto é, a prestação de serviços voltados à saúde no âmbito universal isonômico e não onerosa aos cidadãos brasileiros se restringe quando o Estado a realiza, uma vez que, quando realizada pela iniciativa privada, é condicionada a pagamento, não sendo abarcada, ainda assim, igualmente, uma vez que a prestação do serviço varia de acordo com o plano contratado.

²³⁰GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado**: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 26.

²³¹Art. 196, CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ainda acerca deste sistema dualista analisando a atuação dos entes privados na prestação dos serviços de saúde, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²³² sustenta:

Trata-se, desta maneira, de um universo muito mais restrito de proteção, já que abrange apenas aqueles que tenham poder aquisitivo suficiente para pagar os prêmios cobrados, os quais, apesar de regulados pela ANS, costumam ser substancialmente elevados.

Osmir Antonio Globekner²³³ sustenta:

Na realidade brasileira pós-Constituição e 1988, a elevação do direito à saúde ao *status* constitucional, com a assunção de um dever estatal correspondente, bem como as repercussões que tal elevação trouxe também à esfera privada, determinou intensa demanda perante os tribunais e sensível expansão de provimentos jurisdicionais voltados a obter a satisfação das obrigações correspondentes por parte do Estado e dos entes privados que atuam no setor econômico dos serviços de saúde, mormente no setor dos seguros de saúde.

Atualmente existe a convivência entre o Estado e a iniciativa privada na prestação dos serviços públicos voltados para a saúde em que pese por regimes jurídicos distintos conforme aduz Sueli Dallari²³⁴:

Ao falar em complementação, a Constituição deixa claro que sua ideia foi a de que o sistema fosse diretamente capitaneado pelo Poder Público, admitindo a concorrência da esfera privada, porém de forma residual, preenchendo espaços necessários para que o atendimento se viabilize.

[...]

Em outras palavras, devem existir unidades públicas de atendimento, secundadas, se necessário e conveniente, por entidades privadas.

Por derradeiro, atualmente compete ao Estado a preservação e fomento à saúde de forma universal e igualitária, por meio das políticas públicas sociais e econômicas pertinentes, sendo assegurado à iniciativa privada a assistência à saúde àqueles que optarem pela contratação dos préstimos ofertados por tais entes, cuja atividade será regulada e fiscalizada pelo Poder Público mediante a agência reguladora específica – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

²³²PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; LOPES, Jose Reinaldo de Lima; MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; (coords.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

²³³GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 25.

²³⁴DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 96.

CAPÍTULO TERCEIRO

DA SAÚDE SUPLEMENTAR E RESPECTIVA ATIVIDADE REGULATÓRIA

3.1 Da saúde suplementar: definição

A Constituição Federal de 1988 autorizou à iniciativa privada a assistência à saúde, competindo ao Poder Público, exclusivamente, sua regulamentação, fiscalização e controle.

Juliano Couto Macedo²³⁵, ao conceituar saúde suplementar, afirma:

A saúde suplementar pode ser definida como todo atendimento privado de saúde, realizado ou não por meio de um convênio com um plano de saúde. Estão presentes dentro do cenário da saúde suplementar no Brasil: o governo – representado pelo Ministério da Saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – além das operadoras de planos privados, as seguradoras e os prestadores de serviço de assistência à saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar por sua vez, conceitua saúde suplementar ou assistência suplementar da saúde como sendo as atividades desenvolvidas pelos planos privados de assistência à saúde sob controle e fiscalização do Poder Público²³⁶.

Tanto as operadoras de planos de saúde quanto as seguradoras de saúde têm suas atividades fiscalizadas e regulamentadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Em relação aos planos de saúde, seus contratantes utilizam dos préstimos ofertados pelos profissionais e estabelecimentos previamente credenciados pelas operadoras sendo certo que aos usuários dos seguros de saúde é livre a escolha dos profissionais e estabelecimentos.

Por conseguinte, a Constituição Federal/88 ao afirmar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, em seu artigo 199, autorizou a participação de instituições privadas, evidenciando a formação de um sistema de saúde complexo

²³⁵MACEDO, Juliano Couto. **Planos coletivos de saúde**: restrições contratuais às novas conquistas médicas. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 2014. p. 22.

²³⁶BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Glossário temático**: saúde suplementar. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 84.

dentre o público e o privado, sendo composto ainda por subsetores, como vislumbrado por Cláudia Maria de Rezende Travassos et al.²³⁷:

- 1) o público, com serviços financiados e prestados pelo Estado, nos seus diversos níveis, incluindo-se os serviços próprios das forças armadas;
- 2) o privado (lucrativo e não-lucrativo), financiado por sistemas de reembolso, que podem ser recursos públicos e privados;
- 3) o de seguros privados, financiados diretamente pelo consumidor ou pelas empresas empregadoras (em geral de forma parcial), com diferentes níveis de preços e subsídios.

Nesse sentido tem-se que observar que a assistência à saúde correspondente a um rol complexo de produtos e serviços de natureza jurídica distinta abrangendo bens públicos, bens meritórios²³⁸ e bens privados, tornando forçosa a atuação do ente estatal, seja de modo unilateral, seja em conjunto com a iniciativa privada, a fim de proporcionar o pleno cumprimento do dever constitucionalmente imposto – assegurar a saúde de todos.

3.2 A saúde suplementar na redemocratização do Brasil

O Estado, em que pese haver assumido para si a missão de proporcionar a assistência à saúde de forma universal e integrada, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal e artigo 7º, I e II, da Lei 8.080/90 constituindo o Sistema Único de Saúde um verdadeiro seguro social, não foi capaz de proporcionar serviços públicos com a qualidade mínima necessária justamente pela universalidade proposta, o que ensejou um aumento da clientela do sistema público até então limitada a determinadas categorias profissionais, como visto no capítulo anterior.

Isto é, o Sistema Único de Saúde não conseguiu atrair para si ou mesmo manter aquelas famílias que compõe o núcleo dinâmico da economia, desencadeando o fenômeno conhecido como “universalização excludente”²³⁹.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 encontrar-se alicerçada em um Estado de bem estar social (*Welfare State*) tem-se que imediatamente após a sua

²³⁷TRAVASSOS Cláudia Maria de Rezende; VIACAVA, Francisco; FERNANDES, Cristiano; ALMEIDA, Célia Maria de. Desigualdades geográficas e sociais na utilização de serviços de saúde no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. 2000; v. 5, n.1, p. 133-149.

²³⁸Bens que podem ser produzidos e comercializados pela iniciativa privada mas pela sua importância para a sociedade podem ser providos pelo poder público visando atender demandas da sociedade.

²³⁹FAVERET FILHO, P.; OLIVEIRA, P. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Revista DADOS**. 1990, v. 33, n. 2, p. 257-283.

promulgação fora tomada pelos ideais do neoliberalismo advindos do fenômeno da globalização, fazendo com que as políticas públicas encetadas pelo Sistema Único de Saúde passassem a adotar uma postura focalizadora, fragmentada e seletiva, centrando suas práticas neo-assistenciais à classe social mais vulnerável, tornando inócuo o princípio da universalidade, uma vez que as políticas públicas volveram-se à atenção da saúde básica.

Ligia Bahia²⁴⁰ sustenta:

Posteriormente, a uniformização do acesso aos provedores da Previdência, consubstanciada através de políticas de eliminação das diferenças dos padrões assistenciais para trabalhadores urbanos e rurais e nas tentativas de tornar acessíveis os serviços previdenciários próprios às clientela vinculadas ao mercado informal de trabalho, não foi acompanhada da expansão dos recursos compatíveis para a absorção das novas demandas. As reformas constitucionais de 1988, preconizando a saúde como direito universal, esbarraram, após a eleição presidencial de 1990, em problemas político-institucionais que questionaram os princípios da seguridade social.

Tal fato resultou no aumento da demanda pela saúde suplementar, em específico no final da década de 1980 e início da década de 1990, ante a insatisfação pelos préstimos prestados pelo Estado, bem como pelo marketing massivo veiculado pelas mídias que enfatizam a rapidez e a qualidade do atendimento, apontando facilidade e comodidade no acesso aos serviços de saúde com os mais modernos equipamentos e diagnósticos terapêuticos.

Assim os préstimos de média e alta complexidade racionalizados pelo Poder Público eram complementados pela iniciativa privada.

Nesse sentido apesar dos esforços impingidos pelos Constituintes, o Sistema Único de Saúde não logrou êxito no cumprimento de sua finalidade, nos termos delineados pela Constituição Federal, haja vista os inúmeros entraves a fim de validar e materializar os princípios ali insculpidos, ressaltando a crise fiscal, gerando um alto grau de insatisfação às pessoas.

Por conseguinte diante da demanda crescente, as seguradoras, em específico, aquelas que se encontravam vinculadas às instituições financeiras, irrompem a mercantilização de produtos volvidos à assistência médico-hospitalar nacional, sendo certo que tal ato restou deflagrado principalmente no ano de 1989,

²⁴⁰BAHIA, Ligia. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In: NEGRI, Barjas. GIOVANNI, Geraldo Di. (org). **Brasil**: radiografia da saúde. Campinas: UNICAMP, 2001, p. 329.

através da autorização da Superintendência de Seguros Privados (Susep), uma vez que o ato normativo vigente há época - Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, vedava qualquer modalidade de vinculação de provedores de serviços às seguradoras.

Acerca da importância da atuação das seguradoras no ramo de assistência médica suplementar, Lígia Bahia²⁴¹ afirma:

Embora as seguradoras representem a modalidade empresarial mais recente no mercado de planos e seguros e a que congrega o menor número de clientes, sua importância transcende a mera participação numérica no segmento de assistência médica suplementar. A entrada das seguradoras no ramo saúde, impulsionada por um instrumento legal, promulgado pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) do Ministério da Fazenda, facultando-lhes a cobertura dos segurados, através do “referenciamento” dos serviços, modificou não apenas a divisão das clientela entre as modalidades empresariais, mas trouxe a público o debate sobre a necessidade de regulamentação do segmento, transformando-o em tema da agenda governamental. A agressiva comercialização de seguros semelhantes aos planos, no que se refere aos esquemas assistenciais, pelas grandes seguradoras, acrescida a uma determinação de regular as empresas do mercado à sua feição (como instituições financeiras) tornou-as importantes interlocutoras do governo no segmento da assistência médica suplementar.

Assim a Constituição Federal de 1988 reconhece em seu texto a atuação da medicina pública e privada as quais não se excluem, atuando em paralelo, distinguindo-se pela existência ou não de uma relação contratual com uma operadora de plano de saúde.

A medicina pública é prestada diretamente pelo Estado sob o viés universal e gratuito a todas as pessoas – nacionais ou estrangeiras – em igualdade de condições, sendo certo que, para aquelas pessoas que optarem em aderir à assistência privada à saúde, poderão fazê-lo por meio de contrato e pagamento periódico de contraprestação pecuniária.

A medicina privada pode atuar de forma concorrente com o serviço público²⁴², mas também pode atuar de maneira complementar, conforme atesta Josiane Araújo Gomes²⁴³:

²⁴¹BAHIA, Lígia. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In. NEGRI, Barjas. GIOVANNI, Geraldo Di. (org). **Brasil: radiografia da saúde**. Campinas: UNICAMP, 2001, p. 329.

²⁴²ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. In: In. MARQUES, Cláudia Lima, et al. (coords.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 229.

Dessa forma, a interpretação a ser feita do *caput* e §1º do art. 199 deve levar em conta que a modalidade de atuação complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS) constitui apenas uma das hipóteses possíveis de atuação do setor privado na área da assistência à saúde, a qual será formalizada mediante contrato ou convênio, sendo observadas, a respeito, as normas de direito público (parágrafo único, do art. 24, da Lei nº 8.080/90).

Apesar da diferença destacada por Josiane Araújo Gomes, acima transcrita, no tocante às formas de atuação da medicina privada (suplementar x complementar), tem-se que, independentemente da modalidade, os entes privados deverão observar as diretrizes emanadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme determina o art. 22, da Lei nº 8.080/90:

Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para o seu funcionamento.

Necessário esclarecer ainda a existência de dois tipos de cobertura para a saúde suplementar, conforme sustenta Juliano Couto Macedo²⁴⁴:

A primeira forma consiste na contratação de planos de assistência, que se destaca pela existência de uma rede de profissionais e estabelecimentos credenciados que farão o atendimento sem qualquer custo para o segurado. Nesse caso, a organização é feita mediante convênios. E a segunda, caracterizada pelo reembolso de despesas, podendo o segurado escolher o prestador de serviços conforme sua conveniência, denominado seguro-saúde.

No tocante aos agentes insertos no cenário da saúde suplementar tem-se de um lado, a iniciativa privada, consubstanciada nas empresas que disponibilizam os planos e seguros relativos à saúde, ao lado dos profissionais prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar e odontológica e de outro, o indivíduo e clientes corporativos.

3.3 Das operadoras de planos privados de assistência à saúde

²⁴³GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de assistência privada à saúde: estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das operadoras e dos usuários de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. 2013. p. 52.

²⁴⁴MACEDO, Juliano Couto. **Planos coletivos de saúde: restrições contratuais às novas conquistas médicas.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. 2014. p. 28.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde, também denominadas operadoras de planos de saúde, constituem-se mediante a natureza jurídica de sociedade empresária, associação, cooperativa, fundação, ou entidade de autogestão, sendo certo que em todas as suas modalidades são pessoas jurídicas registradas obrigatoriamente na Agência Nacional de Saúde Suplementar, operando ou comercializando planos privados de assistência à saúde.

A lei nº 9.656/98, em seu artigo 1º, II, conceitua operadora de plano de assistência à saúde como sendo a “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato” sobre plano privado de assistência à saúde.

Acerca da definição, segmentação e classificação das operadoras de planos de assistência à saúde, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou em 27 de outubro de 2000, a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 39, sendo certo que, em seu artigo 10, são classificadas as respectivas modalidades: (i) administradora; (ii) cooperativa médica; (iii) cooperativa odontológica; (iv) autogestão; (v) medicina de grupo; (vi) odontologia de grupo; (vii) filantropia.

Januário Montone (2001 apud MACEDO, 2014)²⁴⁵, diretor-presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar em 2001, conceitua as diversas modalidades de operadoras da seguinte forma:

1. **Medicina de Grupo** – opera com os chamados convênios médico-hospitalares, em que podem ser identificados três tipos:
 - a) as operadoras que não possuem rede própria;
 - b) as que possuem rede própria;
 - c) as associadas a hospitais filantrópicos;
2. **Cooperativas**: além dos serviços dos próprios cooperados, operam os chamados convênios médico-hospitalares, com rede própria crescente;
3. **Autogestão**: sistema fechado com público específico, vinculado a empresas – públicas e privadas – ou a sindicatos e associações, igualmente subdivididas entre aquelas que operam a assistência através de departamentos próprios dessas companhias e aquelas que operam através de entidades vinculadas. Consiste em um sistema sem finalidade lucrativa, no qual uma empresa ou outro tipo de organização institui e administra o plano privado de saúde de seus empregados e respectivos grupos familiares, ou, ainda, participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou

²⁴⁵MACEDO, Juliano Couto. **Planos coletivos de saúde**: restrições contratuais às novas conquistas médicas. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. 2014. p. 23.

jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de categorias profissionais ou assemelhados;

4. Seguradoras: além do seguro-saúde propriamente dito, sujeito à regulamentação específica, operam produtos com todas as características de planos privados de assistência à saúde na forma da legislação. Uma característica é que em seu estatuto deve constar vedação expressa à comercialização de outro tipo de seguro;

5. Administradora de benefícios: São empresas que administram planos coletivos de assistência à saúde, financiados por uma operadora. Não assumem o risco decorrente da operação desses planos. Também não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos e não têm vínculo contratual direto com os beneficiários. Administradora de benefícios é aquela que assume parte do trabalho que seria da empresa empregadora, do conselho, sindicato ou associação profissional que contrata o plano de saúde. A administradora de benefícios tem a responsabilidade de emitir boletos, de representar os beneficiários na negociação de aumentos de mensalidade com a operadora do plano e, dependendo do que for contratado, absorver o risco de inadimplência ou atraso de pagamento de mensalidades por parte da empresa empregadora, do conselho, sindicato ou associação profissional contratante, preservando a continuidade de atendimento dos beneficiários do seguro ou plano de saúde. (GRIFO DO AUTOR).

A fim de elucidar, colaciona-se a modalidade e respectivos exemplos ofertados pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁴⁶:

- **Medicina de Grupo/Odontologia de Grupo:** Amil e Golden Cross pertencem a essa modalidade.
- **Cooperativa (médica ou odontológica):** A AMHPLA – Cooperativa de Assistência Médica e as cooperativas do Sistema Unimed são exemplos dessa modalidade.
- **Autogestão.** Os planos Saúde Caixa (que atende servidores da Caixa Econômica Federal) e Cassi (destinados aos servidores do Banco do Brasil) se enquadram nessa modalidade.
- **Seguradora especializada em saúde:** Bradesco Saúde e SulAmérica Saúde são seguradoras especializadas em saúde.
- **Administradora de benefícios:** por exemplo, a Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. e Afinidade de Benefícios S/A.

De acordo com o Atlas da Saúde Suplementar²⁴⁷, as modalidades com maior expressão no mercado nacional, tanto em relação ao número de beneficiários,

²⁴⁶BENIA, Gerson Carvalho. BOGOSSIAN, Paula. LEANDRO, Tainá. **Cadernos do CADE - Mercado de Saúde Suplementar:** Conduas – 2015. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – Cade, 2015, p. 11-12.

²⁴⁷ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar:** ano base 2014. V. 10, jun. 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Atlas/2014_atlas.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.

quanto ao total de estabelecimentos, consubstanciam-se na medicina de grupo e as cooperativas médicas.

Acerca da modalidade medicina de grupo, George Edward Kornis e Rosangela Caetano²⁴⁸ vaticinam:

A medicina de grupo foi a modalidade pioneira desse segmento, no cenário brasileiro. E se apresentou, desde os anos 60, como uma modalidade de atenção às necessidades médico-hospitalares constituída por empresas médicas. Essas empresas, em sua maioria, não dispõem de serviços próprios e, predominantemente, contratam serviços médicos de terceiros; sua estrutura inclui o credenciamento de médicos, de hospitais e de serviços auxiliares de diagnóstico e de terapêutica. O acesso dos segurados a estes serviços está vinculado ao pré-pagamento de planos de empresas, e de planos individuais e familiares, com diferentes níveis de cobertura e de qualidade de serviço. O contratante paga antecipadamente pelos serviços de assistência médica e tem direito à cobertura dos eventos previstos no contrato; a cobertura pode dar-se tanto por intermédio de serviços próprios do contratado quanto através de uma rede conveniada, caso em que o contratado remunera os serviços profissionais e hospitalares prestados ao segurado. Essas empresas médicas funcionam como administradoras de planos de saúde de tipo diversificado, para contratantes diferenciados (empresas, indivíduos ou famílias).

Quanto à modalidade cooperativas médicas, referidos autores²⁴⁹ afirmam:

Uma outra modalidade desse subsetor de assistência médica é a das cooperativas médicas, regidas e organizadas segundo as leis do cooperativismo. Nessas, os médicos (e outros profissionais da área da saúde) cooperados são, simultaneamente, sócios da cooperativa e prestadores de serviço. E recebem pagamento proporcional ao tipo e ao volume do atendimento, acrescido de um valor que procede do rateio do lucro final das unidades de um dado município.

Nas cooperativas médicas, a vinculação dos usuários também se faz mediante pré-pagamento a planos individuais, familiares e empresariais. Estas cooperativas, embora presentes em cerca de 80% do território brasileiro, têm organização predominantemente local / municipal; a quase totalidade deste segmento é constituída pelas UNIMEDs, organizadas, nacionalmente, na Confederação das UNIMED do Brasil.

Salienta-se ainda com base em referido Atlas que há uma concentração maior de Operadoras de Planos de Saúde e de domicílio de beneficiários na Região Sudeste, uma vez corresponder à região brasileira com o maior poder aquisitivo,

²⁴⁸KORNIS, George Edward; CAETANO, Rosangela. **Dimensão e estrutura econômica da assistência médica suplementar no Brasil**. Regulação e Saúde: Estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 2002, p. 35.

²⁴⁹Ibid., p. 48.

assim como centralizar um grande parque industrial e empresarial contratante de planos coletivos.

Em conformidade com dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁵⁰, em junho de 2015 havia 1.187 operadoras com beneficiários sendo certo que, 855 médico-hospitalares e 332 exclusivamente odontológicas.

Acerca das atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde em que pese formalizada por instrumentos firmados pelas partes contratantes, inúmeros fatores influenciam esta relação tais como fatores demográficos, regulatórios, socioeconômicos, epidemiológicos, tecnológicos e comportamentais, o que inclui a inflação, hábitos de vida mais saudáveis, aumento da expectativa de vida da população brasileira, dentre outros, gerando incertezas para o mercado da saúde suplementar.

Estes fatores externos à relação contratual e que influenciam diretamente nos custos é motivo de preocupação, pelas operadoras de planos de saúde, com o equilíbrio econômico-financeiro das carteiras que dependem do financiamento solidário de seus associados para a sua manutenção.

Soma-se como fatores ensejadores do desequilíbrio econômico-financeiro o ocasionado pelos próprios beneficiários, em caso de seleção adversa ou fraude, a má gestão pelas operadoras que administram esses recursos e até mesmo a regulamentação, sendo razões a serem ponderadas na administração do risco inerente à atividade mercantil da assistência à saúde.

Constata-se inclusive um aumento da demanda por terapias alternativas e medicamentos até então inusitados, como profissionais não-médicos e a procura por um atendimento diferenciado, através de uma qualidade superior das instalações inclusive, o que não é proporcionado pelo Estado.

A fim de elucidar o *modus operandi* dos agentes inseridos na prestação da saúde suplementar passa-se a discorrer, sinteticamente, acerca de tais condutas²⁵¹:

Os consumidores demandam serviços de operadoras de planos de saúde como forma de financiar futuras necessidades de atendimento

²⁵⁰ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Programa de monitoramento da garantia de atendimento**: resultado do 14º. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/PPT_Monitoramento_14Ciclo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁵¹CADERNOS DO CADE. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercado de Saúde Suplementar**: condutas. 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Cadernos%20do%20Cade%20%E2%80%93%20Mercado%20de%20Sa%C3%BAde%20Suplementar%20Condutas%20%E2%80%93%202015.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

(mercado de financiamento). Quando essa necessidade se materializa, os beneficiários de planos de saúde procuram os serviços prestados pelos médicos (mercado de serviços médicos). Contudo, a relação entre médicos e pacientes sofre influência da ligação entre médicos e planos de saúde, seja pelo pagamento de honorários das Operadoras de Planos de Saúde (OPS) aos médicos, seja pelo conhecimento que os médicos têm sobre as necessidades de atendimento dos pacientes. Conforme a indicação de tratamento proposta pelo médico, pode haver a necessidade de recorrer aos serviços de instituições de saúde, as quais, além de terem sua demanda fortemente influenciada pelos médicos, negociam preços com as operadoras ou clientes diretos, e enfrentam situações de custos crescentes decorrentes de avanços tecnológicos e da rigidez da oferta de profissionais especializados (mercado de fatores de produção). Estes últimos, por sua vez dependem da oferta de ensino superior e técnico na área de saúde por instituições públicas ou privadas de ensino (mercado de educação profissional).

Interessante observar que as mudanças ocorridas na prestação dos serviços de saúde impactaram diretamente no perfil destes profissionais da área médica, uma vez que, antes se caracterizavam por serem profissionais liberais determinando sua remuneração, local e horários de trabalho, para se tornarem vinculados a alguma entidade pública ou privada, sustentando Mário Scheffer, Aureliano Biancarelli e Alex Jones F. Cassenote²⁵², que uma das fortes razões para tal mudança adveio da expansão das atividades da iniciativa privada relativas aos planos e seguros de saúde, bem como à expansão do Sistema Único de Saúde.

3.4 Da classificação dos planos privados de assistência à saúde

O artigo 16 da Lei Federal nº 9.656/98 ao estatuir os elementos indispensáveis nos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos oriundos do plano privado de assistência à saúde, destacou o regime ou tipo de contratação, que poderá ser:

Art.16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

(...)

VII - o regime, ou tipo de contratação:

a) individual ou familiar;

²⁵²SCHEFFER, Mario. BIANCARELLI, Aureliano. CASSENOTE, Alex Jones F. **Demografia Médica no Brasil**: dados gerais e descrições de desigualdades. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Conselho Federal de Medicina, 2011, p. 117.

- b) coletivo empresarial; ou
- c) coletivo por adesão.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por seu turno, em 14 de julho de 2009, editou a Resolução Normativa (RN) nº 195, a qual, por meio de seu artigo 2º, classificou os planos privados de assistência à saúde em:

- Art. 2º Para fins de contratação, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em:
- I – individual ou familiar;
 - II – coletivo empresarial; ou
 - III – coletivo por adesão.

O plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é de livre adesão às pessoas naturais, com ou sem grupo familiar, encontrando-se regulamentado no artigo 3º da Resolução Normativa (RN) nº 195 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo certo que, no caso de plano familiar, a extinção do vínculo do titular não decorre, necessariamente, o término do contrato, uma vez que os seus dependentes inseridos no plano terão direito à manutenção das condições contratuais, desde que assumidas as respectivas obrigações.

No tocante ao plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial corresponde aquele disponibilizado a um grupo de pessoas delimitado e vinculado à determinada pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária, nos exatos termos do artigo 5º da Resolução Normativa (RN) nº 195 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

E acerca do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão tem-se por aquele conferido a um determinado grupo de pessoas que mantenham um vínculo com pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial específicas, conforme salienta o artigo 9º da Resolução Normativa (RN) nº 195 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

- Art. 9º Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:
- I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;
 - II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;
 - III – associações profissionais legalmente constituídas;
 - IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;
 - V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985;

Em relação à diferenciação entre os planos privados de assistência à saúde coletivos empresariais e por adesão, Juliano Couto Macedo²⁵³ afirma:

Há que ser consideradas as diferenças apontadas nos planos coletivos empresariais e por adesão. Todavia, a legislação apresenta algumas disposições comuns aos planos coletivos. Dentre elas podemos destacar que para vínculo de beneficiários aos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial não serão permitidas quaisquer outras exigências que não as necessárias para ingressar na pessoa jurídica contratante. Outro dispositivo em destaque é a vedação de exclusão dos beneficiários, exceção feita aos casos de fraude e perda do vínculo (ressalvados os dispositivos à manutenção temporária do contrato em razão do tempo de trabalho).

Interessante, igualmente, apontar a sutil distinção entre o regramento incidente às operadoras de planos de saúde individuais daquelas de planos coletivos. O legislador propicia uma regulamentação mais branda para estas uma vez que parte do pressuposto de que a pessoa jurídica contratante dos prêmios de planos coletivos apresenta condições semelhantes às operadoras para entabular os termos do contrato particular de prestação de assistência à saúde. Noutro vértice, em relação às operadoras de planos de saúde individuais, a regulamentação é mais rígida, ante a presunção de desequilíbrio de forças no momento contratual.

Tal fato é constatado exemplificativamente através dos reajustes anuais de preços, em que as operadoras de planos de saúde coletivo estão dispensadas de solicitar autorização à Agência Nacional de Saúde Suplementar, diversamente das operadoras de planos de saúde individual, em que a solicitação é *conditio sine qua non* para o reajuste.

3.5 Da necessária regulamentação sobre saúde suplementar

Com o ingresso igualmente das seguradoras no mercado de planos e seguros volvidos à saúde, houve um aumento do número de pessoas optantes pelos planos e seguros privados ao invés dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde, refletindo uma maior visibilidade na insatisfação pelo prêmio ofertado pela iniciativa

²⁵³MACEDO, Juliano Couto. **Planos coletivos de saúde**: restrições contratuais às novas conquistas médicas. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 2014. p. 38.

privada, em específico, a interrupção de atendimento, negativas injustificadas de cobertura para determinados procedimentos e aumento de preços de forma desmedida.

Por conseguinte a insatisfação dos usuários dos serviços de saúde suplementar prestados refletiu no aumento de ações judiciais, amparados nos dispositivos insertos no Código de Defesa do Consumidor, haja vista que, antes de 1998, não havia legislação específica regulamentando as atividades dos planos e seguros privados de assistência à saúde, o que ensejou uma cobrança dos usuários, assim como das associações de defesa dos consumidores para que houvesse a regulamentação e fiscalização da atividade gerida pela saúde suplementar a inibir os abusos até então perpetrados.

Conforme sustenta Mariângela Sarrubbo Fragata²⁵⁴:

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

Tais fatores desencadearam projetos pontuais com o fito de regulamentar as atividades dos planos e seguros de saúde, dando ênfase em dois pontos em específico: (i) a ampliação de cobertura, relativo a procedimentos e faixa etária; (ii) ressarcimento monetário do atendimento a clientes em instituições públicas.

Nesse desiderato, em 03 de junho de 1998 foi promulgada a Lei nº 9.656/98, que regulamentou a atividade dos planos e seguros privados de assistência à saúde, definindo as responsabilidades, sendo certo que, posteriormente, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), através da promulgação da Lei nº 9.961/2000.

Segundo José Carvalho de Noronha, Luciana Dias de Lima, e Cristiani Vieira Machado²⁵⁵, o conjunto normativo formalizado através da Lei nº 9.656/98, em síntese:

²⁵⁴FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In. MARQUES, Cláudia Lima, et al. (coords.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 177-178.

²⁵⁵NORONHA, José Carvalho de., LIMA, Luciana Dias de., MACHADO, Cristiani Vieira. **A gestão do Sistema Único de Saúde: características e tendências**. Saúde no Brasil - Contribuições para a Agenda de Prioridades de Pesquisa/Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 45-88.

- Estabelece normas para a constituição de operadoras de planos e seguros de saúde.
- Obriga o registro de produtos, isto é, as características dos planos comercializados.
- Estabelece planos de referência hospitalar, ambulatorial e odontológica, com garantias de cobertura a todas as doenças e problemas de saúde incluídos na Classificação Internacional de Doenças (CID).
- Determina regras para períodos de carência de cobertura, doenças preexistentes, limitação de tempos de internação, aumento de preços entre outros aspectos.
- Cria a Agência de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde, para supervisionar e expedir normas complementares para a regulação do setor.
- Cria o Conselho de Saúde Suplementar (Consu) constituído pelo Ministério da Saúde, Justiça e Fazenda e autoridades da Fazenda e da Saúde.

A promulgação de referida Lei representou um grande avanço e uma vitória aos usuários de referidos préstimos, haja vista a ampliação e padronização das coberturas a serem ofertadas pela iniciativa privada fazendo com que a concorrência entre as operadoras ficasse limitada apenas nos preços e modelos de regulação do acesso de clientes e médicos à utilização de procedimentos, não mais sobre categorias diferenciadas de coberturas.

Necessário salientar que, com o ingresso da Lei nº 9.656/98, iniciou-se um intenso monitoramento sobre as atividades desenvolvidas pelos agentes que atuam no setor da saúde suplementar, tais como autorização para o seu exercício, constituição de capital mínimo para atuar no segmento, transparência no exercício mediante a publicação de seus balanços contábeis, tudo em conformidade com o disposto no artigo 197 da Constituição Federal²⁵⁶.

Com a publicação de referida Lei, duas situações jurídicas surgiram inicialmente, uma vez que o artigo 35-E trazia em seu bojo normas disciplinando os contratos firmados antes da promulgação de referida Lei.

Tal dispositivo legal ensejou discussão judicial, uma vez que ofuscava o disposto no artigo 5º, XXXVI, CF, o qual sustenta que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, nem tampouco, o direito adquirido, sendo certo que o Supremo

²⁵⁶Art. 197. CF. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Tribunal Federal, em 21 de agosto de 2003, ao julgar a liminar da ADI nº 1.931²⁵⁷ proposta pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos, e Serviços (CNS), reconheceu, inicialmente, a inconstitucionalidade de referido dispositivo legal, suspendendo a aplicabilidade da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados antes de 02 de setembro de 1998²⁵⁸.

De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁵⁹, até agosto/2015, 89,1% dos beneficiários de planos de assistência médica corresponde à contratação posterior à Lei nº 9.656/98, sendo certo que apenas 10,9%, corresponde à contratação anterior.

Nesse diapasão, os contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98 são regidos especificamente pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que os contratos firmados depois da vigência da Lei nº 9.656/98, aplicam-se a lei específica em comento e, de forma subsidiária, o regramento do Código de Defesa do Consumidor, conforme disposto no artigo 35-G, da Lei 9.656/98²⁶⁰:

“Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”.

Acerca da vigência da Lei nº 9.656/98, imperioso se faz tecer alguns apontamentos a fim de explicitar, rigorosamente, a data em que referida norma entrou em vigor.

A Lei nº 9.656/98 foi publicada no Diário Oficial da União em 04 de junho de 1998²⁶¹, sendo que o seu artigo 36 determina uma *vacatio legis* de noventa dias, culminando na data de 02 de setembro de 1998.

²⁵⁷Até a presente data, 11 de outubro de 2015, o julgamento de referida ação não havia se findado. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189>>. Acesso em: 11 out. 2015.

²⁵⁸Artigo 36 da Lei nº 9.656/98.

²⁵⁹ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Dados Consolidados. Saúde Complementar.** Ago. 2015. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi4w_Ck9anKAhVBHZAKHT6DBtUQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ans.gov.br%2Fimages%2Fstories%2F Materiais para pesquisa%2FPerfil setor%2FDados e indicadores do setor%2FDados-Consolidados-Saude-Suplementar-ago15.ppt&usq=AFQjCNEiVZDPOQ-SkI12WNfh7AeiDvO6CQ&sig2=fSLiwQUIMLHWllrrGGrb-w&bvm=bv.111677986.d.Y2I>. Acesso em: 24 dez. 2015.

²⁶⁰BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 24 dez. 2015.

²⁶¹Ibid.

Entretanto a Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001 alterou o artigo 12, §1º da Lei nº 9.656/98, impondo o prazo de 120 dias, contados da vigência da Lei, para que as operadoras de planos de assistência à saúde deixassem de comercializar os planos antigos. Nessa senda, durante o interregno compreendido entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, foram comercializados os planos antigo e novo, ficando obrigatório a comercialização apenas dos planos novos a partir de 1º de janeiro de 1999.

Uma das inovações mais significativas da Lei 9.656/98 para os usuários de planos de saúde (novos²⁶² e adaptados²⁶³) foi a estipulação de cobertura mínima de assistência à saúde, previamente fixada, de todas as doenças mencionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), formulada pela Organização Mundial de Saúde (OMS)²⁶⁴, ficando proibida a exclusão de patologias da cobertura fixada contratualmente.

Tem-se, ainda, a diferenciação de cobertura assistencial quando da contratação de planos de saúde pelas operadoras²⁶⁵: (i) plano referência, de que trata o artigo 10 da Lei nº 9.656/98, cujo oferecimento é obrigatório às operadoras de planos privados à saúde, com exceção²⁶⁶ das pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos, e, facultativamente; (ii) plano ambulatorial; (iii) plano hospitalar; (iv) hospitalar com obstetrícia; (v) odontológico e suas combinações.

Acerca de cada uma dessas modalidades, Amanda Salis Guazzelli²⁶⁷ afirma:

O plano ambulatorial compreende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, excluídos (i) a internação hospitalar ou (ii) os procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a

²⁶²Contratação ocorrida após a vigência da Lei nº 9.656/98.

²⁶³Planos de saúde firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98 e que foram migrados para a nova normatização.

²⁶⁴Art.10. Lei nº 9.656: É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei.

²⁶⁵Resolução Normativa - RN nº 387, de 28 de outubro de 2015.

²⁶⁶Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.656/98.

²⁶⁷GUZZELLI, Amanda Salis. **A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais**: uma análise a partir dos planos de saúde. Dissertação (Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 41.

doze horas ou serviços como unidade de terapia intensiva e similares;

Já o plano hospitalar envolve a cobertura de atendimento em todas as modalidades de internação hospitalar e atendimentos de urgência e emergência, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação;

O plano hospitalar com obstetrícia abarca toda a cobertura do plano hospitalar acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, à assistência ao parto e ao puerpério. Nesta modalidade, é assegurada, também, a cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto.

O plano referência, por fim, é o plano mais abrangente dentre os planos previstos em lei. Engloba cobertura assistencial ambulatorial, hospitalar e obstétrica, com padrão de enfermaria e centro de terapia intensiva ou similar, devendo a sua cobertura estender-se por todo o território nacional. Ele deve ser obrigatoriamente oferecido pelas operadoras. A única exceção que se faz diz respeito às empresas que prestam assistência à saúde pela modalidade autogestão.

Assim após a regulamentação das atividades privadas na saúde suplementar no mercado brasileiro restaram proibidas condutas outrora praticadas, tais como a imposição de limites de cobertura, a negativa em se segurar pessoas com doenças pré-existentes, dentre outras práticas consideradas como abusivas.

Tal regulamentação despontou como um grande avanço na sociedade brasileira e uma conquista aos beneficiários dos préstimos ofertados pela iniciativa privada quando da assistência à saúde, uma vez que antes de referido diploma infraconstitucional, a regulamentação da atividade de saúde suplementar se apresentava, praticamente, de forma individualizada, uma vez que, apesar de cada segmento do mercado de saúde suplementar adotar um conjunto de diretrizes básicas, apenas uma ínfima quantidade delas albergava de maneira uníssona o setor como um todo, o que gerava tensões sociais e desequilíbrios na relação contratual entre as partes.

3.6 Da fiscalização das atividades das operadoras de planos de saúde

Posteriormente à promulgação da Lei nº 9.656/98 foi criada através da Medida Provisória nº 1.928/99, convertida na Lei nº 9.961/2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Trata-se de uma autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, com autonomia política, administrativa e financeira, com decisões proferidas

através de uma diretoria colegiada. Seus membros têm mandatos definidos em lei, sendo certo que referida Autarquia detém poder normativo para a efetivação de suas resoluções.

Nesse sentido, a criação de referida Agência reguladora teve por finalidade tutelar a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, haja vista tratar-se de um direito social fundamental, regulamentando o segmento sob o viés econômico a fim de promover a livre concorrência e assim, proporcionar as melhores opções aos cidadãos.

A regulamentação do mercado de saúde suplementar visou assegurar o equilíbrio econômico-financeiro entre as prestadoras de tais prêmios, e, conseqüentemente, estimular a concorrência a fim de propiciar aos interessados melhores condições a um custo reduzido, principalmente a lei visou proteger o polo mais frágil, garantindo acesso aos bens e, conseqüentemente, condições de saúde dignas.

Além disso, a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária tem por finalidade, igualmente, observar a qualidade dos prêmios ofertados aos usuários de referidos serviços pela iniciativa privada, em especial, verificar se estão sendo cumpridos os ditames legais oriundo da Lei nº 9.656/98.

Insta salientar, igualmente, que após a regulamentação e controle pelo Poder Público das atividades desenvolvidas pela iniciativa privada na assistência à saúde, o mercado relativo à saúde suplementar tem crescido de maneira consistente em termos de beneficiários, conforme tabela abaixo, em que pese o número de operadoras tenha decrescido²⁶⁸, ante a postura firme e atuante da Agência Nacional de Saúde Suplementar:

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Jun/2003	31.715.480	3.877.443
Jun/2004	33.064.858	4.744.203

²⁶⁸ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar**: ano base 2014. V. 10, jun. 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Atlas/2014_atlas.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Jun/2005	34.357.440	5.815.727
Jun/2006	36.067.336	6.690.145
Jun/2007	37.871.485	7.860.029
Jun/2008	40.368.599	9.904.243
Jun/2009	41.682.920	11.926.215
Jun/2010	43.713.704	13.943.063
Jun/2011	45.735.629	15.842.552
Jun/2012	46.899.715	18.003.721
Jun/2013	48.432.584	19.068.016
Jun/2014	49.998.277	20.514.259
Jun/2015	50.516.992	21.526.467

Fonte: ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁶⁹

Insta salientar que a intervenção estatal nos dias atuais tem um viés regulatório do direito sanitário, com o fito de proporcionar uma maior atuação da livre iniciativa, estimulando a concorrência, bem como manter o direito do consumidor contra eventuais abusos perpetrados.

Nesse desiderato a promulgação de lei específica a disciplinar as atividades desenvolvidas pelos planos e seguros privados de assistência à saúde, bem como a regulamentação e fiscalização, por meio de Autarquias especiais assim criadas pelo ente estatal, a saber, Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), têm por finalidade garantir o equilíbrio entre as partes contratantes – operadoras de planos de saúde e os consumidores.

Fez-se a fixação de padrões de cobertura mínima, assim como a instituição de um plano-referência de comercialização obrigatório por todas as operadoras de planos de saúde, com exceção das pessoas jurídicas que mantenham sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que

²⁶⁹ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Dados e indicadores do setor.** Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 06/2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12 out. 2015.

operem exclusivamente planos odontológicos, disciplinando, de forma objetiva, clara e adequada^{270 271}, as exceções de tratamentos e procedimentos não contemplados em referido plano, insculpidas em rol taxativo, insertas nos incisos do artigo 10 da Lei nº 9.656/98.

Insta salientar a importância de referido artigo no contexto da saúde suplementar, uma vez que ele estabelece o plano-referência, com cobertura para todas as doenças, padronizando as exclusões de tratamentos e procedimentos, antes apontadas aleatoriamente pelas operadoras de planos de saúde, propiciando às partes contratantes critérios objetivos para a formulação das obrigações e direitos de ambas as partes.

Ou seja, a partir da Lei nº 9.656/98 e posteriores resoluções emanadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, foram instituídos regramentos específicos, por meio dos quais foram explicitadas as exclusões, em rol taxativo, de forma clara e adequada, sendo possível ao interessado na contratação de tais préstimos, a ciência prévia acerca daqueles tratamentos e procedimentos não contemplados no objeto contratual, isto é, procedimentos e tratamentos que não se obrigam as operadoras de planos de saúde no fornecimento.

Apesar dos avanços obtidos com a vigência da Lei nº 9.656/98 e da Agência Nacional de Saúde Suplementar, instrumentos os quais minoraram as imperfeições oriundas do segmento da saúde suplementar, tem-se que estas ainda estão presentes, conforme será detalhado no próximo capítulo.

Nesse mister, a regulamentação e a consequente fiscalização da atuação dos agentes no mercado da saúde suplementar se torna imprescindível para a preservação dos interesses daqueles que almejam a contratação por tais préstimos, minorando os efeitos maléficos resultantes da assimetria de informações, conforme salientado acima.

Atrelado a este objetivo, tem-se a manutenção do equilíbrio do mercado e sua consequente legitimação, advindas das medidas regulatórias impositivas para a preservação da solvência das operadoras de planos de saúde, assim como os meios de ressarcimento em caso de insolvência de uma instituição, sem que haja prejuízos

²⁷⁰Artigo 6º, III, Lei 8.078/90.

²⁷¹Resolução Normativa – RN ° 389, de 26 de novembro de 2015 da ANS, que dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, dentre outras matérias.

aos consumidores, preservando, noutro revés, tais instituições das externalidades advindas das transações correntes no mercado.

Ademais, a atuação da Agência Reguladora (ANS) consiste numa gestora de estratégia de fomento dos mercados, ao conciliar o desenvolvimento das atividades dos agentes envolvidos no mercado da saúde suplementar com os interesses e necessidades dos demais segmentos da atividade econômica brasileira.

Lígia Bahia²⁷², acerca da regulamentação e fiscalização do mercado de saúde suplementar afirma:

A criação da Agência de Saúde Suplementar (ANS) – anunciada como uma solução definitiva para as disputas interburocráticas entre a área econômica e a saúde – representa um desfecho favorável ao Ministério da Saúde, em um contexto no qual a imagem tradicional da área de ministério combatido, “pedinte” de recursos, se transmuta, perante os meios de comunicação e a opinião pública, em algo capaz de enfrentar as poderosas empresas de planos e seguros-saúde. A ANS, tal como a Agência de Vigilância Sanitária e suas congêneres, instituídas para regular monopólios estatais privatizados, possui autonomia orçamentária e decisória. No âmbito da saúde, as agências reguladoras se assemelham, no que diz respeito à estrutura organizacional, às dos setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo. Diferem, contudo, em relação à natureza das ações regulatórias. As agências dos setores de comunicações e energia voltaram-se à formação e diversificação dos mercados, enquanto que as da saúde surgiram a partir da expectativa de constituição de mecanismos estatais de fiscalização e controle de preços mais potentes.

Nesse viés, a regulamentação e fiscalização enfática e profunda das atividades geridas pelas operadoras de planos de saúde, oriundas a partir da Lei nº 9.656/98, reflete uma preocupação estatal, haja vista o objeto contratual referir-se a um dos direitos sociais fundamentais do Estado – saúde - bem como uma tensão destas instituições privadas na contenção dos elevados custos incidentes sobre tal atividade, haja vista que, diante de uma atividade econômica extremada pela oferta, dentro de um cenário mercadológico que estimula a “ramificação do paciente” por especialidades, mediante o consumo de tecnologia, o que ascende os custos a patamares elevados, é natural a preocupação das instituições privadas com a espiral crescente dos custos advindos.

²⁷²BAHIA, Lígia. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In: NEGRI, Barjas. GIOVANNI, Geraldo Di. (org). **Brasil**: radiografia da saúde. Campinas: UNICAMP, 2001, p. 329.

3.7 Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a possibilidade de a iniciativa privada atuar na assistência à saúde, evidenciou-se a necessidade de um marco regulatório específico no setor da saúde suplementar a fim de fiscalizar e regulamentar a atuação da iniciativa privada com o fito de proporcionar o equilíbrio contratual.

Tal necessidade se fez sentir, igualmente, em outros segmentos da economia, através da desestatização da indústria de base brasileira, mediante a assunção da iniciativa privada, ocasião em que foram criadas algumas agências reguladoras independentes, com a finalidade de garantir a eficiência do mercado, tais como ANATEL (Lei nº 9.472/97), ANP (Lei nº 9.478/97), ANEEL (Lei nº 9.427/96), ANVISA (Lei nº 9.728/97), ANA (Lei nº 9.984/2000), dentre outras.

Tal marco regulatório evidencia a intervenção estatal na economia a qual, diversamente das anteriores, teve por finalidade propiciar a elevação de sua racionalidade aumentando sua eficiência com o escopo final de maximizar o bem estar da sociedade brasileira ante os avanços no campo social com a Constituição Federal de 1988.

Acerca da regulação Marçal Justen Filho²⁷³ assim a conceitua:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é possível verificar o grau de importância da atuação das agências reguladoras, haja vista que a sua atuação incide sobre segmentos vitais para a economia e, conseqüentemente, para a sociedade, sendo certo que qualquer atividade de regulação impacta sobre os custos das atividades produtivas reguladas.

Acerca de suas características e importância no marco regulatório, Edson Nunes²⁷⁴ sustenta:

Às agências competem funções do Executivo, tais como a concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos. A elas são atribuídas funções do Legislativo, como criação de normas, regras,

²⁷³JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 456.

²⁷⁴NUNES, Edson. **Teias de relações ambíguas: regulação e ensino superior**. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). Universidade Candido Mendes (Ucam). Brasília, 2002, p. 23.

procedimentos, com força legal sob a área de sua jurisdição. Ao julgar, impor penalidades, interpretar contratos e obrigações, desempenham também, as agências, funções judiciárias.

Ainda quanto à regulação, que consiste em uma espécie de intervenção indireta no domínio econômico, ao lado da fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, sendo certo que o planejamento é vinculante para setor público e indicativo para o setor privado²⁷⁵, o artigo 174 da Constituição Federal preceitua:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em relação à previsão de órgãos reguladores na Constituição Federal de 88, mister salientar a existência de apenas dois artigos que disciplinam a temática. O artigo 21, XI, que afirma que compete à lei a criação de um órgão regulador quanto aos serviços de telecomunicações, e o artigo 177, §2º, III, que disciplina as questões envoltas à estrutura e atribuições de um órgão regulador do monopólio da União.

Ana Flávia Messa²⁷⁶, quanto às atividades estatais sob o viés de agente normativo e regulador, vaticina:

- a) Incentivo: é a concessão pelo Estado de incentivos e benefícios na área econômica. Noutros termos, a atuação estatal é no sentido de estimular ou apoiar a atividade econômica exercida pelos particulares. O incentivo pode ser dado por norma ou até por ato administrativo. Na política do incentivo, o Estado tem que velar pelo interesse público, não podendo satisfazer interesses exclusivamente privados, sob pena de ofender a isonomia, a livre concorrência e o próprio desenvolvimento do país;
- b) Fiscalização: é a limitação estatal na liberdade e propriedade dos particulares, para verificar a conformidade de atuação dos agentes econômicos na área econômica com as disposições normativas. O poder de fiscalização pressupõe o poder de regulamentação e gera a possibilidade de responsabilização e, por consequência, a aplicação de sanções;
- c) Planejamento econômico: é a fixação de diretrizes no setor econômico. O plano econômico tem natureza de ato administrativo normativo.

Nesse cenário, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro/RJ, com prazo de duração indeterminado e atuação em todo o

²⁷⁵FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 577.

²⁷⁶MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2013. p. 507-508.

território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, foi criada através da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Fúlvia Helena Gioia Paoli²⁷⁷ destaca as expressões “normatização” e “regulação”:

A atuação normativa evidencia-se pela expedição de preceitos, gerais e abstratos, que estipulam obrigação de fazer e não-fazer voltadas ao exercício da atividade econômica, enquanto a atuação reguladora se dá pela interferência concreta ou via normatização no campo do domínio econômico.

Sua natureza jurídica de autarquia especial, revestida da nomenclatura agência reguladora, é caracterizada pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, frisando a autonomia nas suas decisões técnicas e o mandato fixo de seus dirigentes, hábil a lhe conferir a autonomia necessária a exercer os seus propósitos, em específico, a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, compatibilizando os interesses socioeconômicos às exigências fundamentais da Constituição Federal.

Assim, apesar do processo de desestatização praticado na década de 90, a saúde incorreu em um tratamento diferenciado, haja vista que ao Estado ainda compete proporcionar um serviço de saúde universal e gratuito, conforme preceitua o artigo 196, Constituição Federal, diferentemente dos demais setores da economia, em que as atividades estatais se limitaram a regulamentar e fiscalizar, ante a delegação à iniciativa privada.

André Ramos Tavares²⁷⁸ aduz:

Estado regulador é o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação efetiva diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo, abandonar totalmente os setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando a conduta privada.

O ente estatal, através da regulamentação do setor da saúde suplementar, promove a instituição de inúmeros meios de orientação e regulação da economia, sem que tal conduta transforme a atividade econômica em uma atividade pública.

Assim, ao instituir a agência reguladora (ANS), o ente estatal reforça a ideia de titularidade da iniciativa privada na saúde suplementar, nos termos em que

²⁷⁷PAOLI, Fúlvia Helena Gioia. Intervenção do Estado na Propriedade Privada. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 447.

²⁷⁸TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.p. 299.

preceitua o artigo 199, Constituição Federal/88, impulsionando e estimulando a concorrência no mercado de saúde suplementar, haja vista que as agências reguladoras, como um todo, se consubstanciam em um poderoso recurso do Estado Neoliberal para estimular a competição.

Tem-se por imprescindível a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar ao pautar-se em propiciar a liberdade de atuação no mercado respectivo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal²⁷⁹ já preconizou que o Estado, após ter reconhecido os direitos fundamentais, se obriga a efetivá-los, bem como preservá-los, sob pena de transgressão do texto constitucional.

Por essa razão específica, atuação concomitante do Estado e da iniciativa privada, o modelo de regulamentação do setor deve conciliar os propósitos das duas esferas (público e privada) prestadoras do serviço, evidenciando a especificidade dos propósitos do mercado da saúde suplementar.

Nesse mister, diante das peculiaridades inerentes ao segmento da saúde suplementar, em que pese ser concebido como serviço de relevância pública, não pode ser dissociado de seu intuito econômico, uma vez que a própria manutenção do mercado da saúde suplementar exige a devida atenção ao incremento na evolução dos mercados, devendo ser observado as finalidades econômicas almejadas pelas operadoras de planos de saúde associadas aos anseios do Estado através da implantação de políticas públicas sob o viés da justiça social.

Isto é, a Agência Nacional de Saúde Suplementar deve conciliar a atuação da iniciativa privada com as diretrizes estatais, fulcrada nos direitos sociais e ordem econômica, conforme preconizam os artigos 6º e 170, ambos da Constituição Federal, sendo certo que esta atuação deve permitir que as operadoras de planos de saúde possam se perpetuar no tempo, mediante a sua sustentabilidade econômico-financeira, e não como instrumento estatal para ampliar a responsabilidade das operadoras de planos de saúde nos moldes do Sistema Único de Saúde, o que torna inviável a atividade.

Para tanto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar se utiliza de inúmeras estratégias para cumprir fielmente a fiscalização econômico-financeira e médico-assistencial das operadoras de planos de saúde, paralelamente ao apoio aos beneficiários dos planos de saúde, mediante parcerias com os órgãos de defesa do

²⁷⁹ARE 639337 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011.

consumidor, se consubstanciando, primordialmente: (i) no atendimento às denúncias e consultas realizadas pelos consumidores; (ii) na exigência de registro junto à ANS das entidades que operam no mercado de saúde suplementar, a fim de verificar a capacidade econômica e financeira hábil a honrar os contratos firmados com seus contraentes; (iii) análise técnica dos prêmios ofertados, com o fito de observar se estão sendo atendidas as determinações dos entes normativos das ações de Medicina e Saúde; (iv) na integração com o SUS mediante o ressarcimento pelas operadoras de planos de saúde ao SUS, pelos atendimentos que este realizar em usuários dos planos daquelas.

É possível observar os esforços intensos impingidos por referida agência com o objetivo de proporcionar aos consumidores uma relação mais equânime perante as operadoras de planos de saúde, conforme noticiado pela Superintendência de Seguros Privados²⁸⁰:

A Superintendência de Seguros Privados (Susep) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) assinaram termo de cooperação técnica, com o intuito de instituir e disciplinar o intercâmbio de informações entre ambas autarquias, bem como a transferência mútua de tecnologia aplicada à supervisão das duas alçadas. O acordo, que tem como foco principal a proteção dos direitos dos consumidores, também prevê eventual coordenação nas ações de monitoramento de operadoras de saúde ligadas a grupos seguradores.

O intercâmbio de informações tem por objetivo prover as partes de dados, esclarecimentos e técnicas que permitam um melhor acompanhamento do desempenho operacional, econômico e financeiro das instituições sujeitas à fiscalização das duas autarquias.

O termo será administrado por uma comissão integrada por quatro servidores da Susep e outros quatro da ANS. Os servidores deverão se reunir, ordinariamente, pelo menos uma vez a cada semestre, a fim de avaliar o desempenho do termo.

Caberá tanto a Susep quanto à ANS fornecer informações válidas e atualizadas, quando solicitadas pela comissão, além de processar e fornecer, em tempo hábil, dados necessários à execução do termo.

Tem-se que, desde sua criação, inúmeras resoluções e instruções normativas foram editadas a fim de regulamentar e fiscalizar a atuação das operadoras de planos de saúde e assim, obter o equilíbrio nas relações de todos os atores envolvidos no setor da saúde suplementar (planos de saúde, médicos, hospitais,

²⁸⁰SUSEP. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS PRIVADOS. **SUSEP e ANS assinam termo de cooperação técnica**. 31 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/susep-e-ans-unem-se-em-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 25 out. 2015.

laboratórios, clínicas), com o objetivo de construir, com a sociedade, um mercado sólido, equilibrado e socialmente justo.

Interessante notar que, através da criação da Agência Nacional de Saúde (ANS), medidas foram tomadas, para transformar o segmento, até então insolvente e descapitalizado, em um mercado com maior credibilidade e confiança para as pessoas interessadas em contratar tais préstimos, em específico através da RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) nº 77/2001, que instituiu critérios de garantias financeiras a serem observadas pelas Operadoras de Planos de Saúde.

Insta salientar que a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é extremamente ativa, com intensas atividades fiscalizatórias e regulatórias em estrito cumprimento ao seu escopo, através de disposições que denotam um viés cogente, imperativo e impositivo pelo qual o ente estatal se faz atuar sobre as atividades da iniciativa privada.

Carlos Octávio Ocké-Reis²⁸¹ aponta a via possível para a superação das dificuldades vislumbradas no segmento em comento:

A possibilidade de o interesse público – como preceito normativo da ANS – servir de eixo organizador para um programa de reforma das operadoras do mercado de planos pressupõe a superação do pragmatismo da ANS, bem como mudanças no modo regulatório de caráter constitucional, confrontando a norma que designa a assistência à saúde como livre à iniciativa privada. A hipótese subjacente reside na percepção de que esse novo quadro institucional lançaria as bases para a elaboração de um contrato social regulatório visando, a um só tempo, à aplicação específica do direito de acesso à saúde no mercado à perspectiva de unicidade do SUS (integrado, de fato, os sistemas público e privado em um único sistema). [...]

Em termos mais corretos, a diretoria colegiada da ANS, o Conselho de Saúde Suplementar (Consu) e o Conselho Nacional de Saúde (CNS) precisariam negociar o conteúdo, a forma e o ritmo das ações regulatórias, caso se queira suplantar a já difícil tarefa de parametrizar contratos de direito privado, mas agora também em direção à salvaguarda do interesse público. De certa forma, esse tipo de arranjo ficaria favorecido, porque as agências no setor saúde são as únicas em que o contrato de gestão é mandatário em relação à diretoria colegiada (Pereira, C., 2004), servindo como mecanismo formal de controle, que acaba por preservar os interesses do Poder Executivo (Ministério da Saúde) mesmo diante da independência relativa da ANS.

Igualmente, as instâncias consultivas da agência reguladora, que funcionam como instâncias de participação social (a Câmara de Saúde Suplementar, as câmaras técnicas, as instâncias de consulta,

²⁸¹OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS o desafio de ser único**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 121-123.

a audiência pública e a ouvidoria) poderiam ser ampliadas e algumas delas dotadas de poder de decisão [...]. Essas transformações visariam fortalecer o controle social sobre a Agência [...]. O projeto político-institucional da ANS, mediado pelo interesse público, passaria necessariamente pelo debate com a sociedade civil organizada.

Alinhando os pensamentos e aprofundamento a temática em apreço, tem-se que, a incapacidade fiscal/orçamentaria estatal a viabilizar a dignidade da pessoa humana ensejou a transmutação em um Estado regulador da Ordem Econômica, restando enaltecido, por Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁸², a missão estatal em tutelar e promover os princípios da ordem econômica constitucionalmente assegurados:

A conjugação da liberdade econômica com a legalidade representa, afinal, um conjunto de princípios e fundamentos que delineiam, juridicamente, o perfil constitucional das relações entre Estado e sociedade no que se refere à intervenção estatal na economia. Isto, no entanto, obviamente, não é suficiente. É preciso ter-se em conta a dimensão muito mais ampla da intervenção do Estado no domínio econômico que, para além dos aspectos reguladores e organizacionais, repercute seriamente na escalada de poder e dominação típica da tecnoburocracia contemporânea.

Perfilhando de igual entendimento, transcrevem-se, *ipsis litteris*, as razões fático-jurídicas visualizadas pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux²⁸³²⁸⁴, ao cancelar a jurisdição em concreto:

A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988).

Diógenes Gasparini²⁸⁵sustenta:

As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por

²⁸²FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento de Preços. **Revista de Direito Público**, n. 91, 1989 p. 79

²⁸³RECURSO ESPECIAL Nº 926.140 - DF.

²⁸⁴Recurso Extraordinário nº 648622 DF.

²⁸⁵GASPARINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 629-630.

aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que "O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado". Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção não de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

Nesse diapasão, tem-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, exerce o encargo que lhe é atribuído com a eficiência, nos exatos termos dos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal/88, ao regular e fiscalizar as atividades dos planos de saúde.

Corrobora tal argumento quando analisado o atendimento das reclamações dos consumidores de planos de saúde, por meio dos inúmeros canais em que são proporcionados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, podendo culminar na suspensão e interrupção de comercialização, pelos planos de saúde, até que estas instituições se adequem aos propósitos delineados pela referida agência reguladora, conforme tabela abaixo:

Figura 1 – Histórico do Monitoramento da Garantia de Atendimento.

Ciclo	Período	Total de Reclamações	Operadoras com planos suspensos no período	Planos suspensos no período
1º ciclo	19/12/2011 a 18/03/2012	2.981	0	0
2º ciclo	19/03/2012 a 18/06/2012	4.682	37	268
3º ciclo	19/06/2012 a 18/09/2012	10.144	38	301
4º ciclo	19/09/2012 a 18/12/2012	13.600	29	225
5º ciclo	19/12/2012 a 18/03/2013	13.648	0	0
6º ciclo	19/03/2013 a 18/06/2013	17.417	26	246
7º ciclo	19/06/2013 a 18/09/2013	15.158	41	150
8º ciclo	19/09/2013 a 18/12/2013	17.599	47	111
9º ciclo	19/12/2013 a 18/03/2014	13.079	36	161
10º ciclo	19/03/2014 a 18/06/2014	13.009	28	123
11º ciclo	19/06/2014 a 18/09/2014	12.031	16	65
12º ciclo	19/09/2014 a 18/12/2014	13.921	11	70
13º ciclo	19/12/2014 a 18/03/2015	11.007	22	87
14º ciclo	19/03/2015 a 18/06/2015	11.867	15	73

Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁸⁶.

Conforme salienta José Carlos de Souza Abrahão²⁸⁷, diretor-presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS):

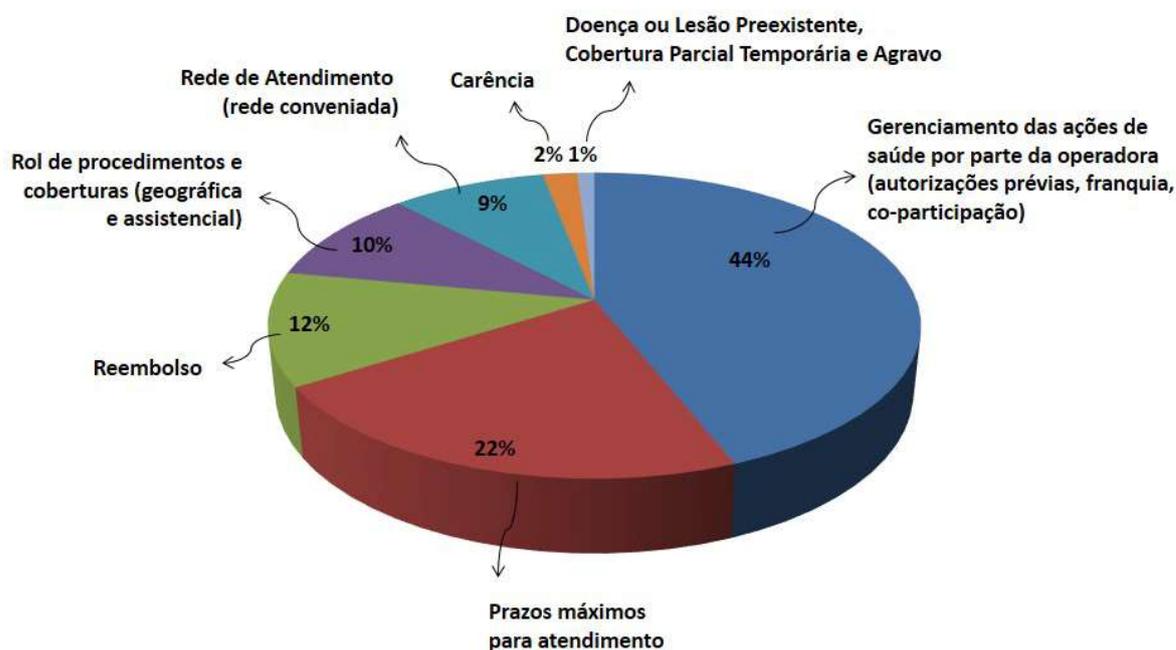
A suspensão da comercialização de planos de saúde é uma das medidas preventivas aplicadas pela ANS para induzir as operadoras a melhorar a qualidade do atendimento prestado aos beneficiários de planos de saúde. Este acompanhamento junto às operadoras de planos de saúde é permanente e contínuo, e a divulgação dos dados apurados é feita pela ANS a cada três meses.

Interessante constar, ainda, que a própria agência reguladora dispõe de meios para concretizar a mediação dos conflitos instaurados e, assim, proporcionar uma rápida solução dos conflitos aos usuários dos planos de saúde, cujas deficiências foram agrupadas em 07 (sete) segmentos, conforme quadro abaixo:

²⁸⁶ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS suspende comercialização de 73 planos de saúde de 15 operadoras**. 14 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2965-ans-suspende-comercializacao-de-73-planos-de-saude-de-15-operadoras>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁸⁷Ibid., 2015.

Figura 2 – Perfil de reclamações no 14º ciclo (em %).



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁸⁸

Tais reclamações são devidamente apuradas pela Agência Reguladora (ANS), franqueando às operadoras de planos de saúde o direito de se manifestarem acerca do ocorrido, podendo, inclusive, acompanharem as demandas, sendo certo que, para as hipóteses assistenciais, o prazo máximo para a adoção de medidas necessárias a corrigir as deficiências é de até 05 dias úteis e, nas hipóteses não assistenciais, 10 dias úteis, em ambos os casos computados a partir do primeiro dia útil seguinte à notificação, sendo certo que o índice de solução de conflitos é de 87%, conforme salienta a Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁸⁹.

Ainda segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁹⁰, desde que os ciclos de monitoramento foram implantados, 1.140 planos de saúde de 155 operadoras foram suspensos e 976 foram reativados, demonstrando que as atividades de fiscalização e regulamentação vêm sendo desenvolvidas pelos

²⁸⁸ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS suspende comercialização de 73 planos de saúde de 15 operadoras**. 14 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2965-ans-suspende-comercializacao-de-73-planos-de-saude-de-15-operadoras>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁸⁹ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Programa de monitoramento da garantia de atendimento: resultado do 14º**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/PPT_Monitoramento_14Ciclo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁹⁰Ibid., 2015.

agentes respectivos, sendo possível inferir, igualmente, um decréscimo no número de reclamações dos usuários de referidos planos de saúde, refletindo uma maior conscientização das operadoras de planos de saúde, através de um ajustamento da conduta ao comando regulatório respectivo, culminando em uma maior satisfação dos usuários.

CAPÍTULO QUARTO

O ATIVISMO JUDICIAL: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

4.1 A atuação das operadoras de planos de saúde sob o viés constitucional

A saúde é um bem essencial de todos os povos, e reconhecido pelo Brasil, como um direito fundamental social, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, competindo ao Estado, por meio dos Poderes Públicos constituídos, a promoção de políticas socioeconômicas hábeis a reduzir o risco de doenças, mediante acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua proteção, promoção e recuperação, conforme artigo 196 da Constituição Federal.

A Constituição Federal impõe, ainda, ao Estado, o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, por meio de legislação infraconstitucional, nos termos de seu artigo 197, bem como a criação de um Sistema Único de Saúde (SUS) e respectivas diretrizes, conforme artigo 198.

Por meio dos dispositivos constitucionais retromencionados, é possível concluir que o direito à saúde é um direito fundamental social de aplicabilidade imediata e direta, nos exatos termos do artigo 5º, §1º, Constituição Federal, haja vista que seria inconcebível a dissociação vida e saúde, conforme sustenta Marcia Cristina Cardoso de Barros²⁹¹.

Apesar dos esforços impingidos pelo Estado na promoção à saúde, em especial, a regulamentação, fiscalização e controle sobre os serviços de saúde público prestados, por exemplo, com a edição da Lei nº 8.080/90 regulamentando o artigo 196 da Constituição Federal, diversas são as limitações havidas, em regra, para a efetivação de referido direito fundamental, notadamente de ordem orçamentária a um nível satisfatório.

Em que pese a notoriedade da precariedade do serviço público prestado pelo Estado no tocante à promoção da saúde, ante os inúmeros reclamos da sociedade,

²⁹¹BARROS, Marcia Cristina Cardoso. **Contratos de Plano de Saúde: Princípios Básicos da Atividade**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6 – Judicialização da Saúde – Parte I, p. 290. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaoedasau de_290.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

oferta-se o posicionamento emanado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, quando da prolação de seu voto emitido no julgamento da STA 175-AgR/CE, publicado em 30/04/2010, a fim de elucidar o cenário da saúde pública brasileira:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem e nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.²⁹²

Assim, tem-se por evidenciado o terreno fértil à iniciativa privada em prestar a assistência à saúde, nos exatos termos do artigo 199, da Constituição Federal, ao lado da medicina pública, contudo, com propósitos diversos, haja vista o caráter universal e gratuito desta e o fim lucrativo almejado pelos prestadores de serviço privado de assistência à saúde.

Acerca deste propósito, observa-se o dever de submissão da atividade desenvolvida pelas operadoras de planos de saúde à regulamentação, fiscalização e controle pelo Estado, nos exatos termos do artigo 197, da Constituição Federal, ante a relevância pública do serviço prestado.

Nesse talante, a atuação da iniciativa privada à assistência à saúde somente é válida e legítima, sob a lupa do Estado Democrático de Direito brasileiro, quando atendidas às regulamentações emanadas pelo Poder Público competente para tanto, ficando suscetíveis à fiscalização e ao controle pelos órgãos públicos, em especial, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a fim de observar o cumprimento normativo incidente à espécie, haja vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos exatos termos do artigo 5º, II, da Constituição Federal.

²⁹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. Brasília, 12 a 16 de abril de 2010 N° 582.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

Apesar do objeto contratual firmado pelas operadoras de planos privados de saúde consubstanciar um direito fundamental social, tem-se por necessária a realização, do Poder Público em específico, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, da ponderação entre os princípios de ordem econômica incidentes sobre a relação contratual e aqueles que norteiam o direito à saúde, de modo que a convivência entre ambos seja harmônica, não se enfeitando a limitação na cobertura contratada e legalmente estipulada, uma vez que tal postura é inerente aos contratos de planos de saúde a fim de equilibrar a receita oriunda das prestações pecuniárias dos usuários e as despesas advindas dos serviços médicos prestados pelas operadoras.

Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, quando da análise de recurso interposto em face de operadora de plano de saúde:

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – PLANO DE SAÚDE – TUTELA ANTECIPADA – CIRURGIA – PROCEDIMENTO ELETIVO – RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – INEXISTÊNCIA – DOENÇA PREEXISTENTE – CARÊNCIA INFORMADA E CONTRATADA – LICITUDE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273, CPC – RECURSO NÃO PROVIDO. Sendo o procedimento cirúrgico recomendado pelos médicos que acompanham a paciente, de natureza eletiva, não há falar em urgência em tal tratamento. Logo, não está presente o requisito do risco de dano irreparável ou de difícil reparação apto a ensejar o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. **É válida a estipulação de cláusula de carência para a cobertura de cirurgia por doenças preexistentes, bem informada no contrato. Sendo válida a cláusula limitativa de cobertura, a autora não atende o requisito da verossimilhança na alegação de que tenha direito à cobertura, impondo-se a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.** Ausentes qualquer um dos requisitos concomitantemente exigidos pelo art. 273, CPC, quais sejam, prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento Cv. 1.0317.12.005081-8/001. Rel. Des(a) Márcia de Paoli Balbino. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 26.07. 2012 – publicação da súmula em 02.08.2012. (g/n)²⁹³

²⁹³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv: AI 10024140962291001 MG. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120546096/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024140962291001-mg/inteiro-teor-120546143>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

Acaso a limitação na cobertura contratada não encontre respaldo legal e, assim, fira o direito à saúde dos usuários dos planos de saúde, poderão estes conclamar o Poder Judiciário para que intervenha na relação contratual com o objetivo de declarar a abusividade manifestada pela operadora, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito ficará imune da apreciação judicial, conforme preceitua o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Isto é, o que não se pode permitir, e o Poder Judiciário tem a obrigação de coibir, fundado, em específico, no Código de Defesa do Consumidor, é a existência de cláusulas dúbias, omissivas ou abusivas nos contratos firmados pelas operadoras de planos de saúde e os interessados em seus préstimos.

De acordo com informações emanadas pelo Fórum do Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁹⁴, até junho de 2014 havia 330.630 ações em trâmite perante os Tribunais de Justiça estaduais e 62.291 ações em trâmite perante os Tribunais Regionais Federais, todas relacionadas à saúde privada, tendo por litigantes alguma operadora de planos de saúde e seus respectivos usuários.

4.2 Da relação contratual normativa incidente sobre a assistência privada à saúde

O contrato de assistência médica firmado pelos particulares com as operadoras de planos de saúde consiste em uma espécie de negócio jurídico, que tem por objetivo a autorregulamentação dos interesses dos envolvidos: basicamente, de um lado, assegurar aos consumidores de planos de saúde o acesso ao serviço de assistência médico-hospitalar contratado e, de outro, assegurar à fornecedora (operadora de planos de saúde), o equilíbrio entre a cobertura contratada e a contraprestação pecuniária respectiva.

Resta evidenciado a onerosidade da relação, ante a reciprocidade de obrigações das partes contratantes, uma vez que a assistência prestada pela operadora de planos de saúde é condicionada à contraprestação do usuário de tais

²⁹⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conheça direitos garantidos pela Justiça ao consumidor de planos de saúde**. 08 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80375-conheca-direitos-garantidos-pela-justica-ao-consumidor-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

préstimos, consistente na contribuição pecuniária e periódica à operadora que lhe assiste.

Observa-se a aleatoriedade do negócio jurídico ante a indefinição do evento (futuro e incerto), não sendo possível, ao menos a uma das partes contratantes, antever a vantagem que receberá condicionada à prestação respectiva.

Tem-se, ainda, por configurar uma relação de execução continuada, ante a fixação prévia entre as partes do período em que o negócio jurídico subsiste, período este em que o risco persiste, conforme salienta Juliano Couto Macedo²⁹⁵.

Assim, conforme já sustentava Clóvis Beviláqua²⁹⁶, o contrato é “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”, objetivando o contrato a pacificação e a segurança às partes contratantes quanto ao negócio jurídico celebrado, devendo ser regido por um complexo de atos normativos segundo as partes contratantes e o objeto contratual firmado.

Nesse sentido, em razão de o objeto contratual da assistência privada à saúde refletir em um direito fundamental social – saúde – e, assim, as ações e serviços de saúde consistirem na relevância pública noticiada na Carta Magna (art. 197, CF), mister a atuação do Poder Público na regulamentação, fiscalização e controle de tais atividades geridas pela iniciativa privada, tornando o conjunto normativo aplicável à espécie mais restritivo.

Assim, faz-se aplicável em tais relações a Lei nº 9.656/98, as Resoluções oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, assim como a Constituição Federal, salientando que, conforme já mencionado anteriormente, mediante o posicionamento externado em sede liminar pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 9.656/98 não incide sobre os contratos firmados anteriormente à sua vigência.

Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma nova leitura é realizada no ordenamento jurídico, ante a inclusão de diversos direitos sociais, refletindo no direito privado através da legislação infraconstitucional, em específico, no tocante à matéria que rege os contratos, a fim de propiciar às gerações futuras um nível de “dignidade jurídica” inovadora, conforme sustentado

²⁹⁵MACEDO, Juliano Couto. **Planos coletivos de saúde**: restrições contratuais às novas conquistas médicas. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 2014. p. 30.

²⁹⁶BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado. v. IV Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 194.

pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, na palestra de abertura da VII Jornada de Direito Civil, proferida em 28 de setembro de 2015 na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF)²⁹⁷.

Inicialmente observam-se as diretrizes constitucionais concretizadas no Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, no Código Civil, ocasionando profundas alterações na teoria dos contratos, haja vista o merecido destaque acerca dos princípios da boa-fé; equilíbrio econômico e a função social do contrato.

Tem-se, por conseguinte, na doutrina moderna, uma nova formatação da definição de contrato ante os contornos constitucionais, conforme salienta Paulo Nalin²⁹⁸, ao definir contrato como sendo:

A relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.

Assim, os princípios oriundos de uma ideologia liberal, de onde emergiu o modelo clássico de contrato, tais como os princípios da igualdade das partes, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade (liberdade contratual), da relatividade dos contratos (efeitos restritos às partes), sofreram uma reformulação a fim de adequá-los à nova realidade trazida pelo Texto Constitucional, haja vista a função social do contrato ora estabelecida²⁹⁹.

Ademais, a análise do contrato de plano de saúde deve se atentar não somente ao campo jurídico, mas também acerca do viés econômico, por serem complementares, conforme preceitua Enzo Roppo³⁰⁰:

O conceito de contrato não pode ser entendido, a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considera-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autónoma dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre eles, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais

²⁹⁷JUSTIÇA NACIONAL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil: Fachin defende interpretação constitucional de direitos civis em sintonia com a realidade contemporânea**. 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2015/setembro/vii-jornada-de-direito-civil-fachin-defende-interpretacao-constitucional-de-direitos-civis-em-sintonia-com-a-realidade-contemporanea>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁹⁸NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

²⁹⁹BIERWAGEN, Monica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

³⁰⁰ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes). Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-8.

cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito puro e exclusivamente jurídico).

Isto é, o fator econômico deve ser observado quando da análise judicial de um contrato, ante a intercomunicação entre o Direito e a Economia, uma vez que a sua consideração refletirá em uma maior possibilidade de efetivação dos objetivos jurídicos ínsitos ao contrato e, conseqüentemente, afastar as atividades que possam refletir na imposição, involuntária, de custos, sem que essa interdependência seja obtida através do sistema de preços (externalidades negativas).

Acerca do contrato firmado pelos planos de assistência à saúde, Arnaldo Rizzardo³⁰¹ salienta:

Uma pessoa deseja garantir a si e/ou aos seus familiares e outras pessoas indicadas contra as conseqüências de certos riscos sociais e pessoais, ou a assistência se ocorrerem. Para tanto, acorda com uma instituição, legalmente autorizada, mediante o pagamento de contribuições, a prestar a assistência em eventos que afetem a saúde, ou a efetuar a cobertura, em uma só vez ou em prestações através de certa importância em dinheiro, dos riscos previstos ou assinalados.

Para Amanda Salis Guazzelli³⁰², “os contratos de planos de saúde assemelham-se, pois, aos contratos de seguro, seguindo os mesmos princípios técnicos, econômicos, financeiros e atuariais”, emergindo, assim, o fator econômico inerente a tais contratos em razão da aplicação da teoria do seguro, o que corrobora com o pensamento de Enzo Roppo acerca do viés econômico do contrato.

Frise-se, outra vez mais, que as operadoras de planos de saúde consubstanciam empresas que realizam atividades econômicas e, assim, visam, como resultado final, o lucro. Assim, sendo o contrato firmado por referidas empresas tipicamente de seguro, é possível estipular cláusulas limitativas de responsabilidade em consonância com os ditames emanados da Agência Nacional de Saúde Suplementar, uma vez que o prêmio pago corresponde ao cálculo atuarial

³⁰¹RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 889.

³⁰²GUAZZELLI, Amanda Salis. **A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais**: uma análise a partir dos planos de saúde. Dissertação (Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 55.

acerca do risco assumido, tornando a limitação de responsabilidade em função do prêmio procedimento ordinário nos contratos de seguro.

Mister observar, ainda, que a intervenção estatal decorre, igualmente, da existência das denominadas “falhas de mercado”, que consistem nas imperfeições existentes em determinado segmento do mercado, com a finalidade de minimizá-las.

Conforme preceitua Aloisio Teixeira³⁰³ a relação mercantil acerca da assistência à saúde suplementar apresenta várias imperfeições dentre as quais se apontam: (i) assimetria de informações³⁰⁴ consideráveis entre os atores envolvidos na relação, em especial, médico-paciente; (ii) limitação de informações sobre a qualidade e os preços; (iii) práticas de discriminação de preços e; (iv) presença de externalidades negativas³⁰⁵⁻³⁰⁶.

Acerca de tais características, salienta Renata Gasparello de Almeida³⁰⁷:

Estas características acentuam a incerteza e limitam a realização de escolhas perfeitamente informada por parte dos agentes, operadoras e usuários, dando lugar a comportamentos oportunistas, como o risco moral³⁰⁸ e a seleção adversa³⁰⁹.

Necessário colacionar, igualmente, a definição de Stover (apud Saúde Complementar, 2007)³¹⁰ acerca da seleção adversa e do risco moral, e respectivos mecanismos indicados a atenuar tais fatores:

a) Seleção adversa ocorre quando indivíduos doentes, ou que pensam que vão ficar doentes, contratam o plano em número

³⁰³TEIXEIRA, Aloisio. Mercado e imperfeições de mercado: o caso da assistência suplementar. **Cadernos Saúde Suplementar**. 2º Ciclo de oficinas. ANS Suplementar. 2001, p. 4-22.

³⁰⁴Assimetria de informações: tal assimetria existe quando as partes de compra e venda, em uma transação, não compartilham conjuntos iguais de informação sobre o que estão negociando. Trata-se de algo particularmente frequente nas operações financeiras, em especial, nas operações de seguro.

³⁰⁵ Externalidades negativas: Correspondem a situações em que a ação de determinado indivíduo ou empresa prejudica, direta ou indiretamente, os demais indivíduos ou empresas.

³⁰⁶ALMEIDA, Renata Gasparello de. **O capital baseado em risco: uma abordagem para operadoras de planos de saúde**. (Dissertação) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2008.

³⁰⁷Ibid., 2008.

³⁰⁸Risco moral: Falha de mercado considerada como um tipo de assimetria de informação, surgida no mercado de seguros, que designa situações em que os incentivos aos indivíduos que contratam seguros para evitar o sinistro são baixos, ocasionando uma grande demanda do bem (seguro) maior do que a oferta. Por parte dos prestadores de serviços de saúde, o risco de comportamento moralmente inadequado está associado ao fato de que a receita do prestador cresce com o volume de atendimentos aos beneficiários o que pode ocasionar a realização de mais procedimentos do que o necessário ou a similar ocorrência que efetivamente não aconteceram.

³⁰⁹Seleção adversa: Falha de mercado considerada como um tipo de assimetria de informação, surgida no mercado de seguros, que indica situações em que as seguradoras cobram prêmios médios para populações com riscos diferenciados levando ao afastamento da população de menor risco (que considera o preço alto) e a concentração da população de alto risco (que considera o preço baixo).

³¹⁰SAÚDE SUPLEMENTAR. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007. p. 64.

desproporcional. Se muitos destes indivíduos entram no plano, então o programa pode falir, principalmente se a entrada é mais voluntária do que compulsória. Seleção adversa pode ser minimizada por meio das seguintes estratégias:

- Exigir exame médico anteriormente à admissão;
 - Exigir o cumprimento de carências.
- b)** Risco moral ocorre quando indivíduos utilizam desnecessariamente os serviços de saúde. Este assunto pode ser abordado por uma forte campanha de conscientização dos beneficiários e dos prestadores de serviços sobre o impacto financeiro adverso da utilização desnecessária. Outras medidas incluem:
- Exigir o pagamento de coparticipações e franquias;
 - Requerer autorização de prestadores acreditados anteriormente à prestação dos serviços.

Ainda em relação às deficiências de mercado, Marçal Justen Filho³¹¹ aponta cinco causas ensejadoras, refletindo sobre cada uma delas:

- a) Deficiência na concorrência: caracteriza-se quando não existe disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede que a concorrência econômica produza seus efeitos positivos. A deficiência de mercado pode derivar de vários fatores. O caso mais evidente reside no monopólio. Costuma-se denominar direito antitruste o conjunto de normas destinadas a prevenir e a reprimir a deficiência da concorrência.
- b) Bens coletivos (satisfação de necessidades especiais): o mercado não pode satisfazer necessidades fundamentais, tal como se passa na área de saúde, educação e assim por diante. Os mais desvalidos não dispõem de condições para se obter essas utilidades por meio do funcionamento espontâneo do mercado. O direito tem de regular essas atividades, se não for o caso de transformá-las em serviço público;
- c) Externalidades: é uma circunstância econômica cujo custo não está contido nos preços praticados. Usualmente, consiste na transferência (internacional ou não) para terceiros de custos inerentes à atividade econômica. Assim se passa quando o Estado (ou alguns agentes econômicos determinados) são obrigados a suportar despesas decorrentes da poluição causada por uma indústria. A regulação se orienta a evitar os efeitos danosos das externalidades;
- d) Assimetria de informação: significa, então, que diversos agentes que participam do processo econômico detêm diferentes graus de informação, o que indica que alguns dispõem de melhor condição do que os outros. A regulação busca neutralizar o fenômeno.
- e) Desequilíbrio de mercado: o processo de acumulação de riquezas, inerente ao capitalismo, propicia movimentos cíclicos. Há períodos de desenvolvimento a que se seguem épocas de crise, e assim por diante. A atividade empresarial conduz ao lucro e à sua incorporação ao patrimônio privado. Como efeito, há tendência à redução do ritmo de crescimento, o que acarreta desemprego – fenômeno agravado

³¹¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 470-472.

pelo acesso permanente de novos sujeitos ao mercado de trabalho. A alternativa de ciclos é inerente ao capitalismo, e não deriva de eventos externos marcantes. Isso conduz à concepção de que o Estado deve adotar as providências necessárias a eliminar o desequilíbrio, evitando as causas que conduzem à crise e propiciando fatores para o desenvolvimento.

Nesse desiderato, a assimetria de informações na saúde suplementar faz-se presente, uma vez que a nenhuma das partes envolvidas no contrato de planos de saúde (usuários e operadoras) é conferido o conhecimento integral dos riscos assumidos, haja vista que os usuários desconhecem a tecnicidade dos serviços prestados e, possivelmente, a integralidade das cláusulas contratuais ali assumidas, e, por outro lado, as operadoras de planos de saúde não conhecem os fatores de risco a que os usuários estão submetidos.

Como decorrência lógica desta assimetria de informações entre as partes contratantes, advém (i) a seleção adversa e; (ii) o risco moral. A seleção adversa ocorre quando a assimetria de informação incide, a priori sobre uma das partes. Nos contratos de assistência à saúde privada, consiste no fato de a operadora desconhecer o quadro clínico do usuário e, por tal motivo, parte do pressuposto do número de sinistros ocorridos na sociedade de modo geral e, também, o número de sinistros por segmentos, como faixa etária, hábitos pessoais (consumo de álcool, cigarro, sedentarismo, dentre outros fatores) para fixar um preço médio ao serviço que oferecerá.

Como já noticiado anteriormente, as operadoras de planos de saúde, na tentativa de minorar os riscos da atividade, negavam a contratação a determinado segmento de pessoas que apresentavam alto risco, tais como idosos, em razão do alto grau de sinistro incorrido, fato corrigido pela Lei 9.656/98, art. 14³¹².

Assim, diversamente das companhias de seguro, às quais é possível adotar medidas preliminares a minorar os efeitos da assimetria da informação, tais como a elaboração de questionários para conhecer hábito, atividades desenvolvidas do contratante, a Lei nº 9.656/98 trouxe a lume exigências às operadoras de planos de saúde, restringindo o conteúdo dos contratos, como se pode observar, por exemplo, da leitura do artigo 11³¹³, a fim propiciar às pessoas envolvidas nos contratos de

³¹²Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

³¹³Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de

planos de saúde suplementar, o máximo de informações relevantes acerca das variáveis inerentes à decisão que se deparam.

O risco moral ocorre após a celebração do contrato. Corresponde a uma tendência de alteração de comportamento das pessoas após firmarem o contrato de seguro, ficando exposta a um número maior de ocorrências de sinistros. Nessa senda, o risco deriva do comportamento “menos prudente” das pessoas em minimizar ou evitar o dano.

Nesse vértice, o risco moral nos contratos de planos de saúde reflete o que se observa quando os usuários se utilizam de um número maior dos préstimos médicos (consultas, exames, etc) do que se estivessem amparados apenas pelo Sistema Único de Saúde.

De acordo com Lucas Brunetti³¹⁴, a demanda no mercado de saúde suplementar no Brasil apresenta uma elevada assimetria na distribuição dos gastos:

Em primeiro lugar, existe um percentual da população que não realiza qualquer gasto médico durante grandes intervalos de tempo. Em segundo lugar, o restante da população apresenta gastos positivos muito assimétricos, com muitas pessoas com pequenos gastos e um pequeno grupo de pessoas com dispêndio de elevadas somas. Visto que os gastos médicos são imprevisíveis, surgem oportunidades para que os usuários alterem seu comportamento,

vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

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

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

³¹⁴BRUNETTI, Lucas. **Assimetria de informação no mercado brasileiro de saúde suplementar:** testando a eficiência dos planos de cosseguro. Dissertação (Mestrado) – Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – Esalq, Piracicaba, 2010. p. 28.

consumindo uma quantidade de serviços médicos maior por não arcar com os custos de suas ações.

No mercado de saúde suplementar é possível constatar outra característica: o mutualismo. Consiste na solidariedade entre os participantes na contribuição e constituição de um fundo com o objetivo de suportar eventuais necessidades que possa acometer um dos integrantes, haja vista que se torna mais plausível a coletividade suportar os efeitos das necessidades inesperadas do que o indivíduo isolado.

Assim, é possível observar que a distribuição dos encargos oriundos do custeio do sistema entre os seus usuários, reflexo advindo do princípio da solidariedade (mutualismo), permite a consecução do equilíbrio financeiro (receita e despesa) e atuarial (plano de custeio compatível ao plano de benefício) do sistema de saúde privada.

Apesar do viés constitucional sobre o direito contratual, em nítida convergência entre o direito público e o direito privado, fazendo com se amplie o sistema por meio de uma interpretação principiológica constitucional a fim de materializar o direito, tem-se que o sujeito passivo do direito constitucional relativo à prestação ilimitada de assistência à saúde é o Estado, por expresso comando constitucional (artigo 196, CF), e não os particulares no exercício da livre iniciativa econômica, sendo certo que os direitos de usuários de planos privados de assistência à saúde não irradiam diretamente da Constituição Federal, mas sim do contrato formulado, observado o dirigismo estatal incidente.

Por conseguinte, a prestação deficitária pelo Estado à saúde pública não pode justificar a transferência de referido dever constitucional, relativo à cobertura universal, gratuita e adequada, às operadoras de planos de saúde como forma de solucionar o problema social no âmbito da saúde.

Nesse sentido, Luiz Fux³¹⁵, atual ministro do Supremo Tribunal Federal:

É que subjaz sem resposta a seguinte indagação: Qual é o direito evidente da parte que pretende a internação para doença não coberta, em entidade não conveniada ou fora do prazo de carência estabelecida, havendo entidade pública própria ao atendimento esperado?

A resposta impõe-se pela negação, máxime se não olvidarmos as restrições após riscos aleatórios assumidos no contrato de seguro à saúde e à percepção de que a saúde é um dever do Estado que

³¹⁵FUX, Luiz. **Tutela de urgência e Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2000, p. 60-61.

dispõe de hospitais e de tratamentos tal como o pleiteado pelo cidadão, que tem ao seu alcance, repita-se, as duas vias: a pública e a particular.

(...)

Repassar o dever para o particular, mercê de desautorizado pela Carta Magna em função da necessária convivência harmônica entre a atividade estatal e a iniciativa livre e privada, rompe os princípios que norteiam o contrato de seguro e desequilibra a igualdade entre os contratantes posto desfalcar a economia das entidades em favor de um em detrimento de inúmeros outros beneficiários que pagam e cumprem religiosamente as suas limitações.

(...)

Sob esse enfoque é forçoso concluir que estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde, a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficiência estatal, não podendo atribuir-se às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica.”

Em que pese os esforços impingidos outrora por doutrinadores, tem-se que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, deflagrou-se um sistema jurídico aberto de cunho principiológico-constitucional, refletindo em uma crescente indeterminação jurídica, explicitada no campo legiferante por meio da utilização de expressões abertas e de princípios, passando o Poder Judiciário a adotar uma postura mais central neste novo cenário delineado.

4.3 Da efetivação do objeto contratual da saúde suplementar por meio do ativismo judicial

Passados mais de 25 (vinte e cinco) anos da promulgação da atual Constituição Federal, verifica-se que o texto constitucional firmou-se pela indeterminação dos preceitos constitucionais de modo geral, observado pela crescente conflitualidade interpretativa hegemônica, corroborada pela extensa discricionariedade inserta do Poder Judiciário atualmente.

Tem-se assim, uma tendência de alteração do paradigma de cidadania até então vigente, identificado outrora pela simples delegação eleitoral, transmudando-se para uma participação mais ativa ou indireta no rumo das políticas públicas, em especial aquelas voltadas à saúde, destacando-se a atuação marcante do Poder Judiciário neste novo cenário.

Saliente-se, ainda, como reflexo natural da inserção no texto constitucional de normas principiológicas, a posição de destaque do Poder Judiciário, através da

ampliação de sua atuação em áreas até então circunscritas aos Poderes Executivo e Legislativo, o que vem sendo denominado no meio acadêmico de judicialização.

A judicialização vem recebendo críticas de parte da doutrina pátria, fulcrada no argumento da ausência de legitimidade dos membros do Poder Judiciário, os quais não foram eleitos pela população, para definir questões de políticas públicas, apontando, em razão disto, a usurpação dos demais Poderes da República³¹⁶.

Matthew MacLeod Taylor³¹⁷, quando das considerações lançadas na conclusão de seu trabalho em testilha, assevera:

O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o *Rechtsstaat* ou *état de droit*. Ele decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes.

Referida transcrição revela apenas uma das inúmeras facetas da judicialização no Brasil, em específico, os reflexos advindos à Administração Pública quando da elaboração das políticas públicas, a qual é influenciada quando da leitura, pelo Poder Judiciário, no caso concreto.

Assim, o exercício legiferante e o judicial acerca do direito fundamental à saúde devem ser harmônicos com os preceitos da Medicina, que alberga peculiaridades que lhe são inerentes, haja vista a singularidade e exclusividade que se imputa aos médicos para referendar as temáticas sanitárias que lhes são ofertadas.

Contudo, os avanços na medicina não se fazem acompanhar pela regulamentação do direito fundamental à saúde, ocasionando a judicialização na política, mediante a intensa atuação de magistrados e tribunais, como um todo, na análise dos pleitos envolvendo, dentre outras pretensões, medicamentos e procedimentos não regulamentados pelos órgãos competentes, impactando, diretamente, no orçamento das entidades privadas prestadoras assistência à saúde por se tratar de uma externalidade negativa.

³¹⁶CECHIN, José (org. e coord.). **A história e os desafios da saúde suplementar**: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva, 2008.

³¹⁷TAYLOR, Matthew MacLeod. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 248.

Nesse sentir, é possível observar que o Direito e a Medicina se aproximam, uma vez que a saúde é um direito fundamental social, contudo, se distanciam, haja vista que os avanços da Medicina não são acompanhados, no mesmo ritmo, pela evolução legislativa e, conseqüentemente, contratual, inerentes à Saúde Suplementar.

Assim, observa-se uma franca expansão do protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário em searas de competência circunscrita ao Poder Legislativo e Poder Executivo, mediante a transferência do poder decisório destes Poderes para juízes e tribunais, conforme constatado por José Eisenberg³¹⁸, restando evidenciada tal atividade quando se analisa minuciosamente os votos proferidos pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, justificados pela função primordial da garantia do direito fundamental social à saúde, caminhando para uma “supremocracia”, com sustentado por Oscar Vilhena Vieira^{319 320}.

Acerca do intenso protagonismo do Poder Judiciário frente às políticas públicas, destaca Matthew Taylor³²¹:

Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a Adin, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas (Taylor, no prelo). Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar

³¹⁸EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 45.

³¹⁹NUNES, Walter. Oscar Vilhena – “Vivemos uma supremocracia”. **Revista Época**. 27 fev. 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>>. Acesso em: 27 set. 2015.

³²⁰Oscar Vilhena Vieira é Diretor da DIREITO SP, onde leciona nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito e Desenvolvimento. Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1988), Mestrado em Direito pela Universidade de Columbia, Nova York (1995), Mestrado e Doutorado em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (1991-1998) e Pós-doutorado pelo Centre for Brazilian Studies - St. Antonies College, Universidade de Oxford (2007). Foi Procurador do Estado em São Paulo, Diretor Executivo do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Crime (ILANUD), assim como fundador e Diretor da organização Conectas Direitos Humanos. É colunista do jornal Folha de São Paulo e membro de diversos conselhos de organizações da sociedade civil, entre os quais Instituto *Pro Bono* e *Open Society Foundations* (OSF). Na advocacia, tem se concentrado em casos de interesse público junto ao Supremo Tribunal Federal.

³²¹TAYLOR, Matthew MacLeod. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares no Senado e na Câmara. Mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da reforma foi um acontecimento crônico [...].

O protagonismo do Poder Judiciário se faz observar pelo aumento do número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADin's) intentadas, pela edição de súmulas vinculantes, bem como através dos fundamentos esposados nos julgados proferidos, fulcrados numa interpretação principiológica das normas constitucionais, resultando, em alguns casos, na desconsideração dos atos normativos emanados dos Poderes competentes (Legislativo e Executivo), conforme se extrai da polarização advinda da Súmula nº 102, do tribunal de justiça do Estado de São Paulo e o artigo 10 da Lei nº 9.656/98³²².

Acerca de referida atuação é imprescindível, nesse momento, o oferecimento das justificantes exaradas pelo então Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Edson Vidgal, quando da análise de recurso judicial interposto pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), registrado sob nº AgRg na SLS 163(2005/0128970-7 de 27/03/2006), para o fim de afastar a decisão judicial outrora proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, e manter a determinação emanada pela referida Agência:

Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotado para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar.

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, "se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos

³²²Súmula nº 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários” (REsp 572.070, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004).

Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em “Controle Judicial dos Atos Regulatórios”, anotando que: “se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos *necessários para o alcance* dos fins e interesses setoriais – despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado” (2005, fls. 272/275).

Igualmente, não se pode adentrar em sede de suspensão na discussão sobre ter ou não, os contratos antigos, maiores vantagens e custos do que os novos, o que justificaria, ao ver da ANS, a disparidade dos índices adotados para o reajuste, questão de mérito a ser ainda apreciada pelas instâncias ordinárias.

Enquanto as decisões judiciais se atêm ao direito, “a Administração é livre para eleger, detentor do amplo espaço em que cada caso lhe permitem a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito” (a.op. cit., p. 275).

Com isso em vista, atentando-se, principalmente, para os efeitos prospectivos da medida, o alto interesse público envolvido, ponderando-se, também, os riscos e os resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da Ação Civil Pública naquela Corte.³²³

Em que pese a alteração incorrida no ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição Federal de 1988, refletindo um sistema aberto fundado no caráter principiológico da norma, a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana em todas as esferas, tem-se que ao Poder Judiciário não compete a criação de obrigações contratuais inexistentes, uma vez que ao desconsiderar a autonomia da

³²³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na Suspensão de Liminar e Dse Sentença Nº 163 - Pe (2005/0128970-7). **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 19 dez. 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=584619&nreg=200501289707&dt=20060327&formato=HTML>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

manifestação de vontade balizada nos ditames emanados pela Lei e atos normativos oriundos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, desrespeitado está o ato jurídico perfeito e acabado (artigo 5º, XXXVI, CF), criando uma insegurança jurídica.

Parte da doutrina nacional postula pela adoção de uma postura científica da medicina, hábil a indicar os verdadeiros direitos prestacionais ao fornecimento de medicamentos, a fim de distinguir, racionalmente, o que poderá ser alcançado pela via judicial, daquilo que constará na discricionariedade do agente político, conforme preconiza Ricardo Lobo Torres³²⁴:

As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns - a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendam à população segundo as condições de idade, sexo ou domicílio. Qual é o cardíaco brasileiro que tem o direito de ser operado pelo Dr. Jatene? Qual o critério de justiça que deve presidir as opções fundamentais em torno da saúde? Essas questões, que constituem o cerne da discussão em torno da justiça local, estão inteiramente obscurecidas entre nós pela proclamação demagógica da universalidade e da igualdade no atendimento! [...] De notar que não se defende a extinção da universalidade do atendimento, mas a sua adequação ao sistema realista em que se mesclam e se somem as contribuições dos usuários, excluídos os pobres, e os aportes orçamentários financiados pela receita dos impostos.

Tem-se que observar, igualmente, que, atualmente, a conceituação de saúde e de doença compete quase que exclusivamente ao médico e, em razão disto, configura o profissional capacitado a indicar o tratamento médico pertinente.

Nesse viés, os usuários de planos de saúde enfermos, ao consultarem referidos profissionais e forem cientificados, pelas operadoras de planos de saúde, que o tratamento ou medicamento prescrito não está incluído ou regulamentado pelos Órgãos Públicos, em específico, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, e for negada a sua pretensão, ingressarão na esfera judicial a fim de ser contemplada sua pretensão, haja vista a indicação médica para tanto.

Assim, as decisões tomadas por tais profissionais apresentam uma enorme repercussão econômica, em nítida externalidade negativa, haja vista que as inovações tecnológicas, em sua grande maioria não contempladas pelas normas

³²⁴TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 183-185.

emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar e, conseqüentemente, não obrigatórias às operadoras de planos de saúde, apresentam um elevado custo, o que reflete, incisivamente, nos orçamentos das operadoras de planos de saúde as quais são obrigadas, judicialmente, a prestá-las, ainda que não obrigadas legalmente, sob pena de multa diária, comumente.

Apesar da perfunctória regulamentação infraconstitucional acerca das atividades desenvolvidas pelo setor de Saúde Suplementar, assim como da incisiva fiscalização de suas atividades desenvolvidas magistralmente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a fim de garantir os direitos dos usuários por tais préstimos, ainda assim se observa uma crescente demanda judicial por aqueles que se sentem lesados em seus direitos pela postura adotada pelas operadoras dos planos e seguros de saúde.

Vito Guglielmi, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando da análise do Recurso de Apelação nº 1009364-04.2014.8.26.0320, interposto pela Medical Cooperativa Assistencial de Limeira, afirmou em seu voto³²⁵:

Na medida em que, sob o apanágio do Código do Consumidor, se igualam, por força de decisões, os riscos assumidos, duas situações surgem, necessariamente. A primeira, direcionada à seguradora, a inviabilizar a atividade econômica. A segunda, direcionada a todos os consumidores, agravados no prêmio, pela verdadeira “socialização” dos eventuais prejuízos. Permite-se antever, sem dificuldade, que será mais cômodo optar pelos planos de menor prêmio e depois buscar o afastamento de todas as limitações. (TJSP – Ap.1009364-04.2014.8.26.0320 – publicado em 18/11/2015 – Des. Vito Guglielmi).

Acerca da judicialização de demandas cuja discussão deveria ficar circunscrita aos Poderes Legislativo e Executivo, Luiz Edson Fachin³²⁶, Ministro do Supremo Tribunal Federal, quando da palestra de abertura da VII Jornada de Direito Civil, ocorrida na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 28/09/2015, sustentou:

Se a Constituição abre para a codificação opções de sentido, também abre limites, e, é dentro desses limites que a interpretação

³²⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. Andamento do Processo n. 1009364-04.2014.8.26.0320 - Apelação - 17/11/2015 do TJSP. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/256962074/andamento-do-processo-n-1009364-0420148260320-apelacao-17-11-2015-do-tjsp>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³²⁶JUSTIÇA NACIONAL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil: Fachin defende interpretação constitucional de direitos civis em sintonia com a realidade contemporânea**. 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2015/setembro/vii-jornada-de-direito-civil-fachin-defende-interpretacao-constitucional-de-direitos-civis-em-sintonia-com-a-realidade-contemporanea>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

constitucional deve operar, num sentido substancialmente coerente com a ordem jurídica brasileira.

Coadunando com tal pensamento, Paulo Cesar da Silva Braga³²⁷ sustenta que:

A judicialização nada mais é do que a solução de questões políticas e sociais pelo Poder Judiciário – questões que, via de regra, deveriam ser solucionadas por outras esferas de competência constitucional, como o Legislativo e o Executivo.

A judicialização frente às inúmeras ações judiciais propostas, reflete a total dissonância com os preceitos legais e normativos traçados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, fazendo com que medidas sejam tomadas para auxiliar os agentes envolvidos.

Acerca do termo judicialização ou ativismo judicial, Italo Roberto Fuhrmann³²⁸ sustenta:

O termo “Judicialização” ou “Ativismo Judicial” pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva. Trata-se, em outros termos, tanto do controle jurisdicional da vontade do soberano *Hobbes* – exercido, tipicamente, pelo controle abstrato de constitucionalidade -, quanto pela aplicação direta da Constituição a determinadas situações.

José Cechin³²⁹, elucubrando acerca do tema, apresenta a sua definição:

A judicialização é a atuação cada vez maior do Poder Judiciário na definição de políticas públicas, ingressando em uma arena que é de responsabilidade do Legislativo e do Executivo e que envolve a avaliação dos critérios de oportunidade e conveniência das ações a ser tomadas.

Quanto às razões de transição de uma atuação periférica do Poder Judiciário, para uma postura mais central da democracia, Italo Roberto Fuhrmann³³⁰ afirma:

Vários foram os fatores à consecução desta guinada de posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, dentre as quais destacam-se o distanciamento progressivo das ações

³²⁷BRAGA, Paulo Cesar da Silva. **A responsabilidade civil do Estado pela violação ao direito fundamental à saúde pública suficiente**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 2012, p. 113.

³²⁸FUHRMANN, Italo Roberto. **A Judicialização dos direitos sociais e o direito à saúde**. Por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília: Consulex, 2014, p. 127.

³²⁹CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 187.

³³⁰CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129-130.

governamentais em relação ao texto constitucional aprovado em 1988, objetivando um alinhamento do País às exigências da chamada globalização e ao mercado enquanto instância última determinante da vida social; o aumento significativo da conscientização dos indivíduos acerca de seus direitos; a ascensão institucional do Poder Judiciário; e a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de mecanismos de tutela como a ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, além da significativa ampliação dos legitimados à proposição de ações diretas de inconstitucionalidade.

Nesse desiderato, o Conselho Nacional de Justiça emitiu, em 30 de março de 2010, a recomendação nº 31³³¹, com o objetivo de que fosse adotado pelos Tribunais medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores de direito e, assim, assegurar maior eficiência na solução dos litígios judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Acerca de tal recomendação, é interessante notar que a exposição de motivos nela listados, apontando a necessidade de uma padronização e profunda discussão acerca das questões inerentes à saúde³³²:

o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais; a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei n. 6.360/1976 c/c a Lei n. 9.782/1999, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes; as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 06 de abril de 2010, publicou a Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, com o objetivo de monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde³³³.

Assim, o motivo que ensejou a sua criação foi o elevado número e a extensa gama de litígios referentes à saúde, assim como o reflexo financeiro destes litígios no orçamento público.

³³¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Atos administrativos:** Recomendação Nº 31 de 30/03/2010. 07 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³³²Ibid. 2010.

³³³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fórum da saúde.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoefs/forum-da-saude>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

Referida iniciativa do Conselho Nacional de Justiça culminou na realização de dois eventos denominados “Jornada de Direito da Saúde”, sendo o primeiro realizado em 15 de maio de 2014, e o segundo em 18 e 19 de maio de 2015.

Em ambas as ocasiões, foram aprovados determinados enunciados interpretativos, tanto acerca da saúde pública, quanto da saúde privada, os quais possuem informações técnicas a fim de subsidiar os magistrados naqueles processos cujo litígio em discussão seja o direito à saúde.

Acerca de referidos enunciados, Debora Ciocci³³⁴, conselheira do Conselho Nacional de Justiça, afirma:

São diretrizes construídas conjuntamente entre gestores públicos, representantes da Agência Nacional de Saúde Suplementar, acadêmicos, advogados, procuradores e juízes para uma melhor solução envolvendo demandas da saúde.

Tem-se, nesse sentido, que as medidas tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça visam a harmonizar os preceitos insculpidos no Texto Constitucional no tocando ao direito à saúde, haja vista a relação existente entre o Direito e a Medicina e a complexidade que envolve a relação.

Reveste-se, de extrema importância a iniciativa emanada do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que os enunciados são elaborados com a participação de todos os agentes envolvidos na temática da saúde (privada e pública), sendo conferida a oportunidade de todos participarem e discutirem as propostas, culminando nos enunciados.

Contudo, apesar do apoio operacional estendido aos magistrados pelo Conselho Nacional de Justiça, na área da saúde suplementar, a fim de que possam decidir com maior técnica e certeza as demandas ofertadas no campo da saúde suplementar, é possível observar que referidos enunciados são pouco utilizados na fundamentação das decisões, nas quais ainda prevalece a interpretação emanada das normas principiológica da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor, bem como as diretrizes oriundas das Súmulas dos respectivos Tribunais.

Assim, tem-se que o próprio Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Recomendação nº 31, de 30/03/2010³³⁵, reconheceu a judicialização da saúde, ao

³³⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **II Jornada da Saúde aprova enunciados para subsidiar juizes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79430-ii-jornada-da-saude-aprova-enunciados-para-subsidiar-juizes>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

justificar sua edição em razão do “grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais”.

Em razão disto, é possível observar inúmeras críticas à judicialização da saúde suplementar, conforme vaticina Luís Cláudio da Silva Chaves³³⁶:

A judicialização atinge, também, a saúde complementar, com explosão de processos contra planos de saúde. O aumento de processos na Justiça contra os planos de saúde traz impactos negativos para todos os envolvidos. Primeiramente, às operadoras de planos e seguros de saúde, que sofrem com a oneração do processo e a insegurança dos contratos celebrados, gerando distorções nos custos e nos preços dos produtos; já o Judiciário sofre com sobrecarga de novos processos; a ANS, pela dificuldade em realizar a regulação do mercado; os consumidores, porque contratam um plano, são iludidos e recebem poucas explicações e só conseguem seus direitos na justiça; e os próprios beneficiários dos planos de saúde, que acabam por suportar o ônus financeiro das concessões e deferimentos feitos pelo Judiciário.

Perfilhando de igual posicionamento, sustenta José Cechin³³⁷:

Decisões judiciais nesse sentido geram efeitos econômicos prejudiciais a todo o mercado. Como não há segurança jurídica acerca do cumprimento ou não dos contratos, as transações econômicas tornam-se mais arriscadas e seus resultados imprevisíveis, pois o agente econômico não tem como prever o teor da decisão sobre seu contrato, se respeitará suas cláusulas ou adotará critérios subjetivos de justiça social. Diante da concessão aos consumidores, pelo Poder Judiciário, de direitos não previstos no contrato, na regulamentação ou na Lei, os custos derivados desse posicionamento judicial são, prévia ou posteriormente, incluídos nos valores cobrados de todos os consumidores. Com a elevação do custo do plano de saúde, reduz-se o público com capacidade financeira para contratá-lo. Dessa maneira, o objetivo que poderia estar sendo perseguido pelo Judiciário ao conceder a ordem é duplamente frustrado: primeiro, porque o consumidor terá de pagar por aquele custo e, segundo, porque os benefícios da assistência privada à saúde alcançarão menos pessoas. Direta ou indiretamente, toda a população pagará pelo benefício concedido a poucos pelo Poder Judiciário.

Em igual sentido, a Revista Veja³³⁸, em uma das edições veiculadas em 2004, trazia o dilema travado pelas operadoras de planos de saúde:

³³⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Atos administrativos**: Recomendação Nº 31 de 30/03/2010. 07 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³³⁶CHAVES, Luis Cláudio da Silva. **A judicialização da saúde suplementar**. 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=623>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³³⁷CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar**: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 194.

Bravatas e liminares não eliminam o problema que está na base da confusão. Na verdade, só o encobrem: as empresas de medicina de grupo e as seguradoras estão com a saúde financeira em risco.

[...]

Se companhias forem fechadas, o que acontecerá com seus clientes? Terão de ser atendidos apenas pelo Sistema Único de Saúde do qual tentam fugir a todo custo? Já está na hora de discutir o assunto sem emocionalismos ou demagogia.

Ou seja, é cristalino o dispendioso custo que as decisões judiciais impõem às operadoras de planos de saúde, desestimulando ou inviabilizando certas atividades, incorrendo, ainda, a hipótese de repasse de tais custos aos usuários dos respectivos planos de saúde, em nítida “socialização” dos prejuízos incorridos com tais medidas judiciais.

Acerca da temática, Fábio Gabriel e Eduardo Goulart Pimenta³³⁹ sustentam:

No Direito Privado, há uma tendência de modificar os paradigmas estabelecidos pelo liberalismo, assim, proclamam a personalização do Direito Civil. Em alguns casos, vê-se uma predisposição em favorecer os mais fracos no momento da aplicação do direito, o que, muitas vezes, transforma a Justiça em um mecanismo de distribuição de riqueza caso a caso, uma visão paternalista e individualista da jurisdição.

A fim de elucidar os reflexos da atuação do Poder Judiciário sobre as atividades dos planos de saúde, Paulo Roberto Vogel de Rezende³⁴⁰ afirma que não se mostra razoável desprezar os impactos que o Poder Judiciário pode gerar nas empresas prestadores de serviços públicos, elucidando seu posicionamento por meio da exposição de uma reportagem da Revista Veja intitulada: “o custo dos serviços médicos pagos pelas operadoras, como cirurgias e internações, sobe num ritmo superior ao da inflação”, na qual é apontada que, no período de 2007 a 2009, a inflação médica acumulou 33,4%, enquanto a inflação segundo os índices do IPCA acumulou 15,4%.

Ao equiparar a abrangência da universalidade da saúde pública, cuja atribuição compete exclusivamente ao Estado, à saúde suplementar, privada, tem-se

³³⁸VEJA. E quem paga a conta? São Paulo: Editora Abril, v. 37, n. 31, p. 140-142, ago. 2004.

³³⁹GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia In: FIUZA, César et al (Coord). **Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 436.

³⁴⁰REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. **Os contratos de planos de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais**. (Dissertação) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011, p. 117.

que os respectivos usuários deveriam arcar com os custos desse sistema, uma vez que, no campo do direito privado, ainda vigora a justiça comutativa.

Observa-se que o ativismo judicial vai além do cumprimento da lei em sentido formal pelo magistrado, uma vez que, através de uma interpretação dos princípios constitucionais abstratos, como dignidade da pessoa humana, passa a conceituar tais princípios abstratos de acordo com sua íntima convicção e o materializa no caso *sub judice*, atingindo em ricochete, inclusive, atos emanados dos demais Poderes, acabando por envolver os agentes ínsitos à relação: operadoras de planos de saúde e usuários de referidos planos de saúde.

Acerca do exercício de sua função na tutela do direito fundamental à saúde, é imprescindível discutir a atuação do Poder Judiciário frente à formulação de políticas públicas, em específico, atos regulatórios emanados da Agência Nacional de Saúde Suplementar, uma vez que, ao visualizar o direito fundamental de uma pessoa e assim o protege-lo, anulando atos regulatórios, os direitos fundamentais de toda uma coletividade está sendo afetado, haja vista que os recursos das operadoras de planos de saúde são escassos e programados de acordo com cálculos atuariais inerentes à formação do preço.

Nesse sentido, a fim de ofertar os motivos que levam os consumidores a pedir o amparo judicial de sua pretensão, passa-se a discorrer acerca das causas e consequências em que se consubstancia o ativismo judicial incidente sobre as atividades das operadoras de planos de saúde.

4.4 A judicialização paulista sobre a saúde suplementar

Superadas as questões terminológicas e supridos os termos conceituais, passa-se a discorrer acerca da postura do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e os reflexos da mesma sobre as atividades das operadoras de planos de saúde.

De acordo com pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça³⁴¹ quando da análise de acórdãos, acórdãos do Colégio Recursal, decisões monocráticas e homologações de acordo no âmbito do Estado de São Paulo, foi possível observar a existência de 9.485 processos.

³⁴¹ASSENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 20.

Ainda de acordo com as pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça³⁴², levando em consideração as seguintes variáveis (i) a despesa total da Justiça; (ii) os casos novos; (iii) os processos em tramitação; (iv) os magistrados; (v) os servidores, inclusive estagiários e terceirizados; (vi) o número de servidores da área judiciária, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é considerado um Tribunal de porte grande em razão das variáveis retromencionadas, o que justifica a análise de suas decisões acerca das atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, em cooperação técnica internacional com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), desenvolve inúmeras pesquisas a fim de contribuir com o conhecimento científico na qualificação da saúde suplementar, sendo certo que, em evento realizado no Rio de Janeiro, nos dias 25 e 26 de novembro de 2015, dentre os seminários apresentados, se destaca o trabalho de Mário César Scheffer, Daniela Batalha Trettel e Juliana Ferreira Kozan, intitulado: Judicialização na Saúde Suplementar³⁴³, no qual se apresentou a radiografia da atividade do Poder Judiciário paulista sobre a temática ora apresentada.

Referido trabalho, analisou 4.059 decisões judiciais consistentes em acórdãos proferidos sobre conflitos envolvendo planos de saúde coletivos julgados em definitivo no lapso temporal de 2013 a 2014 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁴⁴, haja vista que 80% (oitenta por cento) dos beneficiários encontram-se em contratos coletivos, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar³⁴⁵

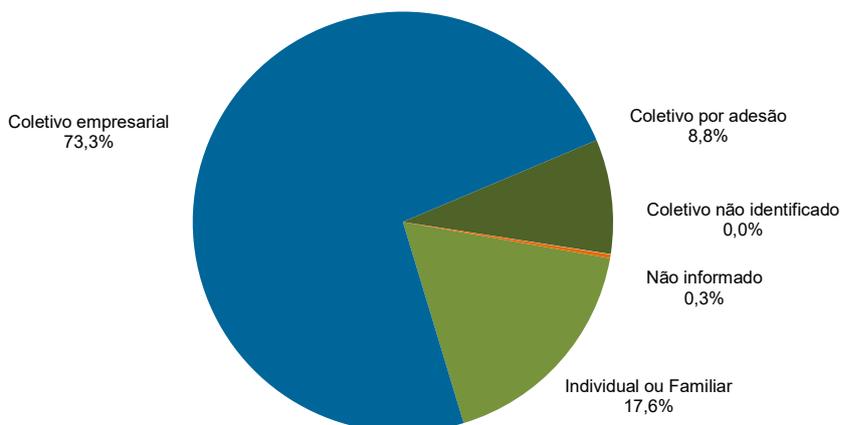
Figura 3 – Beneficiários de planos exclusivamente odontológicos por tipo de contratação do plano (Brasil - Setembro/2015)

³⁴²Ibid., p. 15.

³⁴³ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS e OPAS celebram 10 anos de parceria**. 04 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/sala-de-imprensa/releases/a-ans/3148-ans-e-opas-celebram-10-anos-de-parceria?highlight=WyJtXHUwMGUxcmlvliwiY1x1MDBIOXNhcilslNjjaGVmZmVyliwibVx1MDBIMXJpbYBjXHUwMGU5c2FyIiwibVx1MDBIMXJpbyBjXHUwMGU5c2FyIHJjaGVmZmVyliwiY1x1MDBIOXNhciBzY2hlZmZlciJd>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

³⁴⁴Judicialização na saúde complementar. Edital 005/2014 – ANS/OPAS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/1_-_Mario.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

³⁴⁵ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Dados e indicadores do setor**. Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 06/2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 17 jan. 2016.



Fonte: ANS - 12/2015

Assim, colaciona-se o resultado da análise realizada por referidos pesquisadores³⁴⁶, a fim de elucidar as conclusões extraídas acerca da temática insculpida no presente tópico:

Resultado da demanda	Total	%
Decisão favorável ao usuário	3.575	88,08
Decisão desfavorável ao usuário	300	7,39
Decisão parcialmente favorável ao usuário	174	4,29
Demanda entre operadora e empresa contratante	10	0,25

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

Temas materiais da demanda	Total	%
Exclusão de cobertura	1.935	47,67
Contrato coletivo e aposentadoria: discussão do valor da mensalidade	608	14,98
Manutenção do aposentado no contrato coletivo (art. 31, da Lei 9.656/98)	589	14,51
Reajuste por mudança de faixa etária	475	11,70
Reajuste por aumento de sinistralidade	275	6,78
Resilição (cancelamento) unilateral do contrato coletivo pela	211	5,20

³⁴⁶Judicialização na saúde complementar. Edital 005/2014 – ANS/OPAS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/1_Mario.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

operadora		
Manutenção do demitido sem justa causa no contrato coletivo (art. 30, Lei 9.656/98)	73	1,80
Manutenção de dependentes após falecimento do titular	63	1,55
Cobrança de mensalidades após rescisão contratual pela estipulante	57	1,40
Migração do contrato coletivo para individual/rescisão de contrato pela empresa contratante	45	1,11
Reembolso	32	0,79
Descrédenciamento	30	0,74
Rescisão do contrato por inadimplemento ou fraude	32	0,79

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

Procedimentos/atendimentos excluídos-negados	Total	%
Cirurgia	652	33,70
Tratamento para câncer	303	15,66
Internação	292	15,09
Órtese / prótese	274	14,16
Procedimentos/atendimentos excluídos-negados	Total	%
Medicamento	230	11,89
Exame	220	11,37
Materiais necessários à cirurgia	118	6,10
Home care	111	5,74
Internação em UTI	52	2,69
Fisioterapia	44	2,27
Hemodiálise	35	1,81
Honorários da equipe médica	14	0,72
Consulta médica	12	0,62

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

O consumidor pleiteou indenização por danos morais?	Total	%
Não	3.122	76,92
Sim. Indenização foi concedida	553	13,62

Sim. Indenização não foi concedida	384	9,46
------------------------------------	-----	------

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

Valor da indenização dos danos morais	Total	%
5 mil reais	89	16,09
10 mil reais	200	36,17
15 mil reais	27	4,88
20 mil reais	52	9,40
25 mil reais	9	1,63
outros valores	176	31,83

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

Legislações utilizadas na fundamentação da decisão	Total	%
Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)	2.305	56,79
Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98)	2.297	56,59
Legislações utilizadas na fundamentação da decisão	Total	%
Súmulas TJSP	1.752	43,16
Código Civil	424	10,45
Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003)	396	9,76
Resoluções Normativas ANS/CONSU	326	8,03
Constituição Federal	209	5,15
Súmulas STJ	193	4,75

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

Argumento das operadoras	
49,4%	A prática questionada encontra-se de acordo com previsão contratual
11,1%	O procedimento negado não consta do rol de coberturas obrigatórias da ANS
12,6%	A Lei nº 9.656/98 permite a prática
10,0%	As resoluções da ANS permitem a prática
2,6%	Saúde integral é dever apenas do Estado
2,6%	Irretroatividade do Estatuto do Idoso

1,4%	Ato jurídico perfeito ou direito adquirido
0,6%	Irretroatividade do Código de Defesa do Consumidor

Fonte: Edital 005/2014 – ANS/OPAS

Referidos dados explicitam o fator judicialização do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre as atividades das operadoras de planos de saúde, restando clarividente quando se observa a legislação utilizada pelo magistrado para fundamentar a decisão, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, se sobrepõe à Lei especial dos Planos de Saúde – Lei 9.656/98, e às Resoluções Normativas emitidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo essas, inclusive, superadas pela aplicação de Súmulas emitidas pelo próprio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ou seja, o poder discricionário inerente à Administração Pública e exercido por sua Autarquia, competente para tanto – Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), foi suprimido pela interpretação realizada pelo Poder Judiciário, em nítida judicialização da saúde suplementar.

Acerca de referidas súmulas editadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁴⁷ para fundamentar a sua decisão, especificamente sobre o direito sanitário, nas quais se inserem as súmulas de nº 90 a 97, publicadas no Diário Oficial em 13/02/2012, e as súmulas de nº 99 a 105, publicadas no Diário Oficial em 28/02/2013, as quais superam, inclusive, a aplicação de normas como o Código Civil, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), as resoluções normativas emanadas da Agência de Saúde Suplementar que regulamentam a Lei nº 9.656/98, tem-se que as mesmas vêm sendo adotadas como verdadeiras normas incidentes sobre a matéria, em nítida judicialização.

Nesse vértice, é claro o dispositivo inserto no artigo 35-G, da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde)³⁴⁸, o qual afirma a aplicação subsidiária, aos contratos entre os usuários e operadoras de planos de saúde, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o que não vem sendo observado, haja vista que o Código

³⁴⁷GAPRI - GRUPO DE APOIO AO DIREITO PRIVADO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Seção de Direito Privado e Câmara Especial**. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³⁴⁸Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.

de Defesa do Consumidor vem liderando na fundamentação das decisões judiciais, em específico, aquelas exaradas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Algumas das citadas súmulas são frontalmente discrepantes em face da literal disposição da lei que regulamenta a matéria, fragilizando, assim, princípios de envergadura constitucional a fim de equacionar, equivocadamente, o problema social da saúde pública, imputando a responsabilidade à iniciativa privada.

Tais argumentos são corroborados pelo fundamento esposado por Silvério da Silva, Desembargador relator quando da análise do recurso de Agravo de Instrumento nº 2215873-03.2015.8.26.0000, da Comarca de Várzea Paulista, em que é agravante SOBAM - Centro Médico Hospitalar Ltda, e agravado Ernesto Francisco Musseli³⁴⁹:

(...)

Como reiteradamente se tem decidido, tendo a questão até já sido sumulada, o fato de não constar do rol da ANS, ou mesmo do contrato ou das Resoluções Normativas da ANS, ou ainda, de o medicamento não ter ainda sido aprovado pela ANVISA, não inibe o direito do apelante de ter a referida cobertura. Segundo a Súmula 102 deste E. Tribunal: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”

Por outro lado, o contrato celebrado entre as partes prevê assistência à doença em questão, e o medicamento recomendado para tratamento foi prescrito por médico especialista, devendo, assim, a apelada pagar as despesas médicas do autor.

Diante disso, a resistência a tal cobertura implica, indiretamente, na negativa de tratamento da Hepatite C, o que é inadmissível porque previsto em contrato, afetando em excesso o sinalagma contratual e colocando o consumidor em manifesta desvantagem.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 96 deste E. Tribunal, que dispõe: “Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento”.

Nesse vértice, é possível inferir que, o poder discricionário exercido pela Administração Pública, quando da elaboração da regulamentação das atividades da saúde suplementar, não vem sendo observado pelo Poder Judiciário Paulista quando do pronunciamento de suas decisões, haja vista o reiterado posicionamento fundado no entendimento de que a ausência do procedimento médico indicado pelo

³⁴⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. Acórdão. Registro 2016.0000007504. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=9109080&cdForo=0&v1Captcha=akxQU>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

respectivo profissional no rol ou nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar ou no contrato firmado com as operadoras de planos de saúde, assim como o fato de o medicamento apontado não ter sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não é motivo legítimo a impedir o usuário dos planos de saúde em obterem os mesmos.

Interessante trazer a lume, igualmente, as ementas seguintes assim proferidas:

“PLANO DE SAÚDE. Recomendação médica para utilização de medicamento. Negativa de cobertura sob a alegação de que a droga ministrada é experimental em relação à espécie de tratamento pretendido, sem reconhecimento pelos órgãos competentes (off label. Caráter genérico da vedação. Incidência das regras do CDC. Interpretação que deve favorecer a parte frágil da relação. Indicação de uso que compete ao médico e não ao órgão regulador. Dano moral. Não cabimento. Recusa fundada em disposição contratual. Ausência de ilicitude. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.” (TJ/SP, Apel. nº 9159852- 92.2009.8.26.0000, 7ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Elcio Trujillo, DJ 04/08/2010);

“TUTELA ANTECIPADA. Medida cautelar inominada. Pedido que objetiva o custeio pelo plano de saúde dos medicamentos descritos na inicial, considerados experimentais (off label), utilizados no tratamento quimioterápico da agravada. Deferimento. Presença dos pressupostos do art. 273, I, do CPC. Entendimento das Súmulas nº 95 e 102 deste Tribunal Afastamento, ao menos neste momento processual, da alegação de tratamento experimental, o que impossibilita ser objeto de cobertura do plano de saúde contratado pela autora. Manutenção da decisão Recurso improvido.” (Apelação nº 0018554-67.2011.8.26.0011 - Planos de saúde - Relator: Alvaro Passos - Diadema - 2ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 27/05/2014 - Data de registro: 27/05/2014);

“Civil. Plano de Saúde. Recusa de fornecimento de medicamento experimental (“off label”. Descabimento. Doença coberta pelo contrato. Súmula nº 96 da Subseção de Direito Privado I do TJSP. Não pode o paciente, por conta de cláusula contratual limitativa, ser impedido de submeter-se ao método terapêutico mais moderno disponível à época do surgimento e evolução da moléstia. O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia. Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acomete o paciente: a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada, a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. Recurso improvido.” (Apelação nº 1036566-68.2013.8.26.0100. Planos de saúde. Relator: Luiz Antonio Costa. São Paulo. 7ª Câmara

de Direito Privado. Data do julgamento: 29/04/2014. Data de registro: 30/04/2014).

Assim, ao afirmar a Súmula nº 102, emanada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, “havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”, resta evidente a colisão com o enunciado no artigo 10, I, da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), haja vista que referido comando legal exclui as operadoras de planos de saúde em proporcionar tratamento clínico ou cirúrgico experimental:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

Imprescindível, igualmente, apontar os efeitos que referido posicionamento vem incorrendo nas demais cortes estaduais, uma vez que a Súmula nº 102, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vem sendo adotada por outros Tribunais, *in casu*, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a fundamentar a concessão de procedimento não constante em rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - CÂNCER DE MAMA - EXAME PETSCAN - NEGATIVA DE COBERTURA - ROL DA ANS - ELUCIDATIVO - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO - DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA - 1- O fato de o exame médico indicado no tratamento não constar no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS não significa uma proibição ou óbice para a procedência do pedido, sendo a lista uma referência de cobertura mínima obrigatória para cada segmentação de planos de saúde, não sendo um rol taxativo, apenas elucidativo. 2- Nessa senda, importante destacar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já sumulou o tema: "**Súmula nº 102 TJSP: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS**". 3- Desse modo, o fato do procedimento não estar incluído no Rol de Procedimentos da ANS não elide, por si só, a obrigatoriedade do plano de saúde custeá-lo, visto que aquele

rol estabelece "a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência a saúde", ou seja, não é um rol taxativo. 4- Agravo regimental conhecido e não provido. (TJCE - AG 0622423-72.2014.8.06.0000/50000 - Rel. Raimundo Nonato Silva Santos - DJe 26.05.2014 - p. 50) (g/n).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - DEFICIÊNCIA MENTAL MODERADA COM COMPROMETIMENTO SIGNIFICATIVO DO COMPORTAMENTO E TRANSTORNO OBSESSIVO-COMPULSIVO - EXAME SEQUENCIAMENTO COMPLEXO DE EXOMA - NEGATIVA DE COBERTURA - ROL DA ANS - ELUCIDATIVO - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO - DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA - 1- O fato de o exame médico indicado no tratamento não constar no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS não significa uma proibição ou óbice para a procedência do pedido, sendo a lista uma referência de cobertura mínima obrigatória para cada segmentação de planos de saúde, não sendo um rol taxativo, apenas elucidativo. **2- Nessa senda, importante destacar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já sumulou o tema: "Súmula nº 102 TJSP: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".** 3- Desse modo, o fato do procedimento não estar incluído no Rol de Procedimentos da ANS não elide, por si só, a obrigatoriedade do plano de saúde custeá-lo, visto que aquele rol estabelece "a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência a saúde", ou seja, não é um rol taxativo. 4- Agravo regimental conhecido e não provido. (TJCE - AG 0621053-24.2015.8.06.0000/50000 - Rel. Raimundo Nonato Silva Santos - DJe 13.03.2015 - p. 80) (g/n)

Nesse desiderato, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem acolhendo a pretensão dos usuários de planos de saúde, haja vista que 88% das decisões analisadas³⁵⁰ lhes foram favoráveis, com ínfimas chances de tais decisões serem revertidas pelo Superior Tribunal de Justiça, ante o exame de admissibilidade recursal realizado se valer das Súmulas 5³⁵¹ e 7³⁵² de referido Tribunal.

Nota-se, igualmente, que o teor da Súmula 100³⁵³, editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo colide com o comando insculpido no artigo 35³⁵⁴, *caput*, da Lei nº 9.656/98.

³⁵⁰Judicialização na saúde complementar. Edital 005/2014 – ANS/OPAS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/1_Mario.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

³⁵¹Súmula nº 5, STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

³⁵²Súmula nº 7, STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

³⁵³Súmula nº 100, TJSP: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao sedimentar seu entendimento em súmulas editadas pela própria Corte, nos termos em que redigidas, evidenciam a judicialização das decisões que são proferidas em sua esfera, uma vez que, ao imputar às operadoras de planos de saúde a universalidade do direito constitucional à saúde, por meio da supressão da discricionariedade consistente nas limitações contratuais emanadas pela própria Administração Pública – Agência Nacional de Saúde Suplementar, anulando-os, os direitos fundamentais de toda uma coletividade está sendo afetado, haja vista que os recursos das operadoras de planos de saúde são escassos e programados de acordo com cálculos atuariais inerentes à formação dos preços.

³⁵⁴Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

CONCLUSÃO

A saúde, desde os primeiros registros firmados na história, demonstrou a preocupação, emanada pelo homem, quanto a sua manutenção e fomento, avocando inicialmente, fatores místicos, relacionados às crenças vigentes no período e localidade, para explicar as causas e consequências das enfermidades que assolavam as pessoas naquela época.

Posteriormente, a visão mística foi sendo superada pela tecnicidade das descobertas advindas na área sanitária, assim como pela observação da influência do meio à saúde das pessoas, fazendo com que medidas sanitárias fossem editadas pelo Poder Público para preservar e fomentar a saúde das pessoas.

Na seara internacional, pela digressão realizada no contexto normativo, foi possível constatar a preocupação dos países acerca da necessidade em se estabelecer um conceito comum de saúde, a fim de pavimentar o caminho para a formulação de políticas públicas para a preservação e fomento da saúde dos povos.

Tal pensamento se fortaleceu após a ocorrência das duas Grandes Guerras, uma vez que as Nações passaram a interferir, de maneira mais incisiva, na relação econômica travada na sociedade, superando o modelo liberal, transluzindo o *Welfare State*.

Nesse intento, foram criados organismos internacionais, destacando-se a Organização Mundial de Saúde, na qual vem sendo promovidos encontros entre as Nações para discutirem e deliberarem acerca das medidas necessárias a fim de tutelar, em sua plenitude, a saúde das pessoas, por meio de Declarações e Convenções assinadas por seus integrantes.

Tais documentos internacionais não possuem natureza coercitiva às Nações integrantes, haja vista a necessária preservação da soberania dos países, tornando-se verdadeiras diretrizes aos adeptos para atingirem a plenitude da saúde dentro de seus respectivos territórios.

Passa-se então, a despontar o interesse das Nações no propósito único de preservação da saúde das pessoas, sendo certo que a internalização de referidas intenções, traçadas no âmbito da Organização Mundial de Saúde, passam a constituir experiências entre as Nações para fins de aprimoramento de forma global.

Tem-se que o modelo econômico Liberal refletiu numa postura mais distante do Estado, corrigida com a instituição do *Welfare Estate*, no qual a postura estatal refletiu, incisivamente, em condutas direcionadas à população a fim de corrigir as deficiências do mercado.

Entretanto, por questões orçamentárias/fiscais, os Estados não conseguiram manter a prestação social à saúde pública como inicialmente vislumbrado, emergindo um Estado Regulador, inerente do Estado Neoliberal.

Assim, observou-se a permissão à iniciativa privada em atuar no segmento da assistência à saúde suplementar, dentro das balizas regulatórias firmadas pelo Estado.

No Brasil tais características restaram bem delineadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através da qual se fez inserir uma enorme gama de direitos sociais, dentre os quais, o direito à saúde, impondo ao Estado o dever de prestá-lo de maneira universal a todos os brasileiros.

Fez-se igualmente, a autorização à iniciativa privada em prestar a assistência à saúde, atribuindo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, acerca da regulamentação, fiscalização e controle de referida atividade.

Nesse intento, tais comandos constitucionais foram devidamente regulamentados por meio das respectivas leis, sendo o Sistema Único de Saúde por meio da Lei nº 8.080/90, tendo sido as atividades das operadoras de planos privados de saúde através da Lei nº 9.656/98.

Através da indicação cronológica dos textos normativos retromencionados, infere-se que houve o transcurso de lapso temporal próximo há uma década, período em que foram constatadas irregularidades e divergências na atuação das operadoras de planos de saúde, sendo questionadas pelos seus respectivos usuários, bem como associações de defesa do consumidor, vindo a lume a promulgação da Lei nº 9.656/98, a qual regulamentou, incisivamente, as atividades das operadoras de planos de saúde, uniformizando e padronizando as atividades de referido segmento.

Posteriormente, em 28 de janeiro de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio da edição da Lei nº 9.961/2000, com o objetivo institucional de defender o interesse público na assistência suplementar à saúde,

regulando as operadoras setoriais, assim como as relações destas com prestadores e consumidores.

Nesse intento, a atuação de referida Agência tem se mostrado satisfatória no cumprimento de seus objetivos, ante os relatórios emitidos nos quais é possível constatar a fiscalização sobre as atividades das operadoras de planos de saúde. Nota-se a aplicação de penalidade pelo descumprimento das normas incidentes à espécie, bem como grau satisfatório de atendimento das pretensões de usuários quando ofertadas a referida instituição.

Entretanto, apesar da regulamentação dos ditames constitucionais traçados acerca da saúde suplementar – criação da Lei nº 9.656/98, assim como da Agência Nacional de Saúde Suplementar, observou-se que parte dos usuários dos planos de saúde, insatisfeitos com a atuação de determinados planos de saúde, tem-se ofertado sua pretensão perante o Poder Judiciário.

Acerca de tal fato, apurado que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desponha como um Tribunal de grande porte, segundo o Conselho Nacional de Justiça, volvidos foram os holofotes para referido Tribunal, sendo detectado o que a doutrina moderna vem denominando de judicialização.

Foi constatado que os magistrados paulistas se utilizaram, em suas decisões, em grande parte, dos comandos normativos emanados do Código de Defesa do Consumidor, ao invés da lei específica que regulamentou as atividades das operadoras de planos de saúde, sobrepondo-se, ademais, as súmulas de referido Tribunal às Resoluções Normativas oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Noutro vértice, sendo o Poder Judiciário o competente para pacificar as relações sociais, tem-se que a postura judicial adotada transparece a migração do dever constitucional do Estado à universalidade da prestação para a iniciativa privada, o que fragiliza e abala um dos pilares do Estado Democrático de Direito – a segurança jurídica.

Tem-se que a atividade da iniciativa privada no segmento da saúde suplementar é perfilhada pelo princípio da livre iniciativa, com vistas ao lucro inerente, sendo sua atividade balizada pelo dirigismo estatal em razão do objeto contratual, contudo, não inibitório da busca pelo lucro.

Tem-se igualmente, que a interpretação ampliativa de normas principiológicas oriundas do Código de Defesa do Consumidor não podem inverter preceitos básicos inerentes à natureza securitária dos contratos firmados pelas operadoras de planos de saúde, sobre as quais já incidem regulamentação/fiscalização estatal específica e minudente. Assim como impertinentes o são para afastar ou flexibilizar o ato jurídico perfeito.

Ao sofrer as externalidades advindas das decisões judiciais exaradas, em nítida universalização da saúde privada, a coletividade de usuários dos planos de saúde sofre com a “socialização” dos prejuízos dela advindos, uma vez que, ao serem obrigadas a suportar uma despesa não fixada previamente no contrato entabulado, as operadoras de planos de saúde ficam compelidas a despender vultosas quantias para cumprir as ordens judiciais impostas, valores estes que poderiam ser direcionados à ampliação e melhora dos serviços prestados à coletividade de usuários, fragilizando o sistema como um todo.

Last, but not least, muito embora o direito à saúde configure um direito social fundamental, tem-se que o dever de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde compete ao Estado, reluzindo às atividades exercidas pelas operadoras de planos de saúde, o comando normativo emanado da Lei nº 9.656/98, que regulamenta especificamente o segmento da saúde suplementar, assim como as Resoluções Normativas oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial federal criada para este propósito específico, sob pena de transferir à iniciativa privada um dever que compete, única e exclusivamente, ao Estado-Nação.

REFERÊNCIAS

A DECLARAÇÃO DE JACARTA. **4ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 1997, Jacarta, Indonésia. Disponível em: <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/jakarta/en/hpr_jakarta_declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 46.

ALMEIDA, Renata Gasparello de. **O capital baseado em risco: uma abordagem para operadoras de planos de saúde**. (Dissertação) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2008.

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS e OPAS celebram 10 anos de parceria**. 04 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/sala-de-imprensa/releases/a-ans/3148-ans-e-opas-celebram-10-anos-de-parceria?highlight=WyJtXHUwMGUxcmlvliwiY1x1MDBIOXNhciIsInNjaGVmZmVyliwiY1x1MDBIMXJpbyBjXHUwMGU5c2FyIiwibVx1MDBIMXJpbyBjXHUwMGU5c2FyIHNjaGVmZmVyliwiY1x1MDBIOXNhciBzY2hlZmZlciJd>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. **ANS suspende comercialização de 73 planos de saúde de 15 operadoras**. 14 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2965-ans-suspende-comercializacao-de-73-planos-de-saude-de-15-operadoras>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

_____. **Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar: ano base 2014**. V. 10, jun. 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Atlas/2014_atlas.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.

_____. **Dados Consolidados. Saúde Complementar**. Ago. 2015. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi4w_Ck9anKAhVBHZAKHT6DBtUQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ans.gov.br%2Fimages%2Fstories%2FMateriais_para_pesquisa%2FPerfil_setor%2FDados_e_indicadores_do_setor%2FDados-Consolidados-Saude-Suplementar-ago15.ppt&usq=AFQjCNEiVZDPOQ-Skl12WNfh7AeiDvO6CQ&sig2=fSLiwQUIMLHWllrrGGrb-w&bvm=bv.111677986,d.Y2I>. Acesso em: 24 dez. 2015.

_____. **Dados e indicadores do setor**. Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 06/2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. **Programa de monitoramento da garantia de atendimento**: resultado do 14º. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/PPT_Monitoramento_14Ciclo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

Anthony [ou Antonius ou Antonie] van Leeuwenhoek. **Biografias**. Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/Anthovan.html>>. Acesso em: em 01 dez. 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 213, p. 141-148, jul-set. 1998, p. 141.

BAHIA, Ligia. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In: NEGRI, Barjas. GIOVANNI, Geraldo Di. (org). **Brasil: radiografia da saúde**. Campinas: UNICAMP, 2001.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

BARATA, Rita de Cássia Barradas. A Historicidade do Conceito de Causa. In: **Textos de Apoio: Epidemiologia I**. PEC/ENSP/ABRASCO. Rio de Janeiro, 1985, p. 13-27.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Mirian. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. p. 74. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/263/182>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BARROS, Marcia Cristina Cardoso. **Contratos de Plano de Saúde: Princípios Básicos da Atividade**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6 – Judicialização da Saúde – Parte I, p. 290. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_290.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7. p. 4.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 28-32.

BENIA, Gerson Carvalho. BOGOSSIAN, Paula. LEANDRO, Tainá. **Cadernos do CADE - Mercado de Saúde Suplementar: Conduas – 2015**. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – Cade, 2015, p. 11-12.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado**. v. IV Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BIERWAGEN, Monica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Câmpus, 1992.

BRAGA, Paulo Cesar da Silva. A responsabilidade civil do Estado pela violação ao direito fundamental à saúde pública suficiente. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 2012, p. 113.

BRASIL PREDIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 24 dez. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Junta da Instituição Vacínica da Corte (1808-1822)**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2746>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2652>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Período de 1888 – 1933**. 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1888-1933/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Período de 1960 – 1973**. 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico/periodo-de-1960-1973/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Glossário temático: saúde suplementar**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. CENTRO CULTURAL DA SAÚDE. Personalidades: Edward Jenner (1749-1823). **Revista da Vacina**. [2015]. Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/personas/jenner.html>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAÚDE. **Projeto Promoção da Saúde**. As Cartas da Promoção da Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 dez. 2015.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Lei 1º de outubro de 1828**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAÚDE. PROJETO PROMOÇÃO DA SAÚDE. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRUNETTI, Lucas. **Assimetria de informação no mercado brasileiro de saúde suplementar**: testando a eficiência dos planos de cosseguro. Dissertação (Mestrado) – Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – Esalq, Piracicaba, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADERNOS DO CADE. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercado de Saúde Suplementar**: condutas. 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Cadernos%20do%20Cade%20%E2%80%93%20Mercado%20de%20Sa%C3%BAde%20Suplementar%20Condutas%20%E2%80%93%202015.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CHAVES, Luis Cláudio da Silva. **A judicialização da saúde suplementar**. 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=623>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

CONFERÊNCIAS NACIONAIS DE SAÚDE. **Histórias e conquistas**. Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/conferenciasnacionaisdesaude/historiaeconquistas.php>>. Acesso em: 17dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **II Jornada da Saúde aprova enunciados para subsidiar juízes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79430-ii-jornada-da-saude-aprova-enunciados-para-subsidiar-juizes>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

_____. **Atos administrativos**: Recomendação Nº 31 de 30/03/2010. 07 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

_____. **Conheça direitos garantidos pela Justiça ao consumidor de planos de saúde**. 08 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80375-conheca-direitos-garantidos-pela-justica-ao-consumidor-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. **Fórum da saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

CORDEIRO, Hésio. O instituto de medicina social e a luta pela reforma sanitária: contribuições à história do SUS. **Physis**, [on line], n. 14, v. 2, p. 343-362, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n2/v14n2a09.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

_____, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário, desenvolvimento e democracia no Brasil hoje. In. COHN, Amélia. (org). **Saúde, cidadania e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: E-papers: Centro Internacional Celso Furtado, 2013.

_____, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. Editora Hucitec. São Paulo, 1995.

_____, Sueli; FORTES, Paulo. Direito Sanitário: inovação e novo campo de trabalho. In: **Saúde e Democracia – a luta do CEBES**. Sonia Fleury (Org). São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. In: **Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde**, 1978. Alma-Ata. URSS, 1978. Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/alma-ata.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2015.

DIAS, Helio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: ANVISA, 2002, p. 27.

DICIONÁRIO HISTÓRICO-BIOGRÁFICO DAS CIÊNCIAS DA SAÚDE NO BRASIL (1832-1930). **Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/socmedcirj.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança**. (Entre Pombos e Falcões). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DRACHE, Daniel. Globalização: o grande medo. **Revista de Administração da USP – RAUSP**. Vol. 34, n. 1, São Paulo: USP, 1999, p. 10.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: **O direito e as políticas públicas no Brasil**. Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin (org). São Paulo: Atlas. 2013.

E-BIOGRAFIAS. **Alexander Fleming. Médico inglês**. 03 jul. 2012. Disponível em: <http://www.e-biografias.net/alexander_fleming/>. Acesso em: 07 dez. 2015.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

FALEIROS, Vicente de Paula. **A construção do SUS. Histórias da reforma sanitária e do processo participativo.** Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

FAVERET FILHO, P.; OLIVEIRA, P. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Revista DADOS.** 1990, v. 33, n. 2, p. 257-283.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Congelamento de Preços. **Revista de Direito Público**, n. 91, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Luiz Otávio; MAIO, Marcos Chor e AZEVEDO, Nara. A Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro: a gênese de uma rede institucional alternativa. **Hist. Cienc. saude-Manguinhos** [online]. 1997, vol. 4, n. 3, p. 478. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v4n3/v4n3a04.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FGV – CPDDOC. **A Era Vargas dos anos 20 a 1945:** Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945). Queda de Vargas e fim do Estado Novo. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/QuedaDeVargas>>. Acesso em: 17 dez. de 2015.

FGV – CPDDOC. **A Era Vargas:** Institutos de Aposentadoria E Pensões. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. **A Era Vargas:** Movimento Sanitarista. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/QuestaoSocial/MovimentoSanitarista>>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. **Anos de incerteza (1930-1937):** Ministério da Educação. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/IntelectuaisEstado/MinisterioEducacao>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Fatos & Imagens:** Revolução Constitucionalista de 1932. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Revolucao1932>>. Acesso em: 15 dez. out. 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde. Leis 8.080/90 e 8.142, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal.** 3. ed. rev. amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

FIOCRUZ - FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. **A revolta da vacina.** 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/node/473>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **A judicialização do direito à saúde no SUS:** limites e possibilidades. Dissertação (Mestrado) – UNIMEP, Piracicaba, 2014.

FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In. MARQUES, Cláudia Lima, et al. (coords.). **Saúde e responsabilidade 2:** a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 177-178.

FUHRMANN, Italo Roberto. A Judicialização dos direitos sociais e o direito à saúde. Por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília: Consulex, 2014.

FURB. SIAS. **Saúde Pública:** história. Disponível em: <<http://www.inf.furb.br/sias/saude/Textos/Historia.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

FUX, Luiz. **Tutela de urgência e Plano de Saúde.** Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2000, p. 60-61.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Carta Social Européia.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-18-10-961-ets-35.html>>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificada nos termos das disposições dos Protocolos nºs 11 e 14).** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 04 set. 2015.

GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia In: FIUZA, César et al (Coord). **Direito civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 436.

GAPRI - GRUPO DE APOIO AO DIREITO PRIVADO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Seção de Direito Privado e Câmara Especial**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de assistência privada à saúde: estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das operadoras e dos usuários de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. 2013.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.

GOVERNO DE PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direcção-Geral da Política de Justiça. **O que é a ONU?**. 28 abr. 2009. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexosorgint2/o-que-e-a-onu/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

GUAZZELLI, Amanda Salis. **A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde**. Dissertação (Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

GUIMARÃES, Cid. Diagnóstico de situação. In. Ernesto Lima Gonçalves (coordenador). **Administração de saúde no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1982.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil**. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 1998.

_____, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930 – 1945). **Educar**, Curitiba, n. 25, 2005, p. 128.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus. 2010.

INFOESCOLA. **Descartes e a natureza do corpo e da mente**. 2015. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/descartes-e-a-natureza-do-corpo-e-da-mente/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

JAEGER, Werner. **Paidéia**. A formação do homem grego. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1989.

JC HISTORY BRASIL. Segunda República ou Era Vargas (1930 - 1945). Disponível em: <<http://jchistorybrasil.webnode.com.br/segunda-republica-ou-era-vargas-1930-1945-/>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

JORGE, Karina Carneio. **Urbanismo no Brasil império**: a saúde pública na cidade de São Paulo no século XIX (hospitais, lazaretos e cemitérios). Dissertação (Mestrado) - PUC-Campinas, 2006.

Judicialização na saúde complementar. Edital 005/2014 – ANS/OPAS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/1_Mario.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Marçal. O direito regulatório. **Interesse Público**, ano 9, n. 43, mai-ju-2007, Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 20-23.

JUSTIÇA NACIONAL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil: Fachin defende interpretação constitucional de direitos civis em sintonia com a realidade contemporânea**. 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2015/setembro/vii-jornada-de-direito-civil-fachin-defende-interpretacao-constitucional-de-direitos-civis-em-sintonia-com-a-realidade-contemporanea>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

KÖLLING, Gabrielle. **O direito à saúde: história e perspectiva**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6542850-Universidade-do-vale-do-rio-dos-sinos-unidade-academica-de-pesquisa-e-pos-graduacao-programa-de-pos-graduacao-em-direito-nivel-mestrado.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

KORNIS, George Edward; CAETANO, Rosangela. **Dimensão e estrutura econômica da assistência médica suplementar no Brasil**. Regulação e Saúde: Estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 2002.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAURENTI, Ruy. A situação sanitária no Brasil. In. **Administração de saúde no Brasil**. GONÇALVES, Ernesto Lima. (coord). São Paulo: Livraria Pioneira, 1982.

LEITE, Celso Barroso. SINPAS: a nova estrutura da previdência social brasileira. **R. Inf. Legisl. Brasília**. n. 57 jan./mar. 1978. p. 107. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181061/000361302.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 04 out. 2015.

LIMA, Nisia Trindade et al. A saúde na construção do estado nacional do Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. LIMA, Nisia Trindade. GERSCHMAN, Silvia. EDLER, Flavio Coelho. SUÁREZ, Julio Manuel. (org). Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005.

MACEDO, Juliano Couto. **Planos coletivos de saúde: restrições contratuais às novas conquistas médicas**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 2014.

MALIK, Ana Maria. Saúde e desenvolvimento. In. GONÇALVES, Ernesto Lima. (coord). **Administração de Saúde no Brasil**. São Paulo: Editora Pioneira, 1982.

MARQUES, Jordino. **Descartes e sua concepção de homem**. São Paulo: Loyola, 1993. (Coleção Filosofia, n. 25).

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2013.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2005.

NORONHA, José Carvalho de., LIMA, Luciana Dias de., MACHADO, Cristiani Vieira. **A gestão do Sistema Único de Saúde**: características e tendências. Saúde no Brasil - Contribuições para a Agenda de Prioridades de Pesquisa/Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Edson. **Teias de relações ambíguas: regulação e ensino superior**. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). Universidade Candido Mendes (Ucam). Brasília, 2002.

NUNES, Walter. Oscar Vilhena – “Vivemos uma supremocracia”. **Revista Época**. 27 fev. 2009. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>. Acesso em: 27 set. 2015.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS o desafio de ser único**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ESCRITÓRIO REGIONAL AFRICANO. **Declaração de Ouagadougou sobre Cuidados de saúde Primários e Sistemas de Saúde em África**: Melhorar a saúde em África no novo milênio. 2008. Disponível em: <http://www.aho.afro.who.int/sites/default/files/publications/1031/Ouagadougou-Declaration-2008-pt.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

PAIM, Jairnilson Silva. Direito à saúde, cidadania e Estado. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, 17 a 21 de março de 1986. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 46-47. Disponível em: http://www.ccms.saude.gov.br/conferenciasnacionaisdesaude/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 22 out. 2015.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. **Hist. Cienc. Saude-Manguinhos**. 2004, vol. 21, n. 1, jan./mar. p. 15-35.

PAOLI, Fúlvia Helena Gioia. Intervenção do Estado na Propriedade Privada. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; LOPES, Jose Reinaldo de Lima; MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; (coords.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIGNATTI, Marta G. Saúde e ambiente: as doenças emergentes no Brasil. **Ambiente & Sociedade**. Vol. VII n. 1 jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PIMENTA, Tânia Salgado. **Artes de curar: um estudo a partir dos documentos da Fisicatura-Mor no Brasil do começo do século XIX**. Dissertação (Mestrado) – UNICAMP, Campinas, 1997.

_____, Tânia Salgado. Transformações no exercício das artes de curar no Rio de Janeiro durante a primeira metade do Oitocentos. **Hist. Cienc. Saude-Manguinhos** [online]. 2004, vol. 11, suppl. 1, p. 67-92. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702004000400004&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 dez. 2015.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **Historia da cidadania**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Palestra proferida em 16 de maio de 1996, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: 04 set. 2015.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. **Revolução de 1930 e o Estado Novo: histórico da saúde pública**. 22 fev 2013. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/34834/revolucao-de-1930-e-o-estado-novo-historico-da-saude-publica>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

PORTAL DE SAÚDE PÚBLICA. Carta de Bangkok para promoção da saúde num mundo globalizado. **6ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 2005, Bangkok, Tailândia. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Bangkok.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Carta de Ottawa: promoção da saúde nos países industrializados. **1ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 1986, Ottawa, Canadá. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Ottawa.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

_____. **Do sanitarismo à municipalização**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

_____. Recomendações de Adelaide: promoção da saúde e políticas públicas saudáveis. **2ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**, 1988, Adelaide, Austrália. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Adelaide.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

PUERTO SARMIENTO, F. J. **El mito de Panacea**. Compendio de Historia de la Farmacia y la Terapéutica. Madrid: Doce Calles, 1997.

REALE, Giovanni, ANTISSERI, Dario. **História da Filosofia**: do humanismo a Kant. São Paulo: Paulus, 1990. (Coleção Filosofia).

RESUMO ESCOLAR. **Divisão dos Períodos Históricos**: Pré-História, Idade Antiga, Média, Moderna e Contemporânea. Disponível em: <<http://www.resumoescolar.com.br/historia/divisao-dos-periodos-historicos-pre-historia-idade-antiga-media-moderna-e-contemporanea/>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

REVISTA DE HISTÓRIA. **200 anos de ensino superior**. 26 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/200-anos-de-ensino-superior>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

REZENDE, J. M. **À sombra do plátano**: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O ato médico através da história. p. 114. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-12.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. **Os contratos de planos de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro**: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. (Dissertação) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011, p. 117.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. In: In: MARQUES, Cláudia Lima, et al. (coords.). **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes). Coimbra: Almedina, 2009.

RUGER, Jennifer Prah. Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements. **Yale Journal of Law & the Humanities**, Vol. 18, 2006, p. 313. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=933009. Acesso em: 19 jan. 2016

SANDRONI, Paulo (Org). **Dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1989.

SANTOS FILHO, Lycurgo. **História geral da medicina brasileira**. São Paulo: Ed. HUCITEC. USP, 1977, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 11, jul.-set., 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

SAÚDE EM MOVIMENTO. **Carta do Caribe Promoção da Saúde**. Disponível em: http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_frame.asp?cod_noticia=203. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. **Declaração de Adelaide sobre Cuidados Primários**. Disponível em: http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_frame.asp?cod_noticia=200 Acesso em: 01 set. 2015.

_____. **Declaração de Sundsvall sobre Promoção de Saúde**. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_print.asp?cod_noticia=205>. Acesso em: 01 set. 2015.

SAÚDE SUPLEMENTAR. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007.

SCHEFFER, Mario. BIANCARELLI, Aureliano. CASSENOTE, Alex Jones F. **Demografia Médica no Brasil**: dados gerais e descrições de desigualdades. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Conselho Federal de Medicina, 2011.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. **Planos de saúde**. 2. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

SILVA, Julio Cesar Ballerini. **Direito à saúde**: aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. Leme: Habermann. 2009.
SOCIEDADE DE MEDICINA E CIRURGIA DO RIO DE JANEIRO. **A SMCRJ faz história**. Disponível em: <<http://www.smcrj.org.br/institucional/historico>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

SOUZA, Renilson Rehem. **Construindo o SUS**: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo. (Dissertação). Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da UERJ, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na Suspensão de Liminar e Dse Sentença Nº 163 - Pe (2005/0128970-7). **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 19 dez. 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=584619&nreg=200501289707&dt=20060327&formato=HTML>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. Brasília, 12 a 16 de abril de 2010 Nº 582. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

SUSEP. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS PRIVADOS. **SUSEP e ANS assinam termo de cooperação técnica**. 31 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/susep-e-ans-unem-se-em-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 25 out. 2015.

TÁCITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 215, jan./mar., 1999, p. 2.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TAYLOR, Matthew MacLeod. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

TEIXEIRA, Aloisio. Mercado e imperfeições de mercado: o caso da assistência suplementar. **Cadernos Saúde Suplementar**. 2º Ciclo de oficinas. ANS Suplementar. 2001, p. 4-22.

Thomas Green Morton, o inventor da anestesia. **J. Bras. Patol. Med. Lab.** [online]. 2009, vol. 45, n. 4, p. 0-0. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-24442009000400001>. Acesso em: 07 dez. 2015.

TORRES, Haroldo da Gama; FERREIRA, Maria Paula; DINI, Nádia Pinheiro. Indicadores sociais: por que construir novos indicadores como o IPRS. **Perspec.** [Online]. 2003, vol.17, n.3-4, p. 80. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000300009>. Acesso em: 12 set. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRATADO INTERNACIONAL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pacto.htm>> . Acesso em: 04 set. 2015.

TRAVASSOS Cláudia Maria de Rezende; VIACAVA, Francisco; FERNANDES, Cristiano; ALMEIDA, Célia Maria de. Desigualdades geográficas e sociais na utilização de serviços de saúde no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. 2000; v. 5, n.1, p. 133-149.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv: AI 10024140962291001 MG**. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120546096/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024140962291001-mg/inteiro-teor-120546143>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. Andamento do Processo n. 1009364-04.2014.8.26.0320 - Apelação - 17/11/2015 do TJSP. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/256962074/andamento-do-processo-n-1009364-0420148260320-apelacao-17-11-2015-do-tjsp>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

UNICEF. **Cuidados primários de saúde: 30 anos desde Alma-Ata**. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/sowc9pt/cap2-dest2.htm>>. Acesso em: 30 ago 2015.

UOL EDUCAÇÃO. **Wilhelm Röntgen. Físico Alemão**. 2014. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/klick/0,5387,1932-biografia-9,00.jhtm>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Carta do Atlântico - 1941**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/carta-do-atlantico-1941.html>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. 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: 15 ago. 2015.

_____. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

VEJA. E quem paga a conta? São Paulo: Editora Abril, v. 37, n. 31, p. 140-142, ago. 2004.

VIVEIRO, Alessandra A. A revolta da vacina. **Revista Eletrônica de Ciências**, n. 21, ago/set. 2003. Disponível em:

<http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_21/revoltavacina.html>. Acesso em: 13 dez. 2015.

WESTPHHAL Marcia Faria. Promoção da Saúde e Prevenção de Doenças. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et. al. **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz; 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Countries**. Disponível em <<http://www.who.int/countries/en/>>. Acesso em: 12 set. 2015.