

REVISTA BRASILEIRA  
DE DIREITO  
DA SAÚDE

Ano VII - Número 7 - Julho a Dezembro de 2017



**FEMIPA**

FEDERAÇÃO DAS SÍNDICAS SÓCIS DE AMBULADORIA  
E HOSPIAIS BENEFICENTES DO ESTADO DO PARANÁ





REVISTA BRASILEIRA  
**DE DIREITO  
DA SAÚDE**

## **Revista Brasileira de Direito da Saúde**

Publicação semestral da Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná, à qual se reserva todos os direitos, com apoio da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

As opiniões emitidas nos artigos assinados e publicados são de responsabilidade de seus autores.

A publicação conta com distribuição dirigida em território nacional com uma tiragem de 2.500 exemplares.

---

Revista Brasileira de Direito da Saúde

Ano VII - Número 7 - Julho a Dezembro de 2017. Femipa – Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná.

Pág. 204

Semestral

ISSN 2238-0477

1. Direito. 2. Saúde.

CDU – 342.7

---

**Flaviano Feu Ventorim**

Presidente da Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná (Femipa)

**Maçazumi Furtado Niwa**

Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

**Fernando Borges Mânica**

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde

**Conselho Editorial**

- André Gonçalves Dias Pereira (Universidade de Coimbra)
- Fernando Augusto de Melo Guimarães (TCE-PR)
- Gilmar de Assis (MP-MG)
- Gustavo Justino de Oliveira (USP)
- José Eduardo Sabo Paes (MP-DF)
- Miguel Kfoury Neto (TJ-PR)
- Paulo Bonavides (UFCE)
- Paulo Garrido Modesto (MP-BA e UFBA)
- Vanessa Verdolim Hudson de Andrade (TJ-MG)

**Colaboradores deste Volume**

- Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti
- Camila Jorge Ungaratti
- Fernando Borges Mânica
- Irene Patrícia Nohara
- Italo Roberto Fuhrmann
- Juliana Gonçalves de Oliveira
- Larissa Caroline Ferreira
- Lia Mosti Manso

**Diagramação**

Pedro Luis Vieira

# SUMÁRIO

Clique no número da página para ir diretamente ao artigo desejado.

7

## APRESENTAÇÃO

## ARTIGOS

9

### PARCERIAS NA ÁREA DA SAÚDE: MODELAGENS PARA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE ORGANIZADA

Irene Patrícia Nohara / Larissa Caroline Ferreira  
Lia Mosti Manso



45

### PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE SAÚDE: UM PANORAMA DAS CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS NO BRASIL E NO MUNDO

Fernando Borges Mânica



79

### O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E AS INCOMPREENSÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Juliana Gonçalves de Oliveira



**101**

**O DIREITO FUNDAMENTAL  
À SAÚDE NO BRASIL – ASPECTOS  
TEÓRICO-NORMATIVOS E  
PRÁXIS JURISDICIONAL**

Italo Roberto Fuhrmann



**139**

**PODER JUDICIÁRIO, DIREITO  
À SAÚDE E FORNECIMENTOS  
DE MEDICAMENTOS**

Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti



**167**

**ASPECTOS JURÍDICOS  
DOS CONTRATOS COLETIVOS DE  
PLANOS DE SAÚDE**

Camila Jorge Ungaratti



**205**

**INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES**

**207**

**NORMAS DE PADRONIZAÇÃO E ENVIO DE ARTIGOS**

# APRESENTAÇÃO

É com alegria que apresentamos à comunidade científica e profissional a sétima edição da Revista Brasileira de Saúde – RBDS, organizada pela Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná – FEMIPA.

A presente edição, veiculada em meio digital, surge num momento em que se intensificam as discussões acerca da saúde pública no Brasil, em especial no que tange (i) a judicialização da saúde, em especial com o julgamento de processos judiciais perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; à sustentabilidade dos sistemas universais de saúde, bem como das entidades privadas prestadoras de serviços públicos de saúde; e à regulação do sistema de saúde suplementar e das clínicas populares, com possível ampliação da autonomia contratual de operadores e usuários.

Nesse contexto, este volume traz interessantes estudos sobre temas que estão na pauta de debates. No primeiro artigo são tratadas as modelagens para a participação da sociedade organizada no SUS, com análise focada, especialmente, nos contratos de gestão e nas parcerias público-privadas. Sobre o mesmo assunto, o segundo estudo volta-se a descrever e analisar o panorama das parcerias público-privadas do tipo concessão administrativa no Brasil e no mundo. Em seguida, os trabalhos voltam-se à judicialização da saúde. O primeiro deles tem como objeto a efetividade do direito fundamental à saúde, à luz da judicialização; o segundo trata do direito à saúde na práxis jurisdicional; e o terceiro

discute os parâmetros jurídicos a serem observados na judicialização da saúde. Por fim, interessante artigo trata dos aspectos jurídicos dos contratos coletivos de planos de saúde.

Esperamos com a presente edição colaborar com os debates e estimular novos diálogos e reflexões sobre o Direito à Saúde, tema tão caro à nossa sociedade nos dias atuais.

**Flaviano Feu Ventorim**

Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais  
Beneficentes do Estado do Paraná – FEMIPA

**Maçazumi Furtado Niwa**

Coordenador Executivo da Revista Brasileira de Direito da Saúde

**Fernando Borges Mânica**

Professor da Universidade Positivo - PR.

Doutor em Direito pela USP.

Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito da Saúde





# PARCERIAS NA ÁREA DA SAÚDE: MODELAGENS PARA PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE ORGANIZADA

# PARTNERSHIPS IN HEALTH AREA: MODELING FOR ORGANIZED SOCIETY PARTICIPATION

## **Irene Patrícia Nohara**

Livre-Docente e Doutora em Direito do Estado (USP). Professora do PPGDPE da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## **Larissa Caroline Ferreira**

Acadêmica e Pesquisadora de IC da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## **Lia Mosti Manso**

Acadêmica e Pesquisadora de IC da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Transformações no terceiro setor na saúde. 3. Tratamento jurídico à saúde. 4. Regime jurídico de parcerias. 4.1 Parcerias Público-Privadas; 4.2 Contrato de Gestão com Organizações Sociais. 4.3 Convênios com entidades sem fins lucrativos; 4.4 Parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. 5. Alterações feitas pela Lei de Parcerias e seus impactos no setor da saúde. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** Saúde é tratada como direito fundamental na Constituição de 1988. O Estado deve prestá-la de forma gratuita, sendo permitido a celebração de parcerias com entidades privadas que atuem de forma complementar. O presente artigo objetiva fornecer um leque de possibilidades de celebração de parcerias na área da saúde, passando pelo contrato de gestão com organizações sociais, termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, convênio com entidades privadas e Parcerias Público-Privadas na forma de concessão administrativa. Espera-se conferir um panorama útil e atualizado para a abordagem das várias formatações de parcerizações presentes no ordenamento jurídico na área, contextualizando as transformações após o marco das Organizações da Sociedade Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saúde. Parcerias. Modelos de Gestão. Convênios.

**ABSTRACT:** In 1988 Constitution, health is treated as a fundamental right. Brazilian State must provide it free of charge, and it is possible to establish partnerships with private entities that should act as complementary. This article aims to provide a range of possibilities for the celebration of partnerships in health, through management agreement with social organizations, partnership terms with Civil Society Organizations of Public Interest, agreement with private entities and Public-Private Partnerships in the form administrative concession. It is hoped to provide a useful and up-to-date overview of the various models of partnerships in the legal framework in the area, contextualizing the transformations after the Civil Society Organizations Act.

**KEY WORDS:** Health. Partnerships. Management Models. Covenants.

## 1. INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, devendo ser prestada de forma gratuita pelo Estado. Não obstante, permite a Lei Maior a celebração de parcerias com entidades privadas, que poderão atuar de forma complementar, visando preencher o déficit do setor e, conseqüentemente, alcançar um serviço público de saúde de qualidade.

O presente artigo abre o leque de possibilidades de que dispõe o atual ordenamento jurídico para a celebração de parcerias na área da saúde. Seu objetivo principal é a análise da atuação da sociedade civil, por meio das entidades privadas sem fins lucrativos no setor da saúde, que podem celebrar: contrato de gestão com Organizações Sociais, parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e convênios com entidades privadas. Apresenta também outra modalidade, qual seja, a celebração de Parcerias Público-Privadas, na modalidade concessão administrativa, que se diferencia das demais por possuir natureza lucrativa por parte do Parceiro Privado.

A eficiência do modelo para o atendimento da saúde e a transparência da relação entre Poder Público e sociedade civil na prestação dos serviços são pontos norteadores deste trabalho.

A pesquisa buscou identificar em cada modalidade de parceria as principais características e requisitos para a constituição e o seu funcionamento, ressaltando a produtividade das soluções apresentadas por elas no atendimento público à saúde e estabelecendo como cada uma se enquadra na realidade brasileira.

O estudo foi realizado a partir da análise da legislação pertinente às modalidades de parcerias, englobando desde a Constituição Federal até leis específicas, além de pesquisa bibliográfica com vistas ao embasamento jurídico-teórico, a qual trouxe referências de autores como: Fernando Mânica, cuja produção acadêmica discorre sobre as relações do Estado e da saúde, dentro da área de Direito Administrativo, com ênfase nos municípios. Também foi utilizada a obra de Maria Sylvia Di Pietro, na análise das parcerias. A pesquisa abrangeu temas como: terceiro setor, a saúde no Brasil, Direito Público e Direito Administrativo.

As transformações legais provindas da Lei 13.019/14 - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, que alterou o regime jurídico das parcerias entre Poder Público e entidades privadas sem fins lucra-

tivos, foram contempladas no presente estudo, com destaque para área da saúde. Espera-se, portanto, esclarecer as diferenças em cada regime jurídico estabelecido em função das distintas possibilidades de parceria para prestação de saúde, norteando o gestor para as possibilidades jurídicas existentes sobretudo após as mudanças mais recentes no sistema jurídico de parcerias.

## 2. TRANSFORMAÇÕES DO TERCEIRO SETOR NA SAÚDE

Terceiro setor designa um conjunto de entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, que desenvolve atividades de relevância pública.<sup>1</sup> Diferencia-se do primeiro e do segundo setor, na medida em que o primeiro faz referência ao Estado e o segundo, por sua vez, possui natureza privada, sendo orientado para a finalidade lucrativa.

Tal setor age de forma voluntária em prol da sociedade, não tendo como objetivo final a lucratividade e sim o bem-estar daqueles a que se propõe a prestar serviços. Não se encontra no ordenamento jurídico a expressão terceiro setor, mas é mais comum encontrar-se os termos: “organizações não governamentais (ONG)”, “organizações da sociedade civil” (OSC), “entidades de caridade” etc.

A atuação do que hoje é conhecido como terceiro setor era basicamente direcionada aos indivíduos que, por discriminação e preconceito social, não se inseriam na sociedade. Dentre essas pessoas é possível identificar: viúvas, presos, órfãos etc.<sup>2</sup>

Na Europa, a assistência à saúde por meio da caridade surge como uma forma de prestígio, sendo praticada, em grande parte, pela elite local, tendo o cargo diretivo de uma entidade filantrópica um grande reconhecimento por parte da sociedade. No Brasil, o terceiro setor surge durante o período colonial, sobretudo a partir da ideia de caridade, valor essencialmente pregado pela Igreja Católica, que atuava por meio das Confrarias e Irmandades.

Diz Eloisa Cabral:

[..] apoiava-se em um modelo importado pelas Casas de Misericórdias portuguesas, de iniciativas caritativas e cristãs, que tratavam a ques-

1 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 661.

2 SANGLARD, Gisele; FERREIRA, Luiz Otávio; FREIRE, Maria Martha de Luna; BARRETO, Maria Renilda Nery; PIMENTA, Tânia Salgado. **Filantropos da nação: sociedade, saúde e assistência no Brasil e em Portugal**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015, p.25.

tão social como de resolução da sociedade, mediante a criação de asilos, educandários e corporações profissionais. [...] Nessa origem está a primeira Santa Casa de Misericórdia fundada em Santos por Brás Cubas, em 1543, e a primeira doação voluntária que consta do testamento da senhora Isabel Fernandes que, em 1599, dizia: "Deixo à Misericórdia mil réis".<sup>3</sup>

Seguindo o modelo europeu, nosso país adotou, por exemplo, no Rio de Janeiro, a mesma ligação entre elite e assistência aos necessitados.

Como leciona Renato Franco:

Do ponto de vista religioso, a Santa Casa de Misericórdia era compreendida como um paradigma de compaixão, porque representava o auge das pretensões de universalismo das irmandades leigas: acolhia escravos em seu hospital, recebia enjeitados mestiços, teve um cemitério franqueado a todos. Com grandes fortunas, os negociantes foram bem-vindos à Santa Casa fluminense sem maiores dramas. Participar de instituições de caridade era uma espécie de dever moral das elites e, na virada do século XVIII para o XIX, tornou-se também uma obrigação cívica.<sup>4</sup>

Antes da Constituição de 1988, aqueles que não contribuíam para a Previdência Social não possuíam direito à saúde pública, dependendo preponderantemente da ajuda de entidades de filantropia e caridade<sup>5</sup>. Atualmente, instituições como a Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, de natureza filantrópica, prestam serviço ao Sistema Único de Saúde (SUS), aplicando os recursos recebidos do Estado na manutenção e funcionamento adequado de seus serviços.<sup>6</sup>

Esse setor é responsável por 1/3 da capacidade instalada hospitalar, possuindo dessa forma um papel de relevante na área e na universalização do acesso aos serviços de saúde.<sup>7</sup> Por esse fato, atualmente se exige cada vez mais profissionais capacitados e melhoramento estru-

3 CABRAL, Eloisa Helena de Souza. **Terceiro setor: gestão e controle social**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.56.

4 SIANGLARD, Gisele; FERREIRA, Luiz Otávio; FREIRE, Maria Martha de Luna; BARRETO, Maria Renilda Nery; PIMENTA, Tânia Salgado. **Filantropos da nação: sociedade, saúde e assistência no Brasil e em Portugal**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015, p.36.

5 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. **SUS: a saúde do Brasil**. Brasil: Editora do Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_saude\\_brasil\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

6 SANTA CASA DE SÃO PAULO. **Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo: Excelência na Assistência Médica, Ensino e Pesquisa**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.santacasasp.org.br/portal/site/quemsomos/historico>>. Acesso em: set. 2017.

7 CANABRAVA, Claudia Marques. **Sistema Único de Saúde e o terceiro setor: caracterização de entidades, não hospitalares, que possuem serviços em atenção básica de saúde em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil**. Cad. de Saúde Pública. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n1/12.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

tural, o que leva ao interesse do Estado firmar parcerias para a melhor consecução da efetivação do direito à saúde.

### 3. TRATAMENTO JURÍDICO À SAÚDE

Reza o artigo 196 da Constituição Federal de 1988: “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”.

Nesse sentido, deve-se entender a saúde como um direito fundamental, que, na divisão clássica, é concebido como um direito de segunda geração (ou dimensão), sendo possível encontrar nessa categoria o direito de defesa e o de prestação. Pode-se, ainda, sintetizar o direito à saúde como um direito histórico, com legitimidade autogerativa (é inerente à pessoa humana), universal, igualitário e de aplicação imediata.

Nas palavras Norberto Bobbio:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais - concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia - tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através ou por meio* do Estado.<sup>8</sup>

A atuação estatal no que diz respeito à saúde reside na proteção e promoção de meios que possam ser utilizados pelo indivíduo para garantir seu bem-estar. Deve o Estado trabalhar na fiscalização e melhoramento, se necessário, de locais que possam gerar danos à saúde pública, como o saneamento básico. Além disso, o Estado deve prestar à sociedade um

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 1992, p.32-33. Dimensão é expressão preferida por Ingo W. Sarlet, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

serviço público (no caso, o Sistema Único de Saúde- SUS) organizado e que possa atender as demandas da população.

Nesse sentido, enfatiza Fernando Aith que a Constituição deve agir, simultaneamente, reconhecendo o direito à saúde a todos e impondo ao Estado a responsabilidade de organizar serviços e ações públicas capazes de reduzir doenças, bem como garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.<sup>9</sup>

Aith define o Sistema Único de Saúde como: “[...] a instituição jurídica mais importante do Direito Sanitário. Podemos conceituá-lo como a instituição jurídica criada pela Constituição Federal para organizar as ações e serviços públicos de saúde no Brasil.”<sup>10</sup>

Os principais objetivos do SUS estão elencados no artigo 5º da Lei Orgânica da Saúde - Lei 8.080/90, que são: (a) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; (b) a formulação de política de saúde; e (c) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Não se exaurindo no texto desse artigo, os objetivos vão além por meio do artigo 6º deste mesmo conjunto de normas.

Tratando-se ainda desta lei, temos que as diretrizes das ações e serviços de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS devem seguir os princípios elencados no artigo 7º, que, por sua vez, seguem as diretrizes do artigo 198 da Lei Maior. Dentre os princípios, temos: a universalidade, a integralidade e a participação da comunidade.

Em relação aos dois primeiros princípios, a *universalidade* impõe ao Estado o dever de agir perante cada necessidade específica encontrada em seu território, não podendo fazer discriminação de qualquer natureza. A *integralidade*, por sua vez, impõe que o Estado ofereça aos cidadãos serviços e produtos condizentes com suas necessidades.<sup>11</sup>

9 AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 339.

10 Ibidem, p. 340.

11 AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmim; NASCIMENTO, Paulo Roberto do; DALLARI, Sueli Gandolfi: **Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 15, n.1, p.36, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>> Acesso em: 01 jun. 2017.

Já o princípio da *participação da comunidade*, elencado no inciso VIII, da Lei Orgânica de Saúde, trata-se de uma contribuição da sociedade, que passa a enxergar as qualidades e dificuldades encontradas no sistema, atuando de forma a contribuir para a mudança, visando à melhoria na prestação do serviço público.

Vale ressaltar que, “os conselhos não estão habilitados legalmente para toda e qualquer decisão na matéria, mas exclusivamente para decisões que recaiam sobre a formulação de estratégias e o controle da execução de políticas públicas”.<sup>12</sup>

Sobre o artigo 198 é válido extrair de seu texto o seguinte trecho: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede *regionalizada e hierarquizada* e constituem um sistema único[...]”. Nesse sentido, o entendimento que podemos ter é o fato de que não temos os mesmos problemas nas diversas regiões do país, mostrando dessa forma a complexidade dos problemas de saúde no Brasil. Afirma, Sueli Dallari e Vidal Serrano:

Ao promover a regionalização e a hierarquização da atenção em saúde, a Constituição determina a criação de um sistema de referências e contra-referências, com o objetivo de racionalizar a utilização dos recursos para o atendimento.<sup>13</sup>

Ter uma rede hierarquizada significa que há uma racionalização do sistema, ou seja, há uma divisão em graus diferentes. A divisão se dá de três níveis distintos de atenção, que são: o primário, o secundário e o terciário. Respectivamente, cada um dos níveis trata do atendimento de pequena, média e alta complexidade.

Conforme a informação divulgada pela cartilha desenvolvida pelo Ministério da Saúde:

No Sistema Único de Saúde, há o que se chama de referencialização. Na estratégia de atendimento, para cada tipo de enfermidade há um local de referência para o serviço. A entrada ideal do cidadão na rede de saúde é a atenção básica (postos de saúde, equipes do Saúde da Família, etc.).

Um segundo conceito básico do SUS é a hierarquização da rede. O sistema, portanto, entende que deve haver centros de referência para graus de complexidade diferentes de serviços. Quanto mais complexos os ser-

12 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p.95.

13 *Ibidem*, p. 83.

viços, eles são organizados na seguinte seqüência: unidades de saúde, município, polo e região.<sup>14</sup>

Sabe-se que o Estado por si só não é capaz de atender todas as demandas na área da saúde, devendo recorrer a outros meios para cumprir o seu dever de garantir tal direito. Por esse motivo, é necessário que haja parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, visando proporcionar um atendimento adequado à população. Vale ressaltar que tais parcerias, embora firmadas com a iniciativa privada, possuem caráter público, devido a sua especificidade e ao modo pelo qual a relação jurídica é realizada.

Dessa forma, um hospital particular que celebra parceria com o SUS deve prestar seu serviço de acordo com os princípios e diretrizes do Sistema Único. Em outras palavras, deve prestar um atendimento gratuito e integral, sendo posteriormente remunerado pelo Poder Público.

Partindo para uma análise do artigo 199 da Constituição Federal em vigência, temos que: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. E especifica o § 1º deste mesmo artigo que: “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

No que concerne as parcerias no âmbito da saúde, afirma Fernando Mânica que as parcerias correspondem a uma relação jurídica duradoura, onde as partes envolvidas conjugam esforços voltados à defesa, promoção, proteção ou recuperação da saúde, o que inclui as atividades elencadas no artigo 200 da Constituição Federal.<sup>15</sup>

Vale ainda destacar o esclarecimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que: “[...] O principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos.”<sup>16</sup>

14 BRASIL. Ministério da Saúde. **Entendendo o SUS**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://portalarquivos.sau.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2017.

15 MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1.ed, p. 3, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>> Acesso em: 21 mai. 2017.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 189.

Analisando o texto do parágrafo 1º, do artigo 199, a atuação da iniciativa privada é *complementar*, devendo obedecer o critério estabelecido no artigo 6º da Portaria nº 1.034/2010, que dispõe sobre a tal atuação no âmbito da saúde e que diz:

Após ter sido dada a devida preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, e ainda persistindo a necessidade de complementação da rede pública de saúde, será permitido ao ente público recorrer à iniciativa privada, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 1993.

Ainda em relação à complementariedade:

[...] a Constituição, no dispositivo citado [§1.o do art. 199], permite a participação de instituições privadas **“de forma complementar”**, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução matéria de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional.<sup>17</sup>

Além de estar disposto no artigo 199 da Constituição Federal, o modo pelo qual o Sistema Único deve firmar parcerias encontra-se também na lei 8.080/90, nos artigos 24 a 26.

Por fim, é oportuno abordar o tema do orçamento do SUS. Nesse sentido, afirma o parágrafo 1º do artigo 198 da CF: “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

Detalha ainda o art. 31 da Lei Orgânica da Saúde:

O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

17 Ibidem, p.186.

Por meio do artigo 32 da Lei 8.080/90, entende-se como outras fontes os recursos provenientes de: serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; ajuda, contribuições, doações e donativos; alienações patrimoniais e rendimentos de capital; taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

Com a Emenda Constitucional n 29, de 2000, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passou a vigorar acrescido do artigo 77 que possui o seguinte texto:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I – no caso da União: (a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; (b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b, § 3º.

Dessa forma, a análise do Sistema Único de Saúde permite-nos concluir que a saúde pública no Brasil deve passar por diversas transformações para que se obtenha uma prestação de qualidade. Dentre as mudanças a serem alcançadas, é importante citar a melhor distribuição orçamentária, bem como uma melhor regulamentação no que diz respeito as parcerias firmadas entre o SUS e a iniciativa privada, uma vez que nosso ordenamento jurídico não possui uma legislação federal específica sobre o assunto.

Entretanto, mesmo com pontos a serem modificados, o Sistema Único não pode ser entendido como ineficiente. A partir da criação do SUS, houve um significativo avanço, ainda que persista a necessidade de ajustes no volume de investimentos e na maneira como se gerencia as entidades prestadoras de serviços públicos de saúde.<sup>18</sup>

Portanto, o que se tem é um sistema que não é ruim, mas que, por si só, não é capaz de atender às necessidades da população brasileira, ne-

18 MÂNICA, Fernando Borges. SUS com recurso privado. *Gazeta do Povo*, 12 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/sus-com-recurso-privado-42dknod4h32301di0lk1xmjwu>> Acesso em: 03 jun. 2017.

cessitando firmar, por exemplo, parcerias - o que não exclui seu caráter público -, cujo objetivo é a melhoria na prestação do serviço na área de saúde. Observa-se ainda que nosso ordenamento jurídico dispõe de um pormenorizado tratamento à saúde, contendo em seu bojo diversos instrumentos que procuram estabelecer de fato a garantia desse direito.

## 4. REGIME JURÍDICO DE PARCERIAS

### 4.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas (PPP's) são espécies de contratos de concessão, sendo disciplinadas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.079/2004.

As PPP's inserem-se no cenário brasileiro como uma alternativa diante da defasagem existente na prestação de serviços no setor da saúde, em que há uma demanda crescente por melhorias em infraestrutura. Ademais, segundo expõe Mesquita as demandas sociais, além de crescentes, são cada vez mais complexas, exigindo maior participação da iniciativa privada.<sup>19</sup> Enfatiza Mesquita:

É onde o Estado tem cada vez menos recursos e condições para dar respostas adequadas e de forma isolada. Mas ao mesmo tempo, era possível ver que há um ambiente certamente mais favorável para uma participação maior da iniciativa privada para a ampliação da oferta e melhoria da qualidade dos serviços de utilidade pública.<sup>20</sup>

Reguladas pela Lei 11.079/04, as PPP's são definidas no art. 2º como “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

A concessão de modalidade patrocinada, presente no art. 2º, § 1º, da Lei 11.079/04, é a concessão em que o parceiro público outorga ao parceiro privado a prestação de um serviço público, para qual haverá a contraprestação do parceiro público e adicionalmente uma tarifa cobrada ao usuário final.

Já a concessão de modalidade administrativa inserida no art. 2º, § 2º, da lei, é aquela em que o parceiro público delega ao parceiro privado

19 MESQUITA, Deraldo. **História e Estruturação Parcerias Público Privadas**. Debates GV Saúde. Vol. 1 - 1o semestre de 2006. Disponível em: <<http://gvsauade.fgv.br/sites/gvsauade.fgv.br/files/9.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2017.

20 Ibidem.

a prestação de um serviço público em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que ocorra execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Na concessão administrativa a contraprestação provém apenas do Estado e, possivelmente, também de receitas acessórias.

Estão contidas no art. 6º da lei 11.079/04 as formas em que a Administração Pública realizará a contraprestação, sendo estas por: (i) ordem bancária; (II) cessão de créditos não tributários; (III) outorga de direitos em face da Administração Pública; (IV) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e (V) outros meios admitidos em lei. É válido ressaltar que são vedados os contratos de PPP's cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00.

A modalidade patrocinada tem sua realização impedida no âmbito da saúde, pois a saúde é um direito fundamental, direito gratuito de todos quando prestada pelo Estado ainda que indiretamente, uma vez que nesta é cobrado ao usuário uma tarifa pela utilização do serviço. Portanto, na área da saúde só poderão ser firmadas parcerias público-privadas de modalidade administrativa, onde a contraprestação provém apenas do Poder Público, e o indivíduo que usufrui do serviço não paga.

O parceiro privado pode realizar serviços de obra, reformas em hospitais, fornecer equipamentos, isto é, serviços nos quais a Administração Pública é a usuária direta, entretanto a lei 11.079/04 veda em seu art. 2º, § 4º, inciso III, a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como seu único propósito o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Diante deste quadro faz-se útil o ensino de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Com efeito quando o dispositivo fala na administração como usuária direta, pode-se imaginar qualquer dos serviços prestados diretamente a ela previstos nos artigos 6º,II, e 13 da Lei nº8.666; porém, quando se fala em usuária indireta está se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos (como os estudantes de uma escola pública, os pacientes de um hospital público etc.);<sup>21</sup>

21 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.p 359.

Portanto, a concessão administrativa fornece, juntamente à atividade material prestada diretamente à Administração Pública, a prestação de serviços em que a Administração Pública é a usuária indireta, ou seja, serviços à população, como serviços de apoio e serviços clínicos.

“Por meio dessa modalidade de ajuste, o parceiro privado compromete-se a construir e/ou equipar uma unidade de saúde pública, bem como prestar o serviço de modo gratuito a todos que dele necessitarem.”<sup>22</sup>

Mãnica manifesta-se sobre tal assunto distinguindo tais serviços prestados como: (a) serviços de apoio, isto é, segurança, nutrição, lavanderia; e (b) serviços clínicos de assistência à saúde, como médicos, fisioterapeutas e enfermeiros.<sup>23</sup>

No contrato de parceria, o art 5º da lei 11079/04 determina que as cláusulas devem conter, no que couber, o disposto no art.23 da Lei 8.987/95 devendo também prever: a) o prazo de vigência do contrato; b) as penalidades para o Parceiro Público e para o parceiro privado em caso de inadimplemento contratual; c) a repartição de riscos entre as partes; d) as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; e) os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; f) os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; g) os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; h) a prestação do parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites da lei; i) o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; j) a realização de vistoria dos bens reversíveis; k) o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do apoio.

A melhoria da prestação de serviço na saúde por intermédio de parcerias público-privadas tem sido opção em várias localidades do país.

22 MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan.-jun. 2014. P. 31

23 MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 17 Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>> Acesso em: 12 jun. 2017.

Um exemplo de PPP conhecida no setor da saúde é a do Hospital do Subúrbio (HS), situado no Estado da Bahia, sendo o primeiro projeto de PPP no setor de saúde. A parceria foi firmada após o início das obras onde foi delegado ao parceiro privado a tarefa de investir e gerenciar a unidade hospitalar, com serviços assistenciais e de apoio.<sup>24</sup>

## 4.2 CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Entende-se por organização social uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por particulares e que, se atendidos os requisitos exigidos por lei, pode celebrar parceria com o governo mediante contrato de gestão.

José Marcelo Ferreira Costa<sup>25</sup> afirma que tais organizações fazem parte do chamado “Terceiro Setor”, contrapondo-se a esse entendimento Maria Sylvania Zanella Di Pietro, para quem: “As chamadas Organizações Sociais [...] apresentam algumas peculiaridades que as diferenciam das demais. Talvez, por isso mesmo, tenham sido excluídas do âmbito de aplicação da Lei nº 13.019, de 31-8-14 [...]”<sup>26</sup> Nessa linha, entende Di Pietro, que as Organizações Sociais não prestam atividade privada de interesse público, mas serviço público social de titularidade do Estado que é transferido por delegação via contrato de gestão, o que as aproxima, na visão dela, das concessões administrativas.<sup>27</sup>

Inicialmente, as organizações sociais foram anunciadas no ano de 1995, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Assim estava descrito no Plano Diretor:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados, se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal.<sup>28</sup>

24 OLIVEIRA, Jorge. **PPP na saúde - inovação para o bem do serviço público**. Portal PPP Brasil. 06 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppp-na-32sa%C3%BAdeinova%C3%A7%C3%A3o-para-o-bem-do-servi%C3%A7op%C3%BAblico>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

25 COSTA, José Marcelo Ferreira; NOHARA, Irene Patrícia (coord.); FILHO, Marco Antonio Praxedes de Moraes (coord.) **Organizações sociais: comentários à Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

26 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 618.

27 Idem. *Ibidem*.

28 BRASIL, Presidência da República- Câmara da Reforma do Estado: **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf/view>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

Posteriormente, foram previstas na Medida Provisória nº 1.648-7, de 23 de abril de 1988 a qual, por fim, foi transformada, dando origem a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

Sobre a referida lei, é possível afirmar que há a prestação do mesmo serviço, só que ao invés de serviço público, ele será prestado como uma atividade privada de interesse público fomentada pelo Estado.<sup>29</sup>

José Marcelo Ferreira Costa afirma que as parcerias constituem uma forma de participação complementar (fomento), o que pode levar a um “campo de intercâmbio de *expertise* entre os segmentos público e privado”.<sup>30</sup>

O objetivo do contrato “é o de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público”<sup>31</sup>. Essa forma de vínculo encontra seu amparo legal no parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição Federal, que diz:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.

A autonomia que se tem ao firmar o contrato de gestão, refere-se às entidades da Administração Indireta, pois estariam livres de certas formas de controle. Entretanto, ao se falar de organizações sociais, essa autonomia não ocorre, uma vez que haverá a sujeição das organizações às exigências contidas no contrato.

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 213.

30 COSTA, José Marcelo Ferreira; NOHARA, Irene Patrícia (coord.); FILHO, Marco Antonio Praxedes de Moraes (coord.) **Organizações sociais: comentários à Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 384.

O artigo 1º da Lei 9.637/98 afirma que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades devem ser dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Além disso, tal pessoa deve atender aos requisitos enunciados nos artigos 2º e 3º dessa mesma lei. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma ainda que o último dos requisitos a ser atendido é o de firmar contrato de gestão com o Poder Público. “Este último traço não foi formulado diretamente, mas parece indispensável, condicional à sua qualificação, em face dos arts. 2º, “f”, 4º, II e 5º e ss.”<sup>32</sup>

O contrato de gestão é o instrumento pelo qual a organização social e a Administração Pública estabelecem um vínculo jurídico. É o que se tem no artigo 5º da Lei nº 9.637/98:

Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

No contrato de gestão, deve-se ter especificado as atribuições, responsabilidade e obrigações das partes envolvidas, especificando o plano de trabalho proposto pela organização social, suas metas, prazos e critérios objetivos de avaliação de desempenho.<sup>33</sup>

Em relação à natureza jurídica do contrato de gestão, temos diversas interpretações a seu respeito na doutrina. Há quem diga que se trata de um contrato e quem discorde, dizendo que se trata de um convênio, sendo esta última a interpretação mais condizente com o julgamento da ADI 1923 pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, explica José Marcelo Ferreira Costa:

[...] a Lei Federal nº 9.637/1998 instituiu a figura do contrato de gestão com forte inspiração no regime jurídico dos convênios, mas com certas peculiaridades normativas reservadas para os contratos administrativos, especialmente no que tange à identificação de obrigações entre as partes e a estabilidade da relação.<sup>34</sup>

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 242-243.

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 619.

34 COSTA, José Marcelo Ferreira; NOHARA, Irene Patrícia (coord.); FILHO, Marco Antonio Praxedes de Moraes (coord.) **Organizações sociais: comentários à Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

Hely Lopes Meirelles entende que se trata mais de um acordo operacional do que de um contrato, uma vez que não há interesses contraditórios.<sup>35</sup>

Como já citado, as partes envolvidas no contrato são a Administração Pública e a organização social. O objeto acordado entre os sujeitos é a parceria voltada para a atuação nas seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e por fim, saúde.

Em relação à vigência deve-se aplicar para o primeiro, o inciso II do artigo 57, da Lei nº 8.666/1993, já que a lei das organizações sociais não a especifica. Diz o referido inciso:

à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

Quanto à rescisão, aplicar-se-á o disposto no artigo 79 da mesma lei. Um dos motivos para a ocorrência da rescisão é o descumprimento daquilo inicialmente acordado. Por isso, deve haver a observância do que consta no artigo 7º da lei: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, dentre outros.

O artigo 6º da Lei Federal nº 9.637/98 afirma, em seu parágrafo único, que deve haver uma submissão prévia do contrato de gestão à apreciação da autoridade administrativa, que, por sua vez, verificará os requisitos referentes à legalidade ou ao conteúdo da proposta.

Conforme o artigo 8º da lei, deve ainda haver a fiscalização por órgão ou entidade supervisora, além da obrigação da entidade apresentar ao Poder Público relatórios referentes ao seu desempenho na área em que se prestou a atuar, procurando evitar desvios.

Além disso, é exigida uma análise de resultados por comissão de avaliação do contrato de gestão, cujo órgão é formado por “representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral”.<sup>36</sup>

O fomento fornecido pelo parceiro público conforme estabelecido pelo art. 12 da Lei 9.637/98 se faz por meio da destinação de recursos orçamentários e de bens públicos.

35 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

36 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 619.

A pessoa jurídica mantém sua qualificação de organização social durante a existência do contrato de gestão, após o firmamento deste fica obrigada a cumprir as exigências nele presentes, o descumprimento destas poderá acarretar a desqualificação das entidades, como disposto no art. 16 da Lei 9.637/98.

Para parcerias do Poder Público com as organizações sociais firmadas na área da saúde, devem ser observados os princípios do Sistema Único de Saúde, conforme expresso no art. 18 da Lei:

A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990.

De acordo com Fernando Borges Mânica, no contrato de gestão no âmbito da saúde, a organização social pode atuar estritamente com a gestão da prestação pública dos serviços, fazendo uso de toda a estrutura estatal, física e até dos recursos humanos, o que não ocorre nas demais modalidades de parcerias.<sup>37</sup>

No Estado de São Paulo as organizações sociais foram regulamentadas pela Lei complementar nº 846, de 04 de junho de 1998. Adicionalmente aos requisitos apresentados pela Lei nº 9.637 para a qualificação como organização social, a Lei Complementar nº 846 em seu art. 2º, parágrafo único, insere como requisito a necessidade que a entidade comprove possuir serviços próprios de assistência à saúde há mais de 5 anos.

Para Di Pietro, em São Paulo, com o advento da Lei complementar nº 846 as organizações sociais passam a ser mais adequadamente disciplinadas do que no cenário federal, pois estas:

Não podem absorver atividades exercidas por entes públicos; não podem utilizar bens do patrimônio público que já estejam sendo utilizados por entidades públicas; não contam com representantes do poder público em seus órgãos de administração; existe um procedimento para esco-

37 MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 20 Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>>. Acesso em: 12. Jun. 2017.

Iha da entidade. Não há dúvida de que elas administram serviço público por delegação do Estado.<sup>38</sup>

Em São Paulo, as Organizações Sociais da Saúde (OSS) têm estabelecido em seus contratos de gestão metas de produção, metas formais e metas de satisfação do usuário, que são importantes para o acompanhamento do desempenho dos serviços prestados.

As OSS gerenciam serviços de saúde como: Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (AME), Centro de Referência do Idoso (CRI), Centros de Reabilitação da Rede Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (CEAC), Serviços de Diagnóstico por Imagem (SEDI), Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (CEADIS) e Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS).<sup>39</sup>

Há que se ressaltar que as OSS têm o propósito de somar forças à prestação dos serviços de saúde de forma a melhorar o atendimento à população e não simplesmente ocupar o espaço do Estado nos serviços de saúde.

O contrato de gestão é uma forma do Poder Público estabelecer um vínculo com uma entidade privada sem fins lucrativos para gerenciar e consequentemente melhorar o atendimento público de saúde.

Entretanto, há divergências na doutrina acerca deste assunto, pois uma vez que a Administração transfere o serviço público a uma entidade privada, poderia ela estar utilizando-se da organização social para realizar serviços que estariam ao alcance do direito público. Ou seja, a Administração poderia utilizar-se de uma entidade privada para prestar serviços públicos para fugir “daquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública”.<sup>40</sup>

Um ponto a ser discutido é o da dispensa de licitação, uma vez que a Lei nº 9.637/88 não a prevê. Nesse sentido, em 2015, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923 que tratou sobre a validade da parceria entre o Poder Público e organizações sociais. A partir do julgamento, entendeu-se que “a celebração de convênio com tais entidades deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com obser-

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 623.

39 BRASIL. Secretaria da Saúde: **Organizações Sociais de Saúde**. São Paulo: Governo Federal de São Paulo. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2017.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 622.

vância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (caput do artigo 37).<sup>41</sup>

É válido ressaltar que não há um impedimento para que leis estaduais e municipais editem norma sobre o procedimento de escolha de entidade.

Dessa forma, para evitar desvios e gerar transparência, deve haver uma fiscalização eficiente, visando verificar se as metas inicialmente propostas foram atingidas e se de fato tal parceria trouxe melhorias para o serviço de saúde no país, além de observar se houve o cumprimento dos princípios do SUS e a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União.

### 4.3 CONVÊNIOS COM ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

O convênio é a forma pela qual o Poder Público e entidades públicas ou privadas celebram um ajuste, objetivando resultados em comum. Não se trata de uma delegação, mas sim de uma mútua colaboração entre os envolvidos.

Os convênios com o terceiro setor estão disciplinados pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e pelo Decreto n. 6.170/07, alterado pelos Decretos nº 8.180/13, 8.244/14 e 8.943/16.

O texto do parágrafo primeiro do Decreto n. 6170/07 afirma que:

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

O artigo 116 da Lei n. 8.666/93 estabelece as seguintes exigências:

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF**: Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 19 julh. 2017.

de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a redação do texto normativo traz a ideia de que o convênio só poderá ser aplicado em ajustes que tenham por objeto a realização de projetos, com repasse de verbas. Isso causa uma falsa ideia, uma vez que nem sempre é o que ocorre, podendo haver hipóteses em que o objetivo é o de estabelecer mútua colaboração e esta nem sempre envolve repasse de verbas.<sup>42</sup>

O convênio surge como forma de descentralização de ações. Antes do advento da Lei n. 13.019/14, o ajuste poderia ser celebrado entre entes públicos e entre entes públicos e entidades privadas, sendo a seleção dos particulares feita forma subjetiva, sem determinação de critérios claros. A partir de tal lei, os convênios tiveram sua atuação restringida e agora a regra geral é que só podem ocorrer entre entes públicos.

Entretanto, o inciso V do artigo 3º desta lei afirma que não se aplica as exigências que nela constam: “aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.”

Desta forma, excluindo-se os casos previamente previstos, os convênios públicos-privados devem adotar a forma de termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. A lei define cada uma dessas figuras, respectivamente, nos incisos VII, VIII e VIII-A do artigo 2º.

Tratando-se do setor da saúde e sabendo-se do texto do inciso IV, do artigo 3º do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil deve-se entender que a execução do convênio ocorre por meio da estrutura privada instalada, podendo, em alguns casos, haver o repasse de verbas para o investimento em construção, reforma ou compra de equipamentos.<sup>43</sup>

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 388.

43 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017, p.94.

O Decreto n. 6170/07 em seu artigo 4º traz a obrigatoriedade de seleção de entidade sem fins lucrativos por meio do chamamento público. Diz o referido artigo:

Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

No que concerne ao valor que a entidade sem fins lucrativos recebe, deve-se ter em mente que o dinheiro mantém sua natureza de público, uma vez que: “as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido.”<sup>44</sup>

As fases do convênio são: proposição, celebração, execução e prestação de contas.<sup>45</sup> Primeiramente, deve-se identificar a existência de uma necessidade que necessita de uma atuação imediata do Poder Público. Após isso, deve-se realizar o chamamento público, que consiste na reunião de entidades interessadas em firmar parceria e na escolha daquela que se mostrou apta a executar o objeto da melhor forma.

Após a escolha do parceiro, deve-se controlar e fiscalizar a execução, que deve seguir todos os pontos especificados no plano de trabalho. Chegará ao fim com a aprovação final das contas pelo Poder Público. Vale ressaltar que a prestação de contas se dá durante todo o processo do convênio e é disciplinada em esfera federal pela Portaria Interministerial n. 507, de 2011.

Em suma, o que se tem é um controle e fiscalização prévio, concomitante e posterior, uma vez que se inicia antes de se firmar o ajuste, durante a execução e após a aprovação das contas apresentadas.<sup>46</sup>

Dessa forma, entende-se que o convênio possui diversos dispositivos legais que visam à transparência e eficiência na execução do objeto acordado, por meio do plano de trabalho, do chamamento público, do controle e fiscalização de prestação de contas, da aprovação ou não pelo Poder Público parceiro, além da devida responsabilização nos casos de irregularidades, seja esta feita pelo parceiro público ou pelo Tribunal de Contas.

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 391.

45 BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Convênios e outros repasses**. – 6. ed. – Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2016, p.15. Disponível em: <[http://portal.convenios.gov.br/images/\\_Conv%C3%AA-nios\\_e\\_outros\\_repasses\\_6%C2%AA\\_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://portal.convenios.gov.br/images/_Conv%C3%AA-nios_e_outros_repasses_6%C2%AA_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2017.

46 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017, p.97.

#### 4.4 PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é a qualificação concedida pelo Ministério da Justiça a pessoas jurídicas de direito privado, sem fim lucrativo. A OSCIP é inserida no ordenamento jurídico pela lei 9.790/99 regulamentada pelo Decreto 3.100/99, a lei também sofreu alterações com o advento da lei 13.019/14.

Ao preencher os requisitos da lei, e sendo deferida pelo Ministério da Justiça a qualificação de OSCIP, a entidade torna-se apta para firmar parceria com o Poder Público.

Embora as OSCIPs tenham similaridades com as organizações sociais, estas se diferem em aspectos fundamentais, como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a Oscip exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado.”<sup>47</sup>

Conforme ensina Fernando Borges Mânica, anteriormente à implementação da Lei 9.790/99 a cessão de títulos e certificados necessária para a obtenção de incentivos públicos continha excessiva burocracia, critérios imprecisos, e fortes influências políticas nos processos da qualificação e outorga dos benefícios<sup>48</sup>, portanto a lei estruturou a tal outorga, de forma melhor organizada, segundo enfatiza:

A Lei das OSCIPs nasceu com o escopo de trazer critérios legais, objetivos e aptos a definir quais entidades efetivamente possuem caráter público, bem como oferecer a tais entidades a possibilidade de obter apoio estatal por meio de um mecanismo despidido de procedimentos excessivamente burocráticos.<sup>49</sup>

O art. 2º da lei 9.790/99, lista as entidades que não poderão se qualificar como OSCIP, no que concerne ao âmbito da saúde vale citar a impossibilidade da qualificação de instituições hospitalares privadas não gratuitas, suas mantenedoras e as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados.

Para obter a qualificação de OSCIP a entidade privada necessita de um período de constituição e funcionamento regular de no mínimo 3

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 652.

48 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017, p.120.

49 *Ibidem*, p. 120.

anos e deve possuir pelo menos um dos objetivos estabelecidos no art. 3º da Lei 9.790/99. O que permite parcerias com as OSCIP na área da saúde, explicitado no inciso IV, é “a promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei”

As pessoas jurídicas que pretendem a qualificação devem ter definido em seus estatutos as normas previstas no art. 4º da Lei 9.790/99 dentre elas a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; a constituição de um conselho fiscal ou órgão equivalente e a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para os que prestam serviços específicos.

A parceria firmada entre a OSCIP e o Poder Público tem como finalidade o fomento e a execução de atividades de interesse público e para que esta ocorra o § 2º do art.10 exige que estejam estabelecidos no Termo de Parceria cláusulas que contenham: (a) o objeto com a especificação do programa de trabalho; (b) a estipulação de metas e resultados com respectivos prazos de execução ou cronograma; (c) a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado previsão de receitas e despesas; (d) a previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos; (e) as obrigações da OSCIP, dentre estas a de apresentar relatórios; (f) a publicação, na imprensa oficial conforme o alcance das atividades celebradas na parceria.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o papel da Administração Pública nas parcerias com OSCIP's é o de fomentador. A parceria do Estado se dá pela cooperação e ajuda às entidades privadas que atendem aos requisitos legais e exerçam as atividades expostas no art 3º da lei, em vez de simplesmente transferir o serviço público. Ainda relata Di Pietro que apesar da exigência de as OSCIPs terem como atividade principal uma das estabelecidas no artigo 3º, há OSCIPs que desenvolvem atividades distintas destas.<sup>50</sup>

Mânica enfatiza que as parcerias com OSCIP na área da saúde têm ampla abrangência, podendo existir com diferentes finalidades, uma vez que vários fatores contribuem para a promoção da saúde como educação,

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 654.

realização de atividades físicas, alimentação, meio-ambiente saudável, podendo então essas áreas serem passíveis de objeto de parcerias com as OSCIP's, admitindo também, dentro dessa noção, que as OSCIP's realizem a prestação de serviços assistenciais pela assistência médica ambulatorial, hospitalar e domiciliar.<sup>51</sup>

A escolha da OSCIP que celebrará a parceria com o Poder Público é feita por meio de publicação do edital do concurso de projetos conforme definido pelo art. 23 do Decreto 3.100/99, que deve conter com clareza as especificações e objetivo do termo da parceria a ser firmado.

As OSCIP's interessadas apresentam seus projetos técnicos com o detalhamento dos custos, ocorrendo então a seleção da OSCIP que firmará a parceria, conforme os critérios estabelecidos no art. 27 do mesmo Decreto.

A fiscalização e acompanhamento do andamento da parceria, é feita pelo Órgão do Poder Público da área de atuação, junto aos Conselhos de Políticas Públicas dos diferentes níveis de governos. A OSCIP e o órgão Público ao realizar a parceria devem compor uma comissão de avaliação que tem como finalidade analisar todos resultados obtidos com a parceria.

Quanto à fiscalização de possíveis desvios de recursos e bens o art.12 da Lei 9.790/99 determina que tais casos devem ser submetidos ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público.

## 5. ALTERAÇÕES FEITAS PELA LEI DE PARCERIAS E SEU IMPACTO NO SETOR DA SAÚDE

A Lei federal 13.019/14, regulamentada pelo Decreto n. 8726/2016, traz ao nosso ordenamento jurídico uma mudança na regulamentação das parcerias do Estado com entidades sem fins lucrativos. Conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), a Lei 13.019/14 institui as figuras dos termo de parceria, termo de fomento e acordo de cooperação.

O Marco Regulatório do Terceiro Setor é o resultado de uma mobilização das Organizações da Sociedade Civil (OSCs), que estão definidas no artigo 2º da lei. Tal iniciativa tinha como objetivo criar uma lei

51 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017, p.120/121

que trouxesse em seu texto normas capazes de garantir maior segurança e transparência nas parcerias firmadas entre o Poder Público e o terceiro setor.

A luta para a criação de uma lei específica que atendesse aos interesses das OSCs remonta a 30 anos atrás, com grandes avanços em 2010, onde a candidata Dilma Rousseff se compromete com sua criação.<sup>52</sup> Passados anos, somente em julho de 2014 o Projeto de Lei que regulamenta as parcerias entre Estado e OSCs é aprovado no Congresso Nacional.

Como a maioria das conquistas sociais, a lei em questão demandou uma longa espera, sendo importante salientar que até mesmo em relação a sua vigência houve morosidade: esta só teve sua entrada em vigência 540 dias após sua promulgação, que ocorreu em 23 de janeiro de 2016 para as parcerias estaduais e federais e em âmbito municipal, ocorreu em 1º de janeiro de 2017. Além disso, sofreu importantes alterações pela lei 13.204/15, que fez mais de quatrocentas reformas em seu texto original.

A abrangência da Lei 13.019/14 se dá em todo o território nacional, o que não exclui a aplicabilidade do princípio da predominância do interesse, isto é, a lei poderá ser suplementada nos estados e municípios visando sua adequação às necessidades de cada região, não podendo, contudo, infringir a norma geral.

Sua aplicabilidade se dá para todas as OSCs, não exigindo nenhum certificado específico para a ocorrência de sua atuação.

Com o advento da Lei 13.204/14, em seu art. 3º, foram excluídos do âmbito de alcance das exigências da Lei 13.019/14, os contratos de gestão com Organizações Sociais e os termos de parceria com OSCIPs, desde que essas entidades cumpram os requisitos das leis que as regem, respectivamente, a Lei 9.637/98 e a Lei 9.790/99.

Para Maria Sylvania Di Pietro, pode se pensar que a lei perdeu grande parte do seu objeto, uma vez que as OS e as OSCIPs, que em sua opinião, deveriam ser o principal alvo da Lei 13.019/14, ficaram de fora da aplicabilidade desta, principalmente as OSCIPs, que de acordo com Di Pietro, são as que mais apresentam desvirtuamentos, inclusive de recursos públicos.<sup>53</sup>

52 BRASIL, Associação Brasileira de ONGs- ABONG. **Cartilha: Lei 13.019/14: Fortalecer a sociedade civil e ampliar a democracia, 2016.** Disponível em: <http://portal.convenios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/cartilha-lei-13-019-2014-fortalecer-a-sociedade-civil-e-ampliar-a-democracia>> Acesso em: 19 out. 2017.

53 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo.** 30 ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 657.

É válido ressaltar que, em se tratando de celebração com entidades sem fins lucrativos na área da saúde, objeto deste estudo, aplicam-se os convênios, uma vez que essa atividade não é exercida por tempo determinado, dado que é contínua. Dessa forma, o convênio também teve sua aplicação restringida, aplicando-se, de acordo com o inciso IV, art. 3º da Lei 13.019/14 somente no serviço de saúde complementar ao SUS.

Especificamente em relação à área da saúde, a Lei 13.019/14 pode ser aplicável a todas as OSCs que tenham como objeto social a prestação de serviços de assistência à saúde.<sup>54</sup>

Entende Fernando Mânica que:

[...] o fato de a Lei n. 13.019/14 ter mantido a existência dos convênios com o terceiro setor para a prestação de serviços no âmbito do SUS, não significa que não seja possível, também nessa esfera, a celebração de outras modalidades de ajuste, como os termos de colaboração e os termos de fomento. A escolha por um ou outro modelo de ajuste deve ser feita de forma motivada pelo gestor público a partir da realidade fática a ser enfrentada pela parceria.<sup>55</sup>

A inovação desta lei encontra-se na instituição de novas modalidades de ajuste entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos, quais sejam: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. As duas primeiras necessitam de transferência de recursos financeiros para sua atuação e são instituídas em substituição aos convênios. A terceira, por sua vez, ocorrerá quando não se fizer necessário tal transferência.

O termo de colaboração consiste em uma relação entre o Poder Público e a Organização Social da Sociedade Civil (OSC), no qual haverá a execução de políticas públicas que já estão com parâmetros consolidados, ou seja, o papel da organização será de complementar a atuação do Estado.

O termo de fomento, por sua vez, é celebrado visando o apoio estatal em ações que já são executadas pelas OSCs. Com a ajuda do Poder Público, as iniciativas da Organização Social da Sociedade Civil tende a se tornar mais moderna, ao passo que haverá maior investimento tecnológico, além da ampliação de sua atuação, levando, dessa forma, a grandes benefícios para a sociedade, uma vez que será ela o foco e a principal destinatária do serviço.

54 MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017, p.132.

55 *Ibidem*.

A Lei 13.019/14 trouxe o chamamento público como exigência de processo seletivo para a celebração dos termos de colaboração e fomento para OSCs - ressalvadas as exceções definidas nos art. 29 a 31- como forma de garantir a transparência e a eficácia da parceria, devendo a administração pública adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados, conforme o art.23.

Ao aplicar os termos de colaboração e de fomento da Lei 13.019/14, a figura do convênio ficou reduzida as hipóteses referidas no inciso IV do artigo 3º.

Nesse sentido, explica Lenir Santos sobre a especificidade do Sistema Único de Saúde e a inaplicabilidade da Lei 13.019/14 nessa área:

A complementariedade de serviços, mediante contrato ou convênio, não pode ser definida como parceria nem como fomento. A complementariedade é uma forma de suprir o Poder Público dos serviços que lhe faltam. Não se trata de parceria, de programa apazado, mas sim de integração de serviços num sistema de grande complexidade organizativa (rede, região de saúde, direção única em cada esfera de governo), prestados de forma contínua. Por isso muitos desses serviços complementares o serão durante anos, tendo em vista a crônica escassez de serviços públicos de saúde de execução direta. O contrato e o convênio estão previstos no texto constitucional como forma do ajuste jurídico.<sup>56</sup>

Entende-se, portanto, que a Lei 13.019/14 não se aplica à complementariedade do serviço público de saúde, mas sim a execução de políticas públicas voltadas para tal área, que pode ser feita por meio do termo de parceria ou termo de fomento. Em relação ao termo de parceria, a OSC pode atuar, por exemplo, na integração de sistemas orgânicos, como o Sistema Único de Assistência Social e se firmar o termo de fomento, na promoção dos direitos de pessoas com deficiências.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o Estado o responsável pela defesa e proteção da saúde, seu papel é exercido, nessa área, por meio do Sistema Único de Saúde, que é um sistema universal e igualitário. Entretanto, o SUS encontra dificuldades de atender de forma adequada todas as necessidades da população.

56 SANTOS, Lenir. **Por que a lei 13.019 não se aplica ao regime da complementariedade dos serviços de Saúde?**. Disponível em: < <http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf> > Acesso em: 19 out. 2017.

Diante das dificuldades de equacionamento, um dos caminhos, desde que executado de forma transparente e devidamente controlado, é a realização de parcerias com entidades privadas, tendo em vista o fato de auxiliar na sobrecarga do sistema e ainda, em diversos casos, contribuir para a melhoria do sistema de saúde.

O artigo 199 da Constituição Federal afirma que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Em nosso ordenamento, as principais figuras de parcerias possíveis a serem firmadas são: Parcerias Público-Privadas (PPP'S) e aquelas executadas por entidades sem fins lucrativos, que são o foco do trabalho, sendo elas: o contrato de gestão com Organizações Sociais, os convênios com entidades sem fins lucrativos e a parceria com Organizações Sociais de Interesse Público.

No que diz respeito às Organizações Sociais (OS), são firmados contratos de gestão, que trazem a possibilidade de realizar a gestão da prestação pública dos serviços. Diferentemente das demais modalidades, a OS pode fazer uso de toda a estrutura estatal, inclusive dos recursos humanos, cedidos pelo Poder Público.

Como vantagens para o prestador estão a possibilidade de prorrogação do contrato e a não obrigatoriedade de licitação, conforme discussão aprofundada na ADI 1923. Entendeu-se, todavia, que é necessária a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública durante a escolha da entidade a firmar parceria com o Poder Público. Os críticos da sistemática da OS costumam dizer, conforme visto, que o contrato de gestão é um instrumento que pode tender à ausência de transparência, tendo havido casos de desvios do dinheiro público e da ausência de cumprimento dos deveres.

Isso se dá sobretudo pelo modo pelo qual a parceria é executada: o fato de a OS utilizar-se de todo o aparelho estatal, inclusive servidores públicos, pode ser entendido apenas como uma nova roupagem, deixando o Estado de cumprir sua função e transferindo a entidade a obrigação de fazer seu papel. Entretanto, em alguns lugares do País, como em São Paulo, conforme visto, o contrato de gestão com organizações sociais de saúde tem mostrado resultados positivos, dada conformação normativa com peculiaridades próprias.

Deve o prestador atentar às leis estaduais e ou municipais que podem dispor de requisitos próprios.

Nas Organizações Sociais de Interesse Público (OSCIPs), tal como

ocorre na OS, o Estado participa com fomento. No entanto, há maior rigor na formalização da parceria, uma vez que se exige a comprovação da constituição das OSCIPs, o funcionamento regular de no mínimo 3 anos, e, ainda, em se tratando da área da saúde, hospitais privados não gratuitos são impedidos de qualificarem-se como tal. Ademais, nessa modalidade a formação da parceria se dá através de edital e concurso.

A Lei 13.019/14 (Lei de Parcerias), por sua vez, é dirigida a todas as organizações sem fins lucrativos, tem propósito de conferir maior segurança jurídica na celebração de parcerias. Com a ajuda do Poder Público, as iniciativas da Organização da Sociedade Civil tendem a se tornarem mais modernas, ao passo que haverá maior investimento tecnológico, além da ampliação de sua atuação, levando, dessa forma, a grandes benefícios para a sociedade, uma vez que será ela o foco e a principal destinatária do serviço.

A Lei de Parceria visa tornar a celebração e a execução do serviço transparente para a sociedade, uma vez que é exigida a seleção da entidade por meio do chamamento público, além do controle e fiscalização serem realizados de forma prévia, concomitante e posterior. Entretanto, há possibilidade de o convênio ser denunciado a qualquer momento, interrompendo-se dessa forma a atuação. Sendo a saúde um serviço essencial à população, tal denúncia poderá levar a interrupção da atividade, prejudicando os usuários.

Quanto às Parcerias Público-Privadas no âmbito da saúde, há prestação de serviços na modalidade concessão administrativa, e seus contratos têm valor a partir de R\$ 20.000.000,00. Nota-se a inviabilidade desta parceria para contratos de pequeno porte, o que não é exigido para as demais modalidades de participação.

Em relação ao serviço prestado, o parceiro privado pode realizá-lo nos casos em que a Administração Pública é a usuária direta, o que ocorre quando há fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, desde que também preste serviços ao usuário final, ou seja, serviços à população, serviços de apoio e serviços clínicos.

Essas são as principais modalidades de parceria, tendo em vista vantagens e desvantagens, para prestação dos serviços de saúde. Constata-se que se a transparência for tida como condição da garantia de benefícios, tanto para o Estado quanto para a população, os procedimentos

de controle previstos constituem ferramenta essencial à eficiente prestação dos serviços, que agora podem contar com diversos regimes de parceria.

## REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmim; NASCIMENTO, Paulo Roberto do; DALLARI, Sueli Gandolfi. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 15, n.1, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>> Acesso em: 01 jun. 2017.
- AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.
- BRASIL, Associação Brasileira de ONGs- ABONG. **Cartilha: Lei 13.019/14: Fortalecer a sociedade civil e ampliar a democracia**, 2016. Disponível em: <http://portal.convenios.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/cartilha-lei-13-019-2014-fortalecer-a-sociedade-civil-e-ampliar-a-democracia>> Acesso em: 19 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Entendendo o SUS**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. **SUS: a saúde do Brasil**. Brasil: Editora do Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_saude\\_brasil\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República- Câmara da Reforma do Estado: **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf/view>>. Acesso em: 08 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Secretaria da Saúde: **Organizações Sociais de Saúde**. São Paulo: Governo Federal de São Paulo. Disponível em:<<http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br>> Acesso em: 10 jun. 2017.

- \_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF**: Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf)> Acesso em: 19 julh. 2017.
- \_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Convênios e outros repasses**. – 6. ed. – Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2016. Disponível em: < [http://portal.convenios.gov.br/images/\\_Conv%C3%AAnios\\_e\\_ou-tros\\_repasses\\_6%C2%AA\\_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://portal.convenios.gov.br/images/_Conv%C3%AAnios_e_ou-tros_repasses_6%C2%AA_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2017.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 1992.
- CABRAL, Eloisa Helena de Souza. **Terceiro setor: gestão e controle social**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANABRAVA, Claudia Marques. **Sistema Único de Saúde e o terceiro setor: caracterização de entidades, não hospitalares, que possuem serviços em atenção básica de saúde em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil**. Cad. de Saúde Pública. Rio de Janeiro. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n1/12.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017.
- COSTA, José Marcelo Ferreira. In. NOHARA, Irene Patrícia (coord.); FILHO, Marco Antonio Praxedes de Moraes (coord.). **Organizações sociais: comentários à Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. São Paulo: Atlas, 2015.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Forense, 2017.
- \_\_\_\_. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017.

- \_\_\_\_. Parcerias no setor da saúde. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo), São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1.ed, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>> Acesso em: 21 mai. e 12. jun. 2017.
- \_\_\_\_. Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Curitiba, v. 4, n. 6, jan.-jun. 2014.
- \_\_\_\_. SUS com recurso privado. **Gazeta do Povo**, 12 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/sus-com-recurso-privado-42dknod4h32301di0lk1xmjwu>> Acesso em: 03 jun. 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015
- MESQUITA, Deraldo. **História e Estruturação Parcerias Público Privadas**. Debates GV Saúde. Vol. 1 - 1o semestre de 2006. Disponível em: <<http://gvsaude.fgv.br/sites/gvsaude.fgv.br/files/9.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Jorge. **PPP na saúde - inovação para o bem do serviço público**. Portal PPP Brasil. 06 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppp-na-32sa%C3%BAdeinova%C3%A7%C3%A3o-para-o-bem-do-servi%C3%A7op%C3%BAblico>>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- SANGLARD, Gisele; FERREIRA, Luiz Otávio; FREIRE, Maria Martha de Luna; BARRETO, Maria Renilda Nery; PIMENTA, Tânia Salgado. **Filantropos da nação: sociedade, saúde e assistência no Brasil e em Portugal**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

SANTA CASA DE SÃO PAULO. **Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo: Excelência na Assistência Médica, Ensino e Pesquisa.** São Paulo. Disponível em: <<http://www.santacasasp.org.br/portal/site/quemsomos/historico>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SANTOS, Lenir. **Por que a lei 13.019 não se aplica ao regime da complementariedade dos serviços de Saúde?**. Disponível em:< <http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf>> Acesso em: 19 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.





# PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE SAÚDE: UM PANORAMA DAS CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS NO BRASIL E NO MUNDO

## *PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN HEALTH SECTOR: A STUDY OF CONCESSION CONTRACTS IN BRAZIL AND ABROAD*

### **Fernando Borges Mânica**

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).  
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).  
Pós-graduado em Direito do Terceiro Setor pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).  
Coordenador da Pós-graduação em Direito da Universidade Positivo – PR.  
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo (UP),  
com regime de 40 horas e integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social - CPJUS.  
Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, responsabilidade e novos  
modelos econômicos (UP). Professor Convidado de diversos programas de  
Pós-graduação em Direito no Brasil e no exterior. Coordenador Científico da  
Revista Brasileira de Direito da Saúde – RBDS. Coordenador de Ensino do Instituto  
ADVCOM – Estado/Empresa/Terceiro Setor. Procurador do Estado do Paraná, palestrante  
e consultor. [www.fernandomanica.com.br](http://www.fernandomanica.com.br).

**Resumo:** Após longa discussão que culminou com o reconhecimento da constitucionalidade da prestação privada de serviços públicos de saúde pelo Supremo Tribunal Federal, dezenas de entes federativos têm adotado variados modelos de gestão em parceria com a iniciativa privada. Nesse contexto, o presente artigo discute a adequação dos contratos de PPP do tipo concessão administrativa (Lei n. 11.079/04) como instrumento de garantia da prestação de serviços públicos de assistência à saúde da população. Para isso, o trabalho analisa o panorama das parcerias público-privadas no setor de saúde ao redor do globo, bem como verifica o rol de projetos de parceria público-privada no setor de saúde em andamento no Brasil. Da investigação, conclui-se pela viabilidade técnica e jurídica do modelo, com indicação dos principais riscos, requisitos e cuidados a serem respeitados no processo de sua implantação.

**Palavras-chave:** Parcerias público-privadas. Concessão administrativa. Serviços de saúde.

**Abstract:** After a long discussion that culminated in the recognition of the constitutionality of the private provision of public health services by the Federal Supreme Court, dozens of federal entities have adopted various management models in partnership with the private sector. In this context, the present article discusses the adequacy of PPP contracts – specially the administrative concession (Law n. 11,079/04) as an instrument to guarantee the provision of public health services to the population. For this purpose, the paper analyzes the panorama of public-private partnerships in the health sector around the globe, as well as the balance of PPP projects in the brazilian health sector. From the investigation, it is concluded that there is technical and legal feasibility in the model, with the indication of the main risks, requirements and care to be respected in the process of its implantation.

**Keywords:** Public-private partnerships. Administrative concession. Health services.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios dos Estados na pós-modernidade tem sido a garantia do direito à saúde. O avanço tecnológico, o aumento de custos, as sucessivas crises econômicas e financeiras, o envelhecimento populacional, a mudança nos padrões de enfermidades e nos perfis epidemiológicos constituem apenas alguns fatores que influenciam a difícil equação de transformar recursos públicos em ações efetivas de promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Como resposta a esse desafio, grande parte dos Estados que reconhecem a saúde como um direito universal passaram por reformas e ajustes em seus sistemas sanitários. Dentre as mudanças implementadas, uma das que trouxe melhores resultados consistiu na celebração de contratos de parceria com a iniciativa privada. A adoção de novos modelos contratuais proporcionou em diversos países aumento da eficiência, da transparência e do controle sobre a aplicação de recursos públicos no setor de saúde.

No Brasil, as parcerias com a iniciativa privada foram historicamente representadas pelo incentivo, no mais das vezes não institucionalizado, a hospitais beneficentes ligados a igrejas e a grupos de imigrantes. Ainda antes da Constituição de 1988, foram reconhecidos benefícios tributários e passaram a ser formalizados convênios e contratos para pagamento de procedimentos mediante credenciamento. Apenas recentemente foram instituídos novos modelos de ajuste aptos a disciplinar a gestão de serviços públicos de saúde pela iniciativa privada. Trata-se do Contrato de Gestão, previsto pela Lei federal n. 9.637/98, e do Contrato de Concessão Administrativa, previsto pela Lei n. 11.079/04 – conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas.

De modo diverso do que ocorreu em diversas experiências estrangeiras, a adoção de novos modelos de ajuste no setor público de saúde tem sido bastante conturbada no Brasil. No plano teórico, a especificidade do texto constitucional brasileiro produziu intensas discussões acerca da constitucionalidade das parcerias na saúde pública. No plano pragmático, a falta de integração legislativa e de consensos interpretativos das leis que tratam das parcerias na saúde produzem um ambiente de insegurança jurídica. Esse cenário dificulta a obtenção dos possíveis benefícios decorrentes das parcerias e gera espaço para atos de corrupção, que tantos danos têm gerado ao Estado brasileiro.

A experiência internacional demonstra que cada Estado, a partir de sua realidade e de sua Constituição, deve criar seus próprios mecanismos e modelos de ação voltados à garantia do direito à saúde. Com o Brasil não deve ser diferente. No entanto, um olhar para o exterior pode trazer importantes lições e indicar alguns caminhos a serem trilhados a fim de que se adote em solo pátrio modelos de gestão pública capazes de maximizar a prestação de serviços de saúde e de fortalecer o controle sobre a aplicação dos recursos públicos.

Nesse ponto, uma advertência deve ser feita. Assim como nos Estados referidos neste estudo, a celebração de parcerias jamais pode ser admitida como instrumento de privatização do direito à saúde, desresponsabilização do Estado na prestação de serviços públicos de saúde ou mercantilização dos serviços assistenciais. É pressuposto para o estudo do tema o reconhecimento de que a prestação de serviços públicos de saúde consiste em um dos principais deveres do Estado, inserido em seu núcleo de atividades essenciais, que justificam e legitimam sua própria existência. O tema, portanto, é sensível e merece cautela em sua tratativa, pois é sabido que quanto mais ampla a transferência de tarefas estatais ao setor privado, maior o risco de captura do interesse público, materializado pela necessidade coletiva de atendimento à saúde, por interesses econômicos privados. A celebração de parcerias, nesse prisma, apenas se justifica como forma de fortalecer e reforçar a capacidade estatal de cumprimento desse dever. Qualquer outra aproximação ao tema deve ser de plano refutada, sob pena de negação do pressuposto fundamental de existência do Estado.

O presente estudo tem objeto delimitado a traçar um breve panorama das parcerias público-privadas no Brasil e no mundo, especificamente dos contratos de concessão administrativa previstos pela Lei n. 11.079/04, a fim de avaliar sua viabilidade jurídica, bem como os limites e os riscos envolvidos em sua adoção no setor de saúde. Para isso, serão tratados os seguintes pontos: (i) o reconhecimento pelo STF da constitucionalidade das parcerias no setor de saúde; (ii) as características dos contratos de concessão administrativa e sua adequação aos serviços públicos de saúde; (iii) o panorama das parcerias público-privadas no setor de saúde ao redor do globo; (iv) os projetos de parceria público-privada no setor de saúde em andamento no Brasil; e, por fim, (v) alguns apontamentos acerca das concessões administrativas no Sistema Único de Saúde – SUS.

Com essa análise, espera-se colaborar na busca por respostas a algumas questões fundamentais a serem respondidas no Brasil: A gestão privada, por empresas ou ONGs, de estruturas públicas de saúde pode ser mais eficiente e transparente que a gestão estatal? Quais os riscos e potenciais benefícios das concessões administrativas no setor de saúde? Os possíveis benefícios decorrentes da contratualização com a iniciativa privada justificam os riscos envolvidos na avença?

A essa altura do desenvolvimento teórico e institucional brasileiro, não é factível chegar a conclusões definitivas, mas é plenamente possível traçar algumas conclusões parciais e indicar alguns caminhos e detectar os principais obstáculos para a celebração de contratos de concessão administrativa no setor de saúde pública.

Para o desenvolvimento da pesquisa foram analisados trabalhos acadêmicos na área das ciências jurídicas e sociais, legislação e jurisprudência, além de documentos e publicações oficiais de órgãos e entidades governamentais nacionais e estrangeiras.<sup>1</sup>

## **2. O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PARCERIAS NO SETOR DE SAÚDE PELO STF: A ADI 1923 E O RE 588.481**

O ano de 2015 pode ser visto como um divisor de águas para o direito à saúde no Brasil. Duas decisões do Supremo Tribunal Federal consolidaram, depois de quase 30 (trinta) anos de existência do Sistema Único de Saúde – SUS, o entendimento de que as parcerias com a iniciativa privada consistem em opções constitucionalmente admitidas para a prestação de serviços públicos de saúde.

A primeira decisão refere-se à ADI 1923 (BRASIL, 2015), em que se discutia a constitucionalidade do modelo de gestão por Organizações Sociais. No voto vencedor que guiou o Acórdão, publicado em 17/12/2015, o Min. Luiz FUX deixou consignada a constitucionalidade das parcerias com o terceiro setor nas áreas sociais, como a saúde e a educação. Na robusta fundamentação do voto, encontram-se excertos que sintetizam o pensamento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal:

1 O levantamento, organização e análise do material foi desenvolvido com auxílio de Mirela Miró Ziliotto, aluna integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais – NEJUS, do Programa de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Positivo – Estado do Paraná.

(...) cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

(...)

Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

(...)

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a contrario sensu – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (...), mas que se estendem por identidade de razões a todos os serviços sociais.

Como se pode perceber, o entendimento sufragado pelo Plenário do STF traz importante proteção à sociedade brasileira, na medida em que afasta de modo definitivo a ideia de que os serviços públicos de saúde no Brasil devem ser prestados por estruturas estatais.

Esse entendimento, agora vinculante, já vem sendo ventilado em decisões isoladas do Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber do seguinte excerto, de lavra do Ministro Sepúlveda PERTENCE, ao julgar a Medida Cautelar da ADI 1923 (BRASIL, 2007):

Não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.

A decisão do STF afasta o clássico argumento de que as parcerias afrontam a exigência de concurso público, prevista no artigo 37, II da Constituição Federal. Tal argumento, como bem ressaltou Luiz FUX é falso na medida em que cabe aos poderes constituídos definir o melhor modelo de atuação estatal em cada momento histórico. Nesse passo, é possível a opção pela criação de cargos públicos para o exercício de todas as funções envolvidas em um hospital – da portaria à UTI. Mas é possível também a celebração de parcerias para que o parceiro privado gerencie todas essas funções, em estrito cumprimento do Plano de Trabalho da parceria. A exigência de concurso público, como bem diz a letra constitucional aplica-se à primeira hipótese; não se aplica à segunda hipótese e também não veda a celebração de parcerias em áreas como a saúde e a educação. Nas palavras do Min. Luiz FUX (BRASIL, 2015):

A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

A segunda decisão paradigmática proferida no ano de 2015 tem como objeto específico a área da saúde. Trata-se do RE n. 581.488/RS, no qual o Relator, Min. Dias TOFFOLI (BRASIL, 2016), seguido pela unanimidade do STF, assim decidiu acerca das parcerias na saúde:

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde. Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino

Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

“[P]ode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização” (Fernando Borges Mânica, op. cit., p. 7).

Entretanto, essa complementariedade não autoriza que se desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: o Sistema Único de Saúde orienta-se, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento; a introdução de medidas diferenciadoras, salvo em casos extremos e justificáveis, é absolutamente inadmissível.

Note-se que nesta segunda decisão o STF deixou claro que a complementaridade da participação privada no SUS, prevista pelo parágrafo 1º do artigo 199 da Constituição, tem como referência todo o sistema de saúde, que é composto por atividades prestacionais e por atividades de política.<sup>2</sup> Por isso, no que tange à prestação de serviços, a participação privada é amplamente admitida, desde que respeitados os princípios do SUS, como a eficiência, isonomia e gratuidade do atendimento.

A interpretação constitucional acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, em especial na decisão do RE n. 581.488/RS (BRASIL,

2 Conforme prevê o artigo 200 da Constituição Federal: Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

2016), inverte a lógica adotada durante algum tempo no Brasil por parte da doutrina e da jurisprudência. Tal inversão consiste no reconhecimento da supremacia do direito fundamental à saúde em detrimento de um determinado modelo estatal de prestação de serviços. Esse modelo estatista de provimento de prestações estatais tem sido abandonado em todo o mundo, em especial para a oferta de serviços complexos como os de saúde, como se verá adiante.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a saúde é dever do Estado; mas não é só isso. É também dever do Estado adotar os modelos administrativos mais eficientes para a prestação de serviços de saúde. Caminha-se, assim, do reconhecimento da constitucionalidade das parcerias na saúde para a exigência de sua celebração (e devida execução) como forma de garantir direitos fundamentais tão caros à população nacional. Assim como o Poder Judiciário impõe ao Estado o dever de fornecer medicamentos,<sup>3</sup> em um futuro próximo, o Poder Judiciário imporá ao Estado a adoção de formas eficientes e adequadas para a prestação de serviços complexos, caros e sensíveis, como são os serviços de saúde.

Esse reconhecimento do direito à saúde no centro da esfera hermenêutica, como definidor e não como consequência do modelo organizacional de sua prestação já vinha sendo reconhecido por diversos tribunais do país, como se percebe da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (São Paulo, 2008):

Sempre com a devida vênia, não mais se mostra possível a interpretação de norma constitucional que atribua ao Estado todos os deveres, impedindo-o de contar com auxílio, remunerado ou não, de entidades privadas para a consecução do bem comum. No caso concreto, ao munícipe doente não interessa saber se o médico que o atende é servidor público ou não. O que lhe interessa é que haja médico para atendê-lo e medicamento para curar sua doença ou ao menos minorar seu sofrimento.

Por isso não vislumbro clara e manifesta violação, ao menos no âmbito restrito deste recurso de agravo, ao artigo 199 da Constituição Federal que tornaria viável a suspensão da parceria. E, em tese, se mostra possível que alguns programas de saúde, voltados para temas mais sensíveis sejam transferidos a terceiros que tenham a capacidade tecnológica e gerencial de melhor atender à população pelo custo mais barato que o Estado poderia fazer.

3 Sobre o tema da judicialização na saúde, conferir: SCHULZE, Clenio; GERAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da Judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

Deve-se, de outro bordo, reconhecer que a preponderância material do direito à saúde sobre a forma estatal de sua prestação, finalmente reconhecida de modo retumbante pelo STF, ainda encontra alguma resistência na doutrina, em decisões judiciais e na atuação de alguns órgãos de controle e fiscalização brasileiros. Não raro percebe-se a insistência em encaixar novos reclamos sociais, novas realidades, novos métodos de trabalho e novas tecnologias em velhos modelos de ação. Tal pensamento decorre, sobretudo, da falsa sensação de que o comprometimento estatal com a prestação dos serviços públicos de saúde apenas ocorre de modo pleno nas hipóteses em que o Estado atua diretamente na prestação de serviços, por meio de bens públicos e servidores públicos.

Mas para além dessa mudança de perspectiva, o foco principal de atenção da teoria jurídica pátria deve transitar do Direito Constitucional para o Direito Administrativo, na medida em que são necessários estudos acerca de cada um dos modelos de parceria com a iniciativa privada para a prestação de serviços públicos de saúde. Isso porque a prestação privada apenas se justifica na medida em que proporciona maior efetivação do direito à saúde. Se do ponto de vista gerencial, a gestão privada de unidades de saúde mostra-se, em regra, mais eficiente; do ponto de vista jurídico, não se pode olvidar que modelos não estatais geram maiores riscos quanto a falhas e quanto ao desvio de recursos públicos, inclusive por atos de corrupção. Esse parece ser o ponto nevrálgico a ser enfrentado pela teoria jurídica brasileira nos próximos anos: garantir que a prestação privada seja adotada como mecanismo de ampliação da eficiência e não como instrumento de apropriação privada de recursos públicos.

Para isso, deve-se partir da premissa de que a opção pela celebração de uma parceria é constitucionalmente válida. No entanto, sua implantação depende de uma série de providências, desde a fase da estruturação da parceria, passando pela fase de execução e fiscalização da avença. Tal percepção demanda um olhar mais atento ao ambiente regulatório e contratual das parcerias público-privadas no setor de saúde previstas pelo ordenamento brasileiro.

### 3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DO TIPO CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Em sentido amplo, parceria público-privada é a denominação atribuída ao vínculo entre duas ou mais pessoas, uma das quais o Estado, que se relacionam de modo ordenado, mediante a conjugação de esforços para a obtenção de uma finalidade de interesse público previamente ajustada, com remuneração variável conforme os resultados alcançados. Por envolverem objetos complexos e altos investimentos, costumam ter prazos longos, que chegam a 35 (trinta e cinco) anos.<sup>4</sup>

Pode-se dizer que todas as parcerias público-privadas em sentido amplo têm como objeto a prestação de um serviço (precedido ou não de obra pública) ou a exploração de uma obra pública, em favor da coletividade ou mesmo em favor da Administração Pública. Nas parcerias público-privadas em sentido amplo, a contraprestação obtida pelo privado varia conforme o grau de utilização do bem fornecido e pode ocorrer de diversas formas, tais como: (i) pagamento de tarifa pelos usuários; (ii) repasse de recursos estatais; (iii) receitas decorrentes da exploração comercial do empreendimento; ou (iv) conjugação variável entre as formas anteriores (tarifa mais repasse; tarifa mais receitas acessórias; repasse mais receitas acessórias; tarifa mais repasse mais receitas acessórias).

Nesse sentido, são parcerias público-privadas em sentido amplo tanto as concessões comuns e as permissões, previstas pela Lei federal n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, quanto as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, previstas pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Deve-se atentar que expressão Parceria Público-Privada – PPP foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei n. 11.079/04, razão pela qual a expressão, em sentido estrito, corresponde apenas às concessões administrativas e às concessões patrocinadas.

A Lei das PPPs inovou no ordenamento brasileiro ao trazer de modo expresso a possibilidade de pagamento parcial ou mesmo total da remuneração do parceiro privado pela própria Administração Pública contratante. Trata-se de um importante mecanismo de financiamento de infraestruturas, pois em um contrato de PPP há, em regra, alto investi-

4 Sobre o tema, conferir: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP - Parceria Público Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013; SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. Coordenador: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros Editores, 2007; JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. Coordenadores: Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

mento privado. Além disso, a contraprestação estatal tende a ocorrer apenas após o início da exploração do equipamento construído ou reformado, sendo que o valor a ser pago corresponde aos benefícios obtidos e ao alcance de metas de desempenho previamente previstas no instrumento contratual.

Concessão patrocinada é a denominação atribuída ao contrato de concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Essa contraprestação é variável, conforme os resultados alcançados com a exploração do serviço ou da obra, nos termos do contrato. Por envolver pagamento, ainda que parcial pelos usuários, a concessão patrocinada não é compatível com o setor de saúde pública, que tem como principal caractere a gratuidade.

Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A concessão administrativa pode ser usada nos casos em que: (i) a usuária do serviço contratado for a própria Administração Pública, como no caso da construção de um edifício que servirá de sede do governo; (ii) os usuários forem cidadãos não individualizáveis, como no caso da iluminação pública; ou (iii) os usuários forem cidadãos beneficiados pela gratuidade do serviço, como ocorre nos serviços de saúde prestados pelo SUS. Assim como na concessão patrocinada, a remuneração é variável, conforme os resultados obtidos com a exploração da obra ou prestação do serviço. Mas seu pagamento decorre exclusivamente de repasses estatais e de receitas acessórias.

Em ambos os casos, os contratos de parceria público-privada possuem três características principais: (i) O prazo de vigência é de 5 a 35 anos, a ser determinado conforme o volume de investimento privado e a ser amortizado; (ii) o valor total deve ser superior a 20 milhões de reais, diluídos em todo o período contratual; (iii) o contrato não pode ter como objeto *exclusivo* o mero fornecimento de mão-de-obra, nem o simples fornecimento/instalação de equipamentos, tanto menos a execução de obra pública – tais objetos podem ser cumulados entre si ou com outros, tornando a PPP viável.

Além disso, é prevista a possibilidade de que os agentes privados participem da fase de estruturação do projeto de PPP, com estudos, pes-

quisas, levantamentos e documentos técnicos, jurídicos e financeiros necessários a sua implantação, denominados em geral de procedimentos de manifestação de interesse – PMI. Essa participação é importante para que o projeto de parceria seja econômica e tecnicamente interessante para a iniciativa privada, já que a parceria depende da participação e investimento empresarial. No entanto, a decisão acerca da modelagem a ser adotada na parceria público-privado é de competência exclusiva do Poder Público, através de órgãos criados para esse fim, denominados de conselhos gestores de parcerias – CGP.

Dois importantes limites às concessões administrativas merecem destaque. O primeiro deles consiste na previsão legal de que o Poder Público institua um sistema de garantias estatais para o caso de descumprimento dos deveres do Poder Público na avença. Tal sistema tem como objetivo evitar que o parceiro privado tenha de se socorrer do Poder Judiciário e do sistema de precatórios para reaver seus créditos. O segundo limite corresponde à limitação que os entes estatais têm de comprometer sua receita corrente líquida – RCL com a execução de parcerias público-privadas, sendo que Estados e Municípios não podem comprometer mais do que a 5% (cinco por cento) de sua RCL com pagamento de compromissos decorrentes de parcerias público-privadas.

Dessa análise, é possível perceber que a concessão administrativa tem como objeto o investimento privado no desenvolvimento de infraestrutura pública, cuja remuneração ocorre ao longo do tempo e atrelada à prestação de serviços. Tais serviços correspondem tanto aos denominados ‘hard facilities’, como por exemplo, manutenção predial, jardinagem, recolhimento de resíduos sólidos e estacionamento, quanto aos ‘soft facilities’, como os serviços de lavanderia, limpeza, alimentação e segurança. Mas para além dos serviços de infraestrutura, é possível que o contrato de concessão administrativa englobe o desempenho de atividades altamente especializadas, como a operação de equipamentos de alta tecnologia e a prestação de serviços especializados. Essa distinção é importante especialmente no setor de saúde, no qual as concessões administrativas podem ou não incluir em seu objeto a prestação de serviços clínicos.

É importante ter em conta, portanto, que as concessões administrativas na saúde devem, necessariamente, incluir dentre os deveres do parceiro privado, a construção, reforma ou fornecimento de equipamentos de uma unidade de saúde. Além disso, as concessões administrativas

devem estabelecer também como dever do parceiro privado na saúde: (i) a gestão dos serviços de apoio e manutenção, como segurança, limpeza, conservação, hotelaria e lavanderia, conhecidos na linguagem sanitária como serviços ‘bata cinza’; e/ou (ii) a gestão dos serviços clínicos, prestados por profissionais da área médica, conhecidos como serviços ‘bata branca’.

Deve-se notar, nesse plano, que a gênese dos contratos de PPP encontra-se ligada ao desenvolvimento e operação de infraestruturas de grande porte a alto investimento. A modelagem do pagamento estatal ao parceiro privado, com garantias de quitação dadas pelo Poder Público, foi instituída exatamente para proporcionar ao privado a obtenção de recursos a serem investidos para a execução do projeto, com amortização a longo prazo. Esse modelo de financiamento próprio dos contratos de PPP recebe o nome de ‘project finance’ e tem como principal função, como parece claro, ampliar a capacidade de investimento do Estado. Isso porque, como visto acima, o desembolso de recursos públicos é diluído no tempo e inicia após a disponibilização da infraestrutura criada, conforme os resultados e metas de desempenho atingidos pelo parceiro privado na exploração dos serviços relacionados a seu uso.

Essa origem das PPPs no início dos anos de 1990, como instrumentos de viabilização financeira de investimentos públicos, fez com que as primeiras experiências no setor de saúde alcançassem apenas os serviços ‘bata cinza’, relacionados à exploração da infraestrutura da unidade de saúde em si. Alguns anos depois, a primeira e mais conhecida experiência de PPP que inclui serviços ‘bata branca’ ocorreu no Hospital de Alzira, na Espanha. Como se verá adiante, essa foi também a opção adotada em solo pátrio pelo Hospital do Subúrbio, na Bahia.

A delimitação do rol de serviços incluídos nos contratos de concessão administrativa no setor de saúde deve levar em conta alguns fatores que serão analisados adiante, sendo que interessa neste momento do estudo, consignar que, do ponto de vista jurídico, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, acima relatado, são admitidas no Brasil parcerias público-privadas tanto para serviços ‘bata cinza’ quanto para serviços ‘bata branca’.

Ressalte-se que na concessão administrativa dos serviços ‘bata-branca’ fica mantida sua qualificação como ‘serviço público’, de modo que todos os princípios do SUS e todos os princípios do serviço público devem ser

observados pela empresa concessionária. Afinal, como cedição, a concessão de serviço público jamais deixa o caráter subjetivo do serviço em questão ser modificado, de modo que o Estado permanece como titular do serviço. Ademais, a concessão de serviço público não corresponde a um instrumento de realização de políticas públicas que visam um meio de efetivação de valores constitucionais fundamentais (Justen Filho, 2015, p. 760). Para os pacientes atendidos, trata-se de uma prestação estatal voltada à concretização de um direito fundamental, ainda que prestada indiretamente.

No plano empírico, ainda que a Lei federal das PPPs já tenha completado mais de dez anos de existência, são escassas as experiências de sua aplicação em solo brasileiro, especialmente no setor de saúde. É possível detectar, como motivos de tal cenário, a insegurança jurídica quanto à constitucionalidade das parcerias na saúde, decorrem de fatores diversos, como a opção governamental adotada nos últimos anos, a complexidade dos contratos e aos riscos envolvidos na avença, e a falta de exemplos exitosos de aplicação do modelo no Brasil.

#### **4. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE SAÚDE: UM OLHAR PARA O MUNDO**

As parcerias público-privadas no setor de saúde ganharam força na Europa em fins do século passado, como estratégia para ampliar o alcance dos serviços e diminuir custos, ante as dificuldades enfrentadas pela crise dos Estados europeus.

Um dos principais objetos de críticas doutrinárias consistia no modelo de Administração Pública adotado por alguns Estados, que segundo Gaspar Ariño Ortiz (1999, p. 83) correspondia fielmente àquele herdado do modelo francês consolidado por Napoleão Bonaparte: uma Administração rigidamente hierárquica, autoritária, excessivamente politizada, com vias restritas de responsabilização de autoridades e funcionários públicos, com um sentimento de definição exclusiva do que seja interesse público, dona da verdade e com pouco respeito pelo cidadão a quem devia servir. A solução proposta parte da superação da ideia de que o Estado é o ente mais apto a prestar todas as suas tarefas, mesmo aquelas intimamente ligadas à garantia de direitos fundamentais.

Exemplo da discussão, acerca das dificuldades estatais para o cumprimento de seus deveres, em especial na área social, pode ser encontrada em Gomes Canotilho ([s.d.], p. 735), que defendeu a conciliação entre o princípio da legalidade de administração com o *princípio da oportunidade ou optimalidade*, a fim de que a Administração Pública possa realizar com eficiência seus deveres. Para o autor, o princípio da eficiência da administração deve erguer-se a princípio constitutivo da legalidade desde que isso não signifique preterição das dimensões garantísticas básicas do Estado de Direito.

Deve-se notar, nessa perspectiva, que a discussão europeia teve como pano de fundo a dificuldade de se encontrar o equilíbrio entre um Direito Administrativo que permita a flexibilidade necessária à concreção de suas tarefas e a rigidez que impeça desvios e apropriação privada de bens e recursos públicos.

Nos dias atuais, parece que esse continua sendo o grande desafio a ser superado pelo Estado contemporâneo em todas as suas áreas de atuação: aproveitar ao máximo a atuação da iniciativa privada, mas garantir que tal atuação ocorra de maneira eficiente e sem desvios. Trata-se de um desafio a ser superado pela confluência de postulados da Administração e da Economia, limitados por normas jurídicas.<sup>5</sup>

Como resultado dessa discussão, importa notar que a solução adotada por diversos Estados estrangeiros consistiu na adoção de variados modelos de parcerias, disciplinados por ajustes até então inexistentes, voltados à disciplina da prestação de atividades estatais essenciais, como a assistência à saúde. Nesse setor, o processo de contratualização entre o Poder Público (provedor) e os prestadores privados de serviços ocorreu de modo bastante intenso, em especial nos sistemas de origem ‘beveridgeana’, em que os serviços são oferecidos a toda a população e tem seus custos arcados pela tributação geral da sociedade (e não por seguros sociais de saúde).<sup>6</sup>

Apesar de existir grande variação no assim denominado ‘mix público-privado’ de saúde, os modelos a partir de então existentes nos diversos Estados do ao redor do globo podem ser reconduzidos a três grandes categorias básicas, como ressaltam Elizabeth Docteur e Howard Oxley (2003, p. 10):

5 Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. **Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008.

6 Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.119-122., p. 55 e ss.

- (i) o *modelo público integrado*, que combina o financiamento dos serviços por meio de recursos orçamentários, nos quais a função de garantia e de provisão dos serviços é organizada e operada como em qualquer departamento estatal;
- (ii) o *modelo contratual público*, no qual o pagamento pelos serviços é público, realizado por uma agência estatal ou por fundos de seguro, e a prestação dos serviços é privada; e
- (iii) o *modelo privado de seguro/provisão*, no qual seguradoras privadas financiam prestadores privados de serviços de saúde.

Segundo Chris Ham (1997, p. 7), uma das características mais importantes do processo de reformas no setor de saúde foi a transição dos modelos integrados de financiamento e provisão de serviços para um modelo contratual. Nesse contexto, conforme Nilson COSTA, Pedro Luís SILVA e José Mendes RIBEIRO (2011, p.67), as transformações pelas quais passaram os sistemas de saúde mais avançados, nos quais a garantia do direito à saúde e sua consagração constitucional ocorreram precocemente em relação ao Brasil, podem ser reconduzidas a duas etapas: (i) a primeira, realizada preponderantemente nas décadas de 70 e 80 do século passado, teve um escopo mais restrito, visando primordialmente à contenção de custos; e (ii) a segunda, iniciada na década de 1990 e processada até hoje, com um foco mais amplo, relacionada à obtenção de maior eficiência na prestação dos serviços, mais transparência na aplicação dos recursos e maior satisfação dos usuários.

No que tange ao objeto dos contratos, é possível notar uma variedade de modalidades, que tem como pressuposto solucionar diferentes dificuldades enfrentadas pelo Poder Público. Em estudo sobre o tema, André Medici (2011, p. 67) informa que os contratos de PPP foram instituídos em diversas situações, como a construção de instalações de saúde, a provisão de serviços não clínicos, a prestação de serviços de atenção primária, a provisão de serviços de apoio diagnóstico, a provisão de serviços clínicos especializados e a gestão hospitalar.

Nessa perspectiva, observa-se que nos últimos anos elevou-se a implantação de parcerias público-privadas no setor de saúde, justamente por conta dos saldos positivos decorrentes de sua adoção por diversos Estados. Vale ressaltar que existem mais de 280 contratos de parcerias na área da saúde ao redor do globo em países como Alemanha, Austrália, Canadá, Chile, Espanha, Finlândia, França, Itália, Peru, Polônia,

Portugal, Reino Unido, Suécia, Turks and Caicos, entre outros. O quadro trazido por Fernando Fuentes (2015, p. 10) traz a noção do volume de parcerias público-privadas em sentido amplo<sup>7</sup> em execução no continente europeu:

## Experiências en Europa

Alcance de las CPP en algunos países

País	Pepe del capital privado	Número CPP	Valor (\$mill.)
<b>Alemania</b>	Provedores bajo concesión pública	24	2.100
<b>España</b>	Construcción y mantenimiento Gestión integral de servicios	19	2.300
<b>Finlandia</b>	Construcción y mantenimiento Gestión integral de servicios (experimental)	1	100
<b>Francia</b>	Construcción y mantenimiento	16	1.600
<b>Italia</b>	Construcción y mantenimiento	71	5.700
<b>Polonia</b>	Construcción y mantenimiento	16	40
<b>Portugal</b>	Construcción y mantenimiento	16	4.600
<b>R. Unido</b>	Construcción y mantenimiento	146	5.800
<b>Suecia</b>	Construcción	1	2.100

*Adaptado de Barlow. Roehrich y Wright (2013), Exhibit 1)*

Além desses exemplos, André Medici (2011, p. 68) relatou diversas experiências em que o Banco Mundial tem incentivado e apoiado a realização de PPPs na área da saúde em países que estão em desenvolvimento, dentre os quais, Egito (com a construção e gestão de dois hospitais e um banco de sangue), México (desenvolvimento de dois novos hospitais), Uzbequistão (operação de quatro centros de diagnóstico) e Moldova (desenvolvimento de unidade de Radioterapia). Nesse sentido o autor acrescenta que os modelos de Parcerias na área da saúde estão expandindo cada vez mais em todo o mundo, com destaque para Reino

7 CPP é a sigla utilizada para designar 'Colaboración Público Privada', que corresponde, segundo Fernando Fuentes (2015, p. xx), ao contrato de concessão administrativa que pode englobar ou não os serviços clínicos. Para o autor, a concessão administrativa de serviços 'bata cinza' corresponde ao contrato de concessão de obra (e ao modelo inglês do PFI) e a concessão administrativa de serviços 'bata branca' corresponde ao contrato de concessão administrativa de gestão, também denominada de 'modelo Alzira' (em referência ao primeiro hospital espanhol que incorporou em seu objeto os serviços médicos).

Unido, Portugal e Espanha. Note-se que os três, como se sabe, possuem sistemas nacionais de saúde do tipo ‘beveridgeano’, que influenciaram a concepção do Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil.

Berço dos sistemas nacionais de saúde, o Reino Unido foi pioneiro na adoção dos contratos de parceria público-privada. Sua incorporação ao desenvolvimento da infraestrutura assistencial do National Health System – NHS não demorou a acontecer, sendo que o país traz a mais vasta experiência na área. Conforme Malik e Barbosa (2015, p. 6):

A utilização das PPPs como mecanismo de financiamento da renovação de infraestrutura de saúde teve no Reino Unido forte incremento nas décadas subsequentes à implantação dos PFI. Até 1997, de um volume de 47 estudos submetidos ao governo britânico, inexistiam projetos relativos a estruturas de saúde. Em 2003, 16% dos projetos existentes no HM Treasury se destinavam ao setor, entre hospitais, unidades de atenção primária e serviços de apoio clínico. Estima-se que até 2010 ocorreram 277 projetos de construção e implantação de serviços assistenciais em saúde representando investimentos superiores a £ 20 bilhões.

A principal característica do modelo de PPPs na saúde inglesa refere-se à extensão dos serviços envolvidos na avença, que não alcança os serviços clínicos. Nesse condão, pode-se notar essa característica na maioria das experiências internacionais de parcerias público-privadas no setor de saúde. De outro bordo, os principais modelos de contratos que englobam serviços médicos são encontrados em Portugal e, principalmente, na Espanha.

O programa português de parcerias público-privadas no setor de saúde teve início em 2001 e atualmente contempla dois grandes modelos. No primeiro, o objeto da parceria restringe-se à construção e gestão do edifício hospitalar, sendo que a gestão dos serviços médicos é mantida pelo Poder Público, por meio do Serviço Nacional de Saúde – SNS. No segundo modelo, a estruturação da parceria envolve dois contratos distintos: um para construção e administração do edifício hospitalar, por um prazo de 30 anos; e outro para a gestão dos serviços médicos, pelo prazo de 10 anos (REIS; SARMENTO, 2013, p. 148-149).<sup>8</sup> Veja-se que mesmo

8 Dentre os hospitais públicos geridos por parcerias público-privadas em Portugal, podem ser relacionados as unidades de Loures, Cascais, Braga e Vila Franca de Xira (primeira geração) e as unidades de Lisboa Oriental, Faro (Hospital Central do Algarve), Seixal, Évora, Vila Nova de Gaia e Póvoa do Varzim/Vila do Conde (segunda geração).

em solo português a contratualização dos serviços 'bata branca' no âmbito das PPPs tem como base legal dois ajustes diferentes, voltados especificamente para desenvolvimento e operação de infraestrutura e para a gestão dos serviços médicos.

Na Espanha, a primeira PPP no setor de saúde teve início em 1997, com a construção e gestão do Hospital de Alzira, inaugurado em 1999. O objeto contratual englobava a construção do Hospital e gestão dos serviços clínicos e não clínicos, durante o prazo de 10 anos, com possibilidade de renovação por até 15 anos. Ocorre que, por razões de inviabilidade financeira do projeto, o contrato foi rescindido antecipadamente no ano de 2003, sendo substituído por um segundo contrato, que serviu como modelo para diversas outras parcerias, inclusive aquelas depois implementadas em Madrid, que constituem o programa de PPP mais famoso da Espanha: Programa de Saúde de Madri.<sup>9</sup> Além do Hospital de Alzira, possuem contratos 'bata branca' e 'bata cinza' também os hospitais de Valdemoro, Torrejón, Móstoles, Colado-Villalba, Torrevieja, Denia, Manises e Elche (Fernando Fuentes, 2015, p. 16).

Nessa perspectiva, Helena de Mingo (2011, p. 11-13) explica que Madrid possui 13% da população espanhola e até 2010 contava com 83 hospitais, sendo 34 públicos e 49 privados. No entanto, antes deste período, havia falta de acessibilidade à comunidade e de recursos para manter os padrões tecnológicos aos hospitais, por isso havia a necessidade de desenvolver um novo modelo que garantisse melhor qualidade com custo razoável. Segundo a autora, após a reforma de condução da assistência à saúde, as pesquisas de satisfação demonstraram elevada aprovação por parte dos pacientes com os novos hospitais, possuindo média de 87% de satisfação. Por fim, ressalta que o primeiro hospital a incluir a gestão à atenção à saúde, o Hospital Infanta Elena, tem um índice de aprovação de 90,5%.

Com alguma variação, pode-se perceber que Estados com diferentes ordenamentos jurídicos e variadas realidades socioeconômicas e sanitárias, como Suécia e Finlândia, México e Egito, Inglaterra e Alemanha,

9 Sobre o tema conferir: ACERETE, Basilio; STAFFORD, Anne; STAPLETON, Pamela. **Spanish healthcare Public Private Partnerships: the 'Alzira model'. Critical Perspectives on Accounting**, 2011 - Elsevier. p. 12. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1045-235411000785> Acesso 14/03/2016; e CARIAS, João Marcos Maia Devesa Inácio. **As Parcerias Público-Privadas em Projetos de Infra-Estruturas e Saúde: O Caso dos Hospitais em Portugal** - Portugal. Outubro/2012. 99 folhas. Dissertação (Mestrado Engenharia Civil) - Universidade Técnica de Lisboa. p. 46-48.

Uzbequistão e Moldova, tem adotado o modelo de parcerias público-privadas como modelo de gestão necessário à devida prestação de serviços de saúde.

## **5. CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS NO SETOR DE SAÚDE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

No Brasil, a primeira experiência de PPP no setor de saúde foi adotada no Hospital do Subúrbio na Bahia. Inaugurado em 14 de setembro de 2010, trata-se de uma unidade hospitalar voltada com atendimento de urgência e emergência (BAHIA, 2015). O Hospital do Subúrbio foi o primeiro hospital público da região norte e nordeste do país a conquistar a Acreditação Hospitalar, apresentando indicadores muito superiores a qualquer dos hospitais operados pela Administração Pública e até mesmo por organizações sociais.

A respeito da decisão pela modalidade de concessão administrativa no projeto de PPP do Hospital do Subúrbio, Tomas Anker e Bruno Pereira Ramos (2013, p. 174-175) informam que ela ocorreu somente após o início das obras de construção da infraestrutura. Assim, o hospital foi construído dentro da lógica tradicional concessão de obra, sendo que a aquisição dos equipamentos e operação dos serviços ‘bata cinza’ e ‘bata branca’ foram atribuídos à parceria privada. Em sua origem, o projeto não foi estruturado, portanto, tendo como objeto tanto a construção, quanto a obtenção de equipamentos e operação de todos os serviços clínicos e de apoio.

Após a iniciativa do Estado da Bahia, outros projetos de concessão administrativa encontram-se em fase de implantação no país. Dentre eles, segundo quadro ilustrativo elaborado por Malik e Barbosa (2015, p. 12), podem ser relacionados o Estado de São Paulo, Bahia, Rio de Janeiro, Ceará, Mato Grosso, Espírito Santo, Rio Grande do Norte, Rondônia, no Distrito Federal, Minas Gerais (especialmente Belo Horizonte) e Amazonas (especialmente Manaus). Totalizando um número de 36 novos projetos de hospitais, 328 Unidades Básicas de Saúde, quatro centrais de diagnósticos por imagens, quatro centros de apoio logístico, além de uma indústria farmacêutica.

## Processos de PPP propostos ou em estudo para hospitais, unidades básicas, centros de apoio diagnóstico e de logística no período 2010-14

Municípios	Projetos	Investimentos R\$ milhões	Chamada Pública e PMI	Situação em abr. 2014
BAHIA	Hosp. Subúrbio	80	2009	Início da operação 2010
	Inst. Couto Maia	95	2011	Licitado 2013. Em implantação
	Central de Diagnóstico por Imagem	134	2012	Licitado 2013
RIO DE JANEIRO	9 novos Hospitais do Estado	900	2011	Processo interrompido na consulta pública
	Central de Diagnóstico RIO Imagem	–	2011	Processo suspenso para revisão
	RJ - Plataforma digital em saúde	–	2013	Aguarda consulta pública
	Centro de Pesquisas e Inovação	–	2012	Aguarda consulta pública
SÃO PAULO	Hospitais Regionais de Sorocaba, São José dos Campos, Inst. da Mulher e Certo - Centro de Referência Oftalmo/ORL	894	2012	Licitação excluiu Centro após consulta pública. Demais licitados e contratados abr. 2014
MATO GROSSO	Hospital Matern. Infantil	183	2013	Processo interrompido por não constituição FGP
ESPÍRITO SANTO	Hospital Infantil Vitória	182	2012	Aguarda licitação
CEARÁ	Hospital Metropolitano	253	2013	Licitado abr. 2014
RONDÔNIA	Hospital de Urgência	100	2013	Aguarda Licitação
	Hospital de Trauma do DF e Hospital Nova Gama	734	2013	Processo suspenso pelo TC/GDF
GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL	Centro de Diagnósticos por Imagens	51	2012	Processo suspenso pelo TC/GDF
	Centro de Apoio Operacional à Rede Hospitalar do GDF	–	2012	Processo suspenso pelo TC/GDF
	Centro Médico da Polícia Militar	–	2014	Realizado chamamento por MIIP

Municípios	Projetos	Investimentos R\$ milhões	Chamada Pública e PMI	Situação em abr. 2014
BELO HORIZONTE	Hospital do Barreiro	180	2011	Licitado 2012. Em construção
	Sistema de Apoio Operacional - Rede Básica de Saúde	200	2010	Licitado 2012. Em construção
MANAUS	Rede Básica de Saúde	59	2012	Licitado 2012. Contrato suspenso por incompatibilidade do projeto executivo
	Centro de Apoio Operacional	-	2014	Realizado chamamento por MIIP
SOROCABA	Hospital Municipal	140	2014	Suspenso por coincidência de escopo com projeto estadual. Retomado chamamento com novo escopo
SÃO PAULO	Reforma 9 hospitais e construção 3 novos	1300	20133	Processo suspenso por medida judicial. Em fase de redimensionamento e ajustes.

No que tange ao objeto dos projetos de PPP brasileiros, é possível perceber que a grande maioria envolve a construção ou reforma e operação dos serviços não assistenciais, excluindo os serviços ‘bata branca’ (CARRERA, 2012):

Local	Projetos	Unidades	Escopo
Estado de São Paulo	Complexos Hospitalares	Lote 01: Hospital Estadual de Sorocaba e Lote 02: Hospital Estadual de São José dos Campos e Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher - HCRSM.	Construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais.
Estado de São Paulo	Fundação para o Remédio Popular ‘Chopin Tavares de Lima’ - FURP	Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense - IFAB	Gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente e serviços de assessoria na obtenção de registros de medicamentos
Estado de São Paulo	Logística de Medicamentos	Adequação da Infraestrutura existente, manutenção e operação da logística	Reorganização, estruturação, implantação e operação dos processos logísticos da assistência farmacêutica, imunização e outros insumos
Município de São Paulo	Modernização da Rede Hospitalar	Três novos hospitais; seis novos edifícios que substituirão os já existentes; três hospitais reformados e equipados; e quatro Centros de Diagnóstico por Imagem.	Execução dos projetos de arquitetura e engenharia, financiamento, construção, fornecimento de equipamentos e mobiliários, e prestação de serviços não assistenciais.
Município de Belo Horizonte	Hospital Metropolitano de Barreiro	12 salas de cirurgia e 439 leitos. A capacidade de atendimento será de 10 mil consultas especializadas, 1,4 mil internações e 700 cirurgias mensais.	Construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais.
Município de Belo Horizonte	Atenção Primária da Saúde	Uma unidade de Laboratório, uma Central de Esterilização de Materiais (CME) e 168 Unidades Básicas de Saúde	Modernização, prestação de serviços não assistenciais de apoio e infraestrutura.
Distrito Federal	Hospital do Gama, Hospital de Base do DF e Usina de Exames e Central de Laudos	O Hospital do Gama terá 500 leitos, sendo 70 de UTI e será referência em emergência clínica, cardiologia e pneumologia. O Hospital de Base terá 13 andares, com 150 leitos, sendo 50 de UTI. A Usina de Exames terá a capacidade de processar seis milhões de exames por ano e a Central de Laudos 1,44 milhão de imagens por ano	Construção, fornecimento de infraestrutura, instalações, equipamentos, mobiliários clínicos e gestão não assistencial por um período de 20 anos.

Local	Projetos	Unidades	Escopo
Município de Manaus	Unidades Básicas de Saúde da Família - UBSF	160 Unidades Básicas de Saúde da Família	Construção de 107 UBSF e a manutenção de 53 em funcionamento. Além de prestação de serviço de manutenção de equipamentos médicos e odontológicos.
Estado do Amazonas	Hospital da Zona Norte de Manaus	Voltado para procedimentos de alta complexidade, o hospital terá 300 leitos, 12 consultórios ambulatoriais, 7 consultórios de pronto-socorro e 11 salas cirúrgicas.	Construção e equipagem do hospital, além da gestão não assistencial.
Estado do Ceará	Hospital Regional Metropolitano	Hospital geral de urgência e emergência, com perfil de assistência em alta complexidade. Serão 14 pavimentos com 432 leitos.	Construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais.
Estado do Rio de Janeiro	Complexos Hospitalares	7 hospitais; Rio Imagem 2 - Niterói; e SUTEC - Centro de Pesquisa e Inovação na Saúde.	Construção e manutenção predial de conforto ambiental.
Estado do Mato Grosso	Hospital Infantil do Mato Grosso	Hospital Infantil do Mato Grosso	Finalização da obra dos prédios já existentes e implantação de novos blocos; construção de prédios anexos para Centro de Diagnóstico; equipagem; e prestação dos serviços não clínicos
Estado do Espírito Santo	Hospital Estadual Infantil	Especializado de média e alta complexidade em pediatria; ambulatório de especialidades; imagenologia; centro cirúrgico; pronto socorro e emergência.	Elaboração de projetos, dimensionamento de obras, provimento de estrutura física, especificação, aquisição e instalação de equipamentos e mobiliário, provimento de recursos humanos dos serviços não assistenciais.
Estado do Rio Grande do Norte	Hospital de Trauma de Natal	202 leitos, uma unidade de atendimento emergencial com 54 postos de atendimento, leitos de observação clínica e para medicação e com possibilidade de expansão ao longo dos anos.	Construção e administração dos serviços não assistenciais.
Estado de Rondônia	Hospital Estadual de Urgência e Emergência de Rondônia (HEURO)	268 leitos para internação, dos quais 45 de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), além de seis salas de cirurgias em funcionamento 24 horas por dia, dois tomógrafos, duas salas de raio X.	Construção, equipamentos e gestão não assistenciais.

Local	Projetos	Unidades	Escopo
Federal - Exército	Complexos de Saúde do Exército Brasileiro (PPP - HOSPMIL)	Na primeira fase serão os Complexos de Saúde nas Guarnições de Manaus e de Brasília. Posteriormente, poderão ser propostos novos projetos de Complexos de Saúde visando a substituição ou modernização dos já existentes ou em novos locais, em função das necessidades estratégicas, operativas ou até mesmo assistenciais.	Projetar, construir, financiar, operar (de acordo com a proposta da modelagem).
Estado da Bahia	Hospital do Subúrbio	373 leitos para atendimento de alta complexidade, urgências e emergências clínicas, cirúrgicas e traumató-ortopédicas. A estrutura conta também com: centro cirúrgico, laboratório de análises clínicas, centro diagnóstico, centro de fisioterapia e centro de hemodinâmica.	Gestão clínica e não clínica, operação e aparelhamento.
Estado da Bahia	Instituto Couto Maia	Especializado em doenças infecciosas com atendimento à urgência, assistência ambulatorial e 155 leitos de internação. Possui também: Centro de Referência para Imunobiológicos Especiais (CRIE); Agência Transfuncional de Reabilitação; e Serviço de Apoio Diagnóstico.	Construção, aparelhamento e gestão não clínica.
Estado da Bahia	Central de Diagnóstico por Imagem	Serviços de telemedicina, diagnóstico e bioimagem para 12 unidades Hospitalares da rede própria do Estado.	Construção, reforma, adaptação, manutenção, além da gestão e operação dos serviços.

Essa característica dos projetos nacionais de concessões administrativas na saúde, de excluir os serviços médicos assistenciais, vai ao encontro da maior parte da experiência internacional, que tende a limitar o objeto contratual ao desenvolvimento de infraestrutura e operação dos serviços de apoio 'bata cinza'.

Essa opção justifica-se por um motivo bastante conhecido no Brasil: a histórica deficiência da infraestrutura nacional, que atinge de modo contundente o setor de saúde. Para se ter uma ideia, segundo dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (2016), 70% (setenta por cento) dos 6.657 hospitais do Brasil são privados, sendo que 21% (vinte e um por cento) são municipais, 8% (oito por cento) são estaduais

e 1% são federais. Além disso, a exclusão dos serviços clínicos do objeto dos contratos de concessão administrativa diminui a complexidade da avença, pois nessa hipótese a disciplina contratual e a engenharia econômico-financeira restringem-se à amortização do investimento e aos serviços de apoio.

## **6. APONTAMENTOS FINAIS ACERCA DAS CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

A partir do reconhecimento da constitucionalidade da gestão privada, por empresas ou ONGs, de serviços públicos de saúde, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 1923/DF e no RE 581.488/RS, cumpre à teoria jurídica brasileira aprofundar o estudo dos modelos contratuais existentes no Brasil, a fim de maximizar sua eficiência e eliminar a possibilidade de desvios e falhas em sua implementação.

A concessão administrativa no setor de saúde, foco do presente estudo, tem sido adotada em todo o mundo com forma de ampliar a capacidade estrutural dos Estados no atendimento à saúde de sua população. Os resultados até o momento demonstram-se bastante satisfatórios, sendo que algumas iniciativas tiveram de ser remodeladas e corrigidas após sua estruturação. A questão que mais chama a atenção nesse período de implantação das PPPs no setor de saúde pública refere-se ao objeto dos contratos. Isso porque são poucas as experiências de concessões administrativas estrangeiras que abarcam, num mesmo contrato, a gestão dos serviços de apoio (bata cinza) e dos serviços clínicos (bata branca).

Conforme visualizado acima, a maior parte das experiências envolve apenas os serviços de apoio, sendo que os serviços médicos são gerenciados por variadas formas, inclusive por meio de outras modalidades contratuais com a iniciativa privada. Essa segregação de contratos justifica-se, sobretudo, pela peculiaridade da disciplina dos serviços clínicos, os quais demandam critérios de avaliação de desempenho bastante detalhados e específicos.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que as vantagens da contratualização dos serviços clínicos decorrem, sobretudo, da transparência e flexibilidade que as parcerias com a iniciativa privada permitem. Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde contratos são celebrados para diminuir o grau de publicidade acerca da aplicação de recursos públicos, na experi-

ência internacional a contratualização é tida como instrumento de transparência.

Para tanto, é imperioso que os contratos tragam de modo detalhado, além do objeto da avença e dos direitos e deveres das partes, os critérios de avaliação de desempenho, com meio de metas de eficiência e qualidade acompanhadas de ferramentas de acompanhamento da execução do contrato. Esse acompanhamento deve ser realizado, como preveem alguns contratos de concessão administrativa, por empresas contratadas especificamente para essa finalidade, denominadas no caso de 'verificadores independentes'. Essa previsão aplica-se a todas as concessões, mas ganha importância ainda maior no caso dos serviços clínicos, que possuem alto nível de imprevisibilidade quanto à demanda e aos procedimentos a serem disponibilizados a cada paciente. Esse ponto talvez seja o mais relevante para o aprimoramento de todas as parcerias na saúde: independente da natureza do ajuste é essencial a estruturação específica e detalhada do modelo de aferição de desempenho da prestação privada. Tal modelo tanto mais tem chance de sucesso quanto mais de perto for seguido pelas partes envolvidas e aferido por uma empresa independente.

No que tange aos riscos, deve-se reconhecer que a celebração de parcerias na saúde amplia a margem para apropriação indevida de recursos públicos pela iniciativa privada. Trata-se de um problema crônico no Estado brasileiro e pouco referido na experiência internacional. De todo o modo, esse problema pode ocorrer por uma série de razões, que podem ser atenuadas por algumas condutas.

Em primeiro lugar, é necessário capacitar a própria Administração Pública, de modo que servidores públicos e agentes políticos compreendam o modelo a ser adotado e tenham condições de decidir, de modo fundamentado, pela adoção de uma parceria. A estruturação de uma parceria público-privada deve ser marcada pela transparência na condução do processo e pela discussão pública de projetos no âmbito nos conselhos gestores de parcerias. A participação da iniciativa privada, por meio de propostas, estudos técnicos e pareceres sobre o tema é essencial para qualquer projeto de PPP, pois projetos gestados interna e isoladamente pelo Poder Público tendem a não oferecer atratividade à iniciativa privada. Nesse plano, é importante notar que a moderna teoria dos contratos prevê que os ajustes devem disciplinar e harmonizar

interesses que não são integralmente coincidentes. Tais fatores conduzem à necessidade de uma ‘discussão público-privada’ anterior à celebração de uma parceria.

Em segundo lugar, é necessária discussão pública, por meio de audiências e consultas públicas. A participação social deve ser incentivada ao máximo. Além disso, órgãos oficiais de fiscalização e controle também devem participar do debate. Tribunais de Contas e Ministério Público cada vez mais tem assumido papel ativo de defesa do interesse coletivo durante o processo de tomada de decisões de grande repercussão social. Na medida de sua competência, tais órgãos devem questionar, impugnar e, se for o caso, buscar a suspensão de processos que contenham alguma irregularidade.

Em terceiro lugar, retoma-se a necessidade de que os critérios de aferição de desempenho sejam continuamente aferidos. Contratos de longa duração, como os contratos de concessão administrativa, demandam, inclusive, ajustes em tais critérios. A atuação conjunta do ‘verificador independente’, da Administração Pública parceira e dos órgãos de fiscalização e controle deve ser uma atuação firme, mas não uma atuação belicosa. Afinal, trata-se de uma parceria de longo prazo, uma modalidade de contrato relacional que demanda ajustes e rearranjos que se protraem no tempo. Daí a pertinência de penalidades financeiras de cunho punitivo e pedagógico, voltadas, sobretudo, à adequação do contrato no longo prazo.

Já no exterior, onde as cautelas acima relacionadas são tomadas de modo mais incisivo, o principal risco denunciado pelos autores refere-se à incompatibilidade entre os orçamentos apresentados na fase de estruturação do projeto e os custos efetivos para sua execução. Esse risco pode ser sensivelmente diminuído pela segregação dos contratos de concessão administrativa em dois contratos: um para construção, reforma e manutenção da infraestrutura, incluídos os serviços de apoio ‘bata cinza’; outro para a gestão dos serviços clínicos ‘bata branca’. Essa segregação de contratos, que podem ser estruturados no mesmo processo, parece ser, a essa altura da experiência brasileira e mundial, o modelo mais adequado para a ampliação da infraestrutura e prestação de serviços de saúde no Brasil.

O SUS é o maior serviço público de saúde do mundo, mas padece por falta de estrutura e por dificuldades de gestão. A exemplo do que ocorre no mundo todo, os contratos de concessão administrativa são ferramentas indispensáveis para a solução desses problemas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACERETE, Basilio; STAFFORD, Anne; STAPLETON, Pamela. **Spanish healthcare Public Private Partnerships: the 'Alzira model'**. *Critical Perspectives on Accounting*, 2011 - Elsevier. p. 12. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1045-235411000785>. Acesso 14/03/2016.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999.
- BARBOSA, Antonio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. **Rev. Adm. Pública**. Rio de Janeiro, set./out./ 2015. p. 6. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612136177> Acesso: 22/02/2016
- BRASIL. Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES). Disponível em: [http://www.cns.org.br/links/DADOS\\_DO\\_SETOR.htm](http://www.cns.org.br/links/DADOS_DO_SETOR.htm). Acesso em 20/0516.
- BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 17 dez. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].
- CARIAS, João Marcos Maia Devesa Inácio. **As Parcerias Público-Privadas em Projetos de Infra-Estruturas e Saúde: O Caso dos Hospitais em Portugal – Portugal**. Outubro/2012. 99 folhas. Dissertação (Mestrado Engenharia Civil) – Universidade Técnica de Lisboa.
- CARRERA, M. B. M. **Parceria Público-Privada na Saúde no Brasil: Estudo de caso do Hospital do Subúrbio de Salvador – Bahia**. 2012. 106f. Dissertação (Mestrado em Administração em saúde) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo.

- COSTA, Nilson do Rosário; SILVA, Pedro Luís B.; RIBEIRO, José Mendes. Inovações organizacionais e de financiamento: experiências a partir do cenário institucional. In: NEGRI, Barjas; DI GIOVANNI, Geraldo (Orgs.). **Brasil: radiografia da saúde**. Campinas: UNICAMP, 2001. p.291-296.
- DAL POZZO, Augusto Neves; JANETE, Pedro. Os principais atrativos das PPP para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para a sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. Coordenadores: Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57-63.
- DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. **Health-Care Systems: Lessons from the Reform Experience**. Paris: OECD, 2003.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP - Parceria Público Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HAM, Chris. The background. In: \_\_\_\_\_. **Health Care Reform: Learning from International Experience**. Buckingham: Open University Press, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015, p. 760.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. Coordenadores: Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008.
- MEDICI, André Cezar. **Do Global ao Local: os desafios da saúde no limiar do século XXI**. Belo Horizonte: Coopmed, 2011.

- MINGO, Helena de. **A experiência espanhola**. In: Revista do GVsaúde – Ed. Especial, jun/2012 - Debates GVsaúde. Especial Palestra Internacional 2011 – PPP na saúde: experiências e tendências, p. 13. Disponível em: <<http://gvsaude.fgv.br/sites/gvsaude.fgv.br/files/GVsaude%20-FINAL.pdf>> Acesso:26/03/2015
- OLIVEIRA, Jorge. **PPP na saúde - inovação para o bem do serviço público**. Portal PPP Brasil. 06 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppp-na-sa%C3%BAdeinova%C3%-A7%C3%A3o-para-o-bem-do-servi%C3%A7o-p%C3%BAblico>>. Acesso: 10/06/2015.
- REIS, Ricardo Ferreira; SARMENTO, Joaquim Miranda. A ascensão e queda das parcerias público-privadas em Portugal. In. OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Crhysostomo. **Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas**. Organizadores: Gesner Oliveira e Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho. 1a ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 148-149.
- SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008
- SCHULZE, Clenio; GERAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde: análise à luz da Judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. Coordenador: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.







## **O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E AS INCOMPREENSÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

## ***THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS OF HEALTH AND INCOMPREENSIONS ABOUT THEIR EFFECTIVENESS: AN APPROACH THROUGH HEALTH JUDICIALIZATION***

### **Juliana Gonçalves de Oliveira**

Mestranda em Direito e Justiça Social pela FURG. Especialista em Direito Constitucional e em Direito e Processo do Trabalho pela Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela URCAMP. Advogada. e-mail: juliana\_g.deoliveira@live.com.

### **Rafael Fonseca Ferreira**

Pós-Doutorando, Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Comércio Exterior e Relações Internacionais pela UCS. Professor da graduação em Direito e do Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Advogado. e-mail: rafaelferreira@furg.br.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Aplicabilidade do direito social à saúde: 2.1 Aplicação imediata do Direito à saúde; 2.2 Relação com outros Direitos Fundamentais – 3 Judicialização do direito à saúde: 3.1 Caráter Universal e Igualitário do Direito à saúde; 3.2 Argumentos contrários à judicialização do direito à saúde; 3.3 A transferência de Poder das instâncias políticas tradicionais para o Judiciário – 4 As ações judiciais e o direito à saúde: 4.1 Ações individuais e coletivas; 4.2 Ação Civil Pública como instrumento de efetivação de políticas públicas na área da saúde – 5. Conclusões – Referências.

**RESUMO:** Com este trabalho pretende-se, de forma geral, abordar a efetividade do direito fundamental à saúde, norma de aplicabilidade imediata, positivada de maneira genérica no art. 6º da CF/88 e inserido dentro do Capítulo dos Direitos Sociais. Especificamente, objetiva-se analisar a questão da saúde a partir da intensa judicialização individual deste direito, abordando argumentos favoráveis e contrários à intervenção do Poder Judiciário. Para, finalmente, responder à questão primordial da pesquisa, qual seja: se a judicialização individual da saúde é um meio válido e correto, do ponto de vista social, para se obter a plena efetivação do direito fundamental à saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à saúde. direitos fundamentais. Judicialização.

**ABSTRACT:** This work intends, in a general way, to address the effectiveness of the fundamental right to health, a rule of immediate applicability, which is generically positive in art. 6 of the CF / 88 and inserted within the Chapter of Social Rights. Specifically, it aims to analyze the health issue from the intense individual judicialization of this right, addressing arguments favorable and contrary to the intervention of the Judiciary. Finally, the answer to the main question of the research is whether the individual judicialization of health is a valid and correct way, from the social point of view, to achieve the full realization of the fundamental right to health.

**KEY WORDS:** right to health. fundamental rights. judicialization.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a questão da efetividade e da aplicabilidade do direito à saúde, inserido na nossa Constituição dentre os direitos fundamentais sociais, bem como, a possibilidade desta efetivação ser pleiteada perante o Poder Judiciário através de ações individuais e coletivas.

Os objetivos específicos deste artigo encontram-se delineados dentre os seus capítulos, e podem ser entendidos como sendo os seguintes:

De início objetiva-se verificar a questão específica da aplicabilidade do direito à saúde, como um direito de cidadania fundamental do homem, partindo da premissa que a ele se emprega a regra da norma de aplicabilidade imediata prevista no §1º do art. 5º da CF/88. Ainda pretende-se pormenorizar a relação da saúde com outros direitos fundamentais, principalmente sua estreita relação com o direito individual à vida e a dignidade humana.

Na sequência tem-se o intuito de analisar sobre a judicialização do direito à saúde, abarcando-se o caráter universal e igualitário do direito à saúde, os argumentos contrários à judicialização e a questão da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo como justificativa para intervenção do Poder Judiciário.

E por fim, objetiva-se abordar os tipos de pleitos judiciais possíveis no caso do direito à saúde, tanto pela via individual, por estar intimamente ligado aos direitos fundamentais individuais, quanto pela via coletiva, por ser um direito social com finalidade de garantir a redução das desigualdades sociais. Bem como, expor a possibilidade da utilização do instituto da Ação Civil Pública como instrumento de proteção do cidadão frente os casos de omissão constitucional sobre políticas públicas de saúde.

A escolha do tema deu-se pela relevância que os direitos fundamentais sociais têm em relação à realização da plena cidadania dos indivíduos e na busca da justiça social e diminuição das desigualdades, também, pelas inúmeras ações judiciais em tramitação buscando a efetivação do direito à saúde.

Ademais, a principal problemática enfrentada é verificar se o direito à saúde deve ser analisado apenas pela ótica do direito social, que tem o objetivo de diminuir as desigualdades por meio de políticas públicas ou se ele também pode ser encarado de uma maneira mais individualista, se

utilizando da sua ligação com o direito à vida e tendo sua efetividade pleiteada em ações judiciais individuais.

## 2. APLICABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Atualmente, o problema que enfrentamos, quando tratamos de direitos humanos “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”<sup>1</sup>, ainda que seja possível falar em uma crise de fundamentação dos direitos, nosso desafio principal, é mais modesto, embora mais difícil, pois trata da questão de “buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”<sup>2</sup>, devendo-se sempre analisar as condições e os meios para a realização desses direitos, impedindo que sejam violados.

Em que pese o direito à saúde seja expressamente um direito fundamental, ligado à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana e, ainda, estejam as normas nacionais em concordância com as internacionais, a grande quantidade de demandas judiciais no âmbito da saúde demonstram a existência de uma busca por sua efetivação, principalmente, porque o Estado é o principal responsável pela proteção e pela promoção dos meios para a efetividade do referido direito, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo.

Na intenção de verificar possíveis meios de proteção e promoção do direito à saúde, necessário analisar a questão da aplicação imediata das normas de direito fundamental, o que veremos no item a seguir.

### 2.1 APLICAÇÃO IMEDIATA DO DIREITO À SAÚDE

O art. 5º, §1º da CF/88 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, embora haja a previsão constitucional da aplicação imediata, a maioria das normas reguladoras de direitos sociais dependem de regulamentação infraconstitucional para que possam ser efetivadas, sendo este o caso do direito à saúde, não obstante tal direito ter sido regulamentado pela lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990, que instituiu o Sistema Úni-

1 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

2 Ibidem.

co de Saúde, esta não resolveu todos os impasses referentes ao direito social à saúde.

O direito fundamental à saúde caracteriza-se por ser uma norma programática, onde estão consubstanciados os programas e diretrizes para atuação dos órgãos estatais, embora tal norma dependa de complementos estes não podem ser utilizados como desculpa do poder público para não satisfazê-la. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em decisão no RE 271.286-AgR<sup>3</sup>, explica que tal caráter não pode “converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”.

A regra da aplicabilidade imediata se faz presente mesmo quando os direitos ainda não foram completamente regulamentados, pois estes podem revogar normas infraconstitucionais ou serem fundamento para a decretação de inconstitucionalidade e também podem ser aplicadas no “exercício das novas garantias expressas pelo mandado de injunção e pela ação de inconstitucionalidade por omissão”<sup>4</sup>. Nesse contexto, o entendimento predominante, e adotado nesta pesquisa, é de que os direitos subjetivos previstos na nossa Constituição, sejam eles políticos, individuais, sociais ou difusos são “direta e imediatamente exigíveis, do poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais”<sup>5</sup>.

Por óbvio, a simples incorporação dos direitos pelo texto constitucional não garante que os cidadãos possam usufruir destes, pelo contrário, quando o legislador prevê direitos que dependem de uma atuação positiva do Estado e não promove condições para que estes sejam plenamente efetivados surge o sentimento de promessa não cumprida, o que pode explicar a grande incidência de ações judiciais pleiteando a efetivação de direitos, já que diante da inércia dos poderes legislativo e executivo a população vê no judiciário a última esperança de ver suas expectativas de direitos satisfeitas.

3 RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000

4 LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.” **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, n.22, 1998. p. 92.

5 BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. v.31. n.66. Porto Alegre: PGE, 2007. p. 92.

A questão da aplicabilidade das normas refere-se à sua eficácia jurídica, enquanto que a questão da efetividade diz respeito à sua eficácia social, ou seja, a efetividade seria a realização do Direito no caso concreto, representando “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”<sup>6</sup>, todavia, a efetividade de um direito depende primeiramente deste ser plenamente aplicável.

Com isso, pode-se entender que a regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais tende a legitimar a aplicação de poderes do Judiciário, que vem adquirindo papel de destaque nos últimos tempos<sup>7</sup>. Sendo assim, percebe-se que, mesmo que o direito social à saúde não fosse regulamentado, este seria exigível por meio de ações judiciais.

## 2.2 RELAÇÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o direito à saúde pode ser conceituado da seguinte maneira:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social<sup>8</sup>.

Percebe-se desde logo a amplitude do direito à saúde, que abarca dentro de seu conteúdo uma série de outros direitos que também podem ser tidos como fundamentais, podendo exemplificar os seguintes: direito de ser tratado com igualdade e respeito; direito ao meio ambiente saudável; direito às condições confortáveis de moradia; direito à básicos cuidados de higiene; direito à boa alimentação; direito ao ambiente saudável de trabalho e estudo; entre outros<sup>9</sup>. Em verdade, se o Estado proporcionasse um mínimo de vida saudável a todos, chegaríamos a um

6 Idem. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

7 Ibidem. p. 281.

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Nova Iorque, 22 jul. 1946.

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. Reform. São Paulo: Moderna, 2004. p. 70-75.

ideal em que “as pessoas não cheguem a ficar doentes ou tenham o mínimo de doenças”<sup>10</sup>, o direito a receber assistência médica só seria exigido após a falha do Estado em satisfazer os direitos menores englobados pelo direito à saúde.

Por certo, boas condições de saúde são fundamentais para a realização do direito individual à vida, em outras palavras, a saúde é um pressuposto, essencial, à manutenção e gozo da vida, referindo-se à vida com dignidade, saudável e com certa qualidade<sup>11</sup>. Logo, inegável a relação existente entre o direito à saúde e os outros direitos fundamentais, já que a proteção à saúde é indispensável ao usufruto desses, pois sem saúde nenhum ser humano consegue gozar dos demais direitos ou reivindicar para que estes sejam cumpridos.

A ligação demonstrada é justamente o que gera a problemática do texto, pois, se a saúde é pressuposto para a vida, que é um direito individual, não há que se falar em impedimento no pleito pela sua efetivação por meio de ações. Entretanto, primeiramente, a saúde é um direito social, que possui objetivos e finalidades para com a justiça social e diminuição das desigualdades, o que não ocorre quando um sujeito recorre à tutela do judiciário de forma individual. Nesse contexto, na sequência abordar-se-á a questão da judicialização do direito à saúde.

### 3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A condição de fundamental atribuída ao direito à saúde lhe concedeu o status de direito subjetivo, oponível contra o Estado, o que permite pleitear perante o Judiciário sua efetividade.

Sempre que a Constituição define um direito fundamental este se torna exigível, inclusive mediante ação judicial, “o Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental ou não fundamental estiver sendo descumprido”<sup>12</sup>, entretanto, “os juízes não podem se transformar em conformadores sociais”<sup>13</sup>, devendo-se atentar para o fato de que não se pode

10 Ibidem. p. 76

11 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. “O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *Revista Gestão e Controle*. v.01. Porto Velho: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, 2013. p. 78.

12 BARROSO, L. R. op. cit. 2007. p. 96.

13 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 946.

“obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”<sup>14</sup>.

No que tange à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, entende-se que a possibilidade existe, mas deve-se sempre observar certos limites, vejamos:

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção<sup>15</sup>.

Não se pode deixar de levar em consideração que quando o Judiciário decide em favor dos direitos fundamentais de uns, acaba deixando de lado os direitos, também, fundamentais de outro, logo, chegamos ao problema de uma questão de ponderação extremamente complexa, onde está em jogo “o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”<sup>16</sup>.

Nesse sentido chegamos ao efeito nefasto na busca pela efetivação de direitos pela via judicial individual, pois quando há uma decisão judicial, condenando o Estado a efetivar o direito à saúde de um indivíduo, os recursos que seriam destinados à satisfação de direitos de uma coletividade acabam sendo reconduzidos, o que, muitas vezes, faz com que se privilegie os direitos de uns cidadãos em desprezo dos de outros.

Diante das divergências sobre a utilização do Poder Judiciário na busca da efetivação do direito à saúde, veremos na sequência as principais características deste direito, as objeções à intervenção do Poder Judiciário e as ações judiciais.

### 3.1 CARÁTER UNIVERSAL E IGUALITÁRIO DO DIREITO À SAÚDE

O art. 196 da CF garantiu o “acesso universal e igualitário às ações e serviços” para a “promoção, proteção e recuperação” do direito à saúde, logo, trata-se de dever constitucional do Estado em promover, mediante

14 Ibidem.

15 BARROSO, L. R. op. cit. 2007. p. 104.

16 Ibidem. p. 91.

políticas públicas, a efetivação do direito à saúde a todos de forma igualitária. Salientando-se que o caráter universal e igualitário do direito à saúde foi ratificado quando da regulamentação deste direito, no art. 2º, §1º da Lei n.º 8.080/1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde.

A universalidade do direito à saúde não impede que sejam feitas diferenciações na aplicação prática do direito, principalmente pelo emprego do princípio da igualdade material, que justificaria certas discriminações positivas para que se alcance uma justiça social<sup>17</sup>. Em se tratando de direitos fundamentais sociais, deve-se sempre levar em consideração o princípio da equidade e da proporcionalidade, já que o objetivo principal de tais direitos **é o de reduzir as desigualdades fáticas**.

Quanto ao caráter de integralidade, temos que este **não é absoluto**, pois encontra-se limitado às ordens **técnicas** e científicas, como é o caso, por exemplo, de um tratamento médico ou cirurgia que não levará à cura ou à melhora da moléstia devido à sua gravidade<sup>18</sup>. Ainda, no tocante à gratuidade dos serviços de saúde, esta deve atentar à demonstração, por parte de quem pleiteia o direito, da necessidade, analisando-se as condições financeiras do autor e a possibilidade deste em arcar total ou parcialmente com o tratamento que pleiteia.

Assim, percebe-se que o caráter universal do direito à saúde pode ser utilizado para legitimar a intervenção do Judiciário, vez que o Poder Judiciário supriria casos em que o Estado não conseguiu realmente efetivá-lo. Já o caráter igualitário, pode ser visto como argumento contrário à judicialização, pois uma ação individual, por exemplo, beneficia um cidadão, em desprezo de outros, pois os recursos que poderiam estar destinados à políticas públicas acabam sendo realocados para um tratamento específico.

### 3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO UM PROBLEMA

Muito embora haja, hodiernamente, uma grande quantidade de demandas judiciais pleiteando a efetivação dos direitos sociais, há algumas objeções para estas intervenções, vejamos: a) o art. 196 da CF, que é uma norma programática, prevê, claramente que “a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões ju-

17 SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. op. cit. 2013, p. 89.

18 Ibidem. p. 126.

diciais”; b) prejuízo ao desenho institucional, uma vez que “a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas” e corroborando com a vontade do legislador constitucional originário; c) ofensa à legitimidade democrática, pois retira dos “poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir como o dinheiro público será gasto”, ou seja, na judicialização o dinheiro público pode vir a ser gasto em medidas impopulares com a maioria dos cidadãos; d) a questão financeira, denominada de reserva do possível, argumenta que “os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais” sendo que, “investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”; e) desorganização da Administração Pública, já que as decisões judiciais “privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão”<sup>19</sup>.

Assim como em todos os direitos sociais prestacionais, o direito à saúde está limitado pela reserva do possível, pois trata-se de direito que “implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos”<sup>20</sup>. Aliás, dentre os argumentos contrários à judicialização da saúde está o de que somente o legislador, escolhido de maneira democrática, pode decidir sobre como utilizar os recursos públicos, ou seja, “um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes”<sup>21</sup>.

Por serem direitos subjetivos de prestações relativas a bens materiais, a efetividade dos direitos sociais sempre esbarra na questão da escassez de recursos, e esta questão se aplica amplamente à plena efetividade do direito à saúde. Todavia, quando os cidadãos pleiteiam a efetivação de direitos pela via judicial, “o ‘fator custo’ de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional”<sup>22</sup>.

19 BARROSO, L. R. op. cit. 2007. p. 104-106.

20 SARLET, I. W. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, 2007. p. 12.

21 *Ibidem*. p. 13.

22 *Idem*. “Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua efetivação”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v.6. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 186.

A reserva do possível tem sido usada pelo Estado como “argumento impeditivo da intervenção judicial”<sup>23</sup> e como uma desculpa para a omissão estatal, assim, caberia ao poder público o ônus da comprovação da efetiva falta dos recursos, não sendo mais aceitável a simples alegação, sem a devida fundamentação, da falta de recursos financeiros.

No tocante à posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da reserva do possível como argumento contra a judicialização do direito à saúde, interessante observar o seguinte trecho do voto do ministro-revisor Celso de Mello, na ADPF-MC/DF 45: “a efetivação do direito à saúde liga-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar ‘com reservas’ a alegação, por parte do Estado, de violação à reserva do possível.”<sup>24</sup>

Dentre todas as objeções à judicialização do direito social à saúde, certamente a principal, e mais alegada pelo Estado é a questão financeira, representada pelo Princípio da reserva do possível, todavia, tal argumento, sozinho, não possui condão para impedir a realização do direito pela via judicial. A incidência deste princípio necessita ser provada por quem o alega e ser interpretado conjuntamente com outras alegações legítimas, sob pena de ser generalizado e ferir o princípio do mínimo existencial.

### 3.3 A TRANSFERÊNCIA DE PODER DAS INSTÂNCIAS POLÍTICAS TRADICIONAIS PARA O JUDICIÁRIO

Em suma, o fenômeno da judicialização significa que questões de grande importância social e política estão deixando de ser resolvidas pelos Poderes Políticos tradicionais e passando a ser decididas pelo Poder Judiciário, cabendo verificar o porquê desta transferência de poder.

Uma explicação para o amplo ativismo judicial existente na atualidade é o de que há uma certa insuficiência das leis. No tocante ao caso do direito à saúde, o descaso com a saúde pública afronta, muitas vezes a dignidade humana, o que, legitima o Judiciário a não ser apenas um intérprete das leis, mas a atuar de maneira mais ativa.

23 Ibidem, p. 193.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. ADPF n.º 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 21 out. 2015.

Fala-se em uma “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade”<sup>25</sup>, que vem fomentando a expansão da atuação do Judiciário na tentativa de suprir as omissões dos outros Poderes, bem como, faz com que o Poder Executivo se utilize de maneira excessiva das medidas provisórias, o que, também fomenta a atuação do judiciário, que é provocado a verificar a constitucionalidade de tais medidas.

Muito embora o Judiciário venha tomando um papel mais ativo apenas em face da inoperância dos demais poderes, evidente que o fenômeno da judicialização possui uma face positiva, mas também uma negativa. A face positiva pode ser percebida na oportunidade do Judiciário suprir as necessidades da sociedade que não foram satisfeitas pelo Congresso Nacional ou pela Presidência da República, já a face negativa está no fato de que uma maior atuação do Judiciário acaba expondo as dificuldades do Poder Legislativo, o que tende a prejudicar o Estado Democrático de Direito, pois “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”<sup>26</sup>.

Como já exposto, sempre que uma norma constitucional não é devidamente regulamentada, ou, quando há regulamentação, mas esta não vem sendo corretamente aplicada o Poder Judiciário está legitimado a agir, ou seja, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais na via judicial é plenamente possível quando os Poderes Legislativo e Executivo se omitem ou são inoperantes, mas, em contraponto, quando há políticas públicas eficientes e quando as normas estão devidamente regulamentadas o Poder Judiciário deve se autoconter.

Nessa ótica, é importante lembrar que:

a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes<sup>27</sup>.

A judicialização da saúde leva questões relevantes no âmbito político, social e moral para serem decididas, em caráter final pelo Judiciário, tratando-se de verdadeira transferência dos poderes das instâncias políti-

25 BARROSO, L. R. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. [Syn]Thesis. v.05. n.01. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. p. 27.

26 Ibidem. p. 27.

27 Ibidem. p. 32.

cas tradicionais (Legislativo e Executivo), para o Judiciário, o que se dá, na maioria das vezes, devido à desilusão com a política majoritária e à crise de representatividade e de funcionalidade do parlamento.

## 4. AS AÇÕES JUDICIAIS E O DIREITO À SAÚDE

A cada dia o número de demandas relativas à saúde aumentam, sejam elas ações de medicamentos, ações solicitando o custeio de tratamentos e cirurgias, ações contra planos de saúde ou ações requerendo a implantação de políticas públicas. Vejamos na continuidade as controvérsias quanto aos meios mais adequados para a judicialização da saúde, preservação dos direitos fundamentais e de seus propósitos.

### 4.1 AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

Por ser um direito a prestações materiais, o direito à saúde gera inúmeras polêmicas, sendo que, a busca por sua efetividade na via judicial possui divergências quanto aos seus efeitos e também doutrinárias. A princípio, majoritariamente, a doutrina entendia ser possível e acertada a busca pela efetividade do direito à saúde por meio de ações individuais, entretanto, nos últimos anos, vários autores<sup>28</sup> vêm sustentando que o ideal seria a judicialização por meio de ações coletivas, visando a obtenção de políticas públicas em vez de processos individuais.

No tocante às ações individuais, a ação ordinária para o fornecimento de medicamentos seria uma ação extremamente individualista, pois os recursos públicos, que devem ser direcionados às políticas sociais, avaliando custos e benefícios e visando diminuir as desigualdades econômicas e sociais, privilegiariam apenas os que possuem acesso qualificado

28 Exemplos de autores e seus respectivos artigos favoráveis ao argumento da judicialização pela via coletiva: SARLET, I. W. "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988."; TIMM, L. B. "Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?"; SCAFF, F. F. "Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível"; LOPES, J. R. de L. "Em torno da reserva do possível"; LIMA, R. S. de F. "Direito à saúde e critérios de aplicação"; BARROSO, L. R. "Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial"; BARCELLOS, A. P. "O Direito a Prestações em saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata".

à justiça, àqueles que conhecem seus direitos e podem arcar com o custo de um processo judicial<sup>29</sup>.

Embora reste claro que o ideal, em se tratando de direitos sociais é a prevalência dos pleitos judiciais coletivos, pelo fato do direito à saúde estar “intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano” jamais se pode excluir a possibilidade de uma tutela pessoal e individual<sup>30</sup>.

Entretanto, de fato, há uma ausência de preocupação nas decisões judiciais, sobre as consequências do provimento jurisdicional, sendo indispensável que as decisões, no campo da judicialização da saúde, devem ser mais conscientes e responsáveis, bem como, mais isonômicas e racionais, a fim de se evitar a litigância individual descontrolada<sup>31</sup>.

Na tentativa de aproximar o judiciário dos casos concretos relativos ao direito social à saúde, o Supremo Tribunal Federal, nos meses de abril e maio de 2009, realizou Audiência Pública<sup>32</sup>, onde foram ouvidos 50 especialistas, entre profissionais da área do direito, da área da saúde e da sociedade civil, a fim de colaborar no julgamento das ações relativas à saúde que tramitam no Tribunal.

Nessa contextura vemos que muitas vezes os juízes, em suas decisões, levam em conta fatores extrajudiciais, pessoais e ideológicos, bem como fatores de natureza política, tal questão, mencionada por Ronald Dworkin<sup>33</sup> em sua “teoria da integridade do direito”, ocorre quando o julgador acaba por ignorar o verdadeiro direito, substituindo-o “por suas próprias concepções ao verdadeiro conteúdo do direito”.

Inegável, pois a relação existente entre direito e política, sendo necessário que o Judiciário acate as escolhas dos legisladores, quando legítimas, bem como o respeito aos precedentes, à integridade, à segurança jurídica, à isonomia. Já que:

29 BARROSO, L. R. op. cit. 2007. p. 107.

30 SARLET, I. W. FIGUEIREDO, M. F. op. cit. 2013. p. 117-118.

31 *Ibidem*. p. 130.

32 A Audiência Pública, convocada pelo, então, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública objetivavam contribuir no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde.

33 DWORIKIN, Ronald. **O Império do Direito**. trad. Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 309.

o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas<sup>34</sup>.

Junto das ações necessárias e dignas, há um aumento crescente de decisões extravagantes e baseadas no emocional, principalmente no que diz respeito às ações ordinárias de medicamentos e tratamentos médicos, onde a continuidade das políticas públicas existentes é colocada em risco e a atividade administrativa é desorganizada em prol da tutela individual. Com isso, o instrumento da Ação civil pública, mostra-se como instituto a ser observado na busca pela efetivação do direito à saúde através de políticas públicas e, principalmente, na tentativa de que a judicialização da saúde não acabe tornando o direito individual e potencializador de desigualdades.

A utilização da Ação Civil Pública para discutir a questão das políticas públicas costuma gerar certa divergência, principalmente pela alegação de violação do Princípio da separação de poderes. Entretanto, tal alegação ignora o alcance das normas constitucionais sobre direitos fundamentais sociais, que por serem normas garantidoras da justiça social possuem aplicação diferenciada, admitindo a intervenção do Poder Judiciário em casos de omissões dos demais Poderes, já que, “embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhes por certo coibir abusos”<sup>35</sup>.

Principalmente quando não há lei ou ato que regulamente a Constituição ou quando estas leis ou atos não estão sendo efetivos, ou seja, em casos de omissão constitucional, a intervenção do Judiciário é plenamente possível.

A fim de contribuir com a pesquisa pretendida, faz-se necessário, também, uma abordagem menos teórica, baseada na análise de dados sobre a utilização das ações coletivas na judicialização da saúde. De acordo com o Relatório de pesquisa da Fundação Getúlio Vargas<sup>36</sup>, nos Estados de São Paulo e Minas Gerais constatou-se uma total inexistência de

34 Ibidem. p. 271.

35 BARROSO. L. R. op. cit. 2007. p. 110.

36 Tal relatório de pesquisa, intitulado “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”, apresenta o resultado da pesquisa jurisprudencial conduzida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEBEPEJ) e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, por meio dos Coordenadores e Pesquisadores nela indicados, versando sobre a judicialização da saúde nos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

ações individuais com efeitos coletivos no campo da saúde, uma baixa incidência de ações coletivas nesse mesmo campo e uma ausência completa de iniciativa dos legitimados às ações coletivas, o único dado positivo, apresentado no referido relatório, é que na área do direito à saúde não se encontrou a incidência de ações pseudoindividuais, o que ocorre muito quando se trata de relações de consumo.

Em breve pesquisa nos Tribunais Regionais Federais, constatou-se a existência de quatro ações civis públicas, buscando uma efetividade coletiva do direito à saúde, vejamos: a) uma no Estado do Espírito Santo, município de Cachoeiro do Itapemirim<sup>37</sup>, demandando a conclusão da obra de um hospital; b) duas no Estado do Ceará, município de Juazeiro do Norte, a primeira<sup>38</sup> pleiteando a construção e a manutenção de um hospital de clínicas e a segunda<sup>39</sup>, pedindo a indicação de um administrador provisório para a pasta da Saúde Pública da gestão do Município, a fim de apurar possíveis irregularidades dos administradores públicos; e c) uma no Estado do Pará, município de Tucuruí<sup>40</sup>, com o intuito de apurar o sucateamento do hospital municipal e litigar pela construção e manutenção de um novo hospital municipal. Analisando-se os exemplos trazidos, e seus atuais desfechos, percebe-se que o único que apresenta, até o momento, algum resultado é o caso do Município de Cachoeiro do Itapemirim, justamente, o único que realizou audiência pública sobre o tema, tentando aproximar o judiciário da realidade do problema da saúde e da escassez de recursos públicos, bem como buscou acordos com o Estado, e vêm inspecionando seu cumprimento, em vez de simplesmente ordenar que o Estado cumpra uma decisão judicial arbitrariamente.

---

37 Ação Civil Pública n.º 0000598-97.2014.4.02.5002, ajuizada, em 30/07/2014, pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo e pelo Ministério Público Federal, perante a 2ª Vara Federal da Subseção de Cachoeiro do Itapemirim, Seção Judiciária do Espírito Santo, TRF da 2ª Região, em face da União, do Estado do Espírito Santo e do Município de Cachoeiro do Itapemirim.

38 Ação Civil Pública n.º 0001355-22.2014.4.05.8102, ajuizada em 10/07/2014, pelo Ministério Público Federal, perante a 16ª Vara Federal da subseção de Juazeiro do Norte, Seção Judiciária do Ceará, TRF da 5ª Região, em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Juazeiro do Norte.

39 Ação Civil Pública n.º 0000117-31.2015.4.05.8102, ajuizada em 28/01/2015, pelo Ministério Público Federal, perante a 16ª Vara Federal da subseção de Juazeiro do Norte, Seção Judiciária do Ceará, TRF da 5ª Região, em face do Município de Juazeiro do Norte.

40 Ação Civil Pública n.º 0002498-32.2014.4.01.3907, ajuizada, em 03/06/2014, pelo Ministério Público do Estado do Pará e pelo Ministério Público Federal, perante a Vara Federal única da Subseção de Tucuruí, Seção Judiciária do Pará, TRF da 1ª Região, em face da União, do Estado do Pará e do Município de Tucuruí.

Desviando um pouco do tema das Ações Civis Públicas, mas ainda no assunto de ações de cunho coletivo, referentes às políticas públicas de saúde, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão foi suscitada na ADPF-MC n.º 45, promovida contra o veto do Presidente da República ao §2º<sup>41</sup> do art. 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para o ano de 2014 (Lei n.º 10.707/2003). Tal ação constitucional foi ajuizada pelo Partido da social-democracia brasileira, sob o argumento de que o já referido veto descumpriria ao preceito fundamental que garante recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, entretanto, logo que a ADPF foi ajuizada, o então Presidente da República, remeteu ao Congresso Nacional um projeto de lei que restaurou integralmente o parágrafo da LDO anteriormente vetado. Assim, tendo sido suprida a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional, esta acabou sendo julgada como prejudicada em face da perda superveniente do objeto.

## 5. CONCLUSÕES

Partindo das considerações expostas, não restam dúvidas que as normas garantidoras de direitos fundamentais sociais detêm aplicabilidade imediata, podendo ser exigidas do Poder Público mesmo quando não regulamentadas, pois se assim não fosse, a positivação dos direitos fundamentais consistiria em mera expectativa de direitos. Sendo que, mesmo quando os direitos fundamentais não possuem norma regulamentadora, são exigíveis por meio das ações judiciais.

Por ser um direito com um conceito muito amplo, o direito à saúde possui ligação com diversos outros direitos também fundamentais, estando intimamente ligado ao direito individual à vida, principalmente porque quando não se tem saúde não há condições para usufruir plena e dignamente de nenhum outro direito de cidadania. A estreita relação existente entre direito à saúde e direito à vida, bem como o fato daquele ser pressuposto para o gozo deste legitimam a litigância individual na defesa de um direito social.

41 Lei n.º 10.707/2003, art. 55, § 2º: Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Sempre que não há lei ou ato regulamentando um direito fundamental, ou quando a lei ou o ato existem mas são ineficazes deve o Judiciário intervir, entretanto, quando o direito é devidamente regulamentado e aplicado o Judiciário deve optar pela autocontenção. Dentre todos os argumentos contrários à judicialização do direito à saúde, o principal e mais corriqueiro é o do Princípio da Reserva do Possível, todavia, tal argumento já não é mais capaz de impedir a aferição do direito pela via judicial, vez que, sem a devida comprovação da inexistência de recursos por parte do Estado, esbarra no direito de acesso à justiça e no Princípio do mínimo existencial.

Um das principais causas para o aumento vertiginoso da judicialização de direitos fundamentais consiste na chamada crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, que motiva uma maior atuação do Judiciário na tentativa de suprir as omissões dos demais poderes, o que, acaba acarretando uma transferência de poderes dos agentes políticos tradicionais para o Judiciário. O fenômeno da judicialização, embora tenha um lado positivo, quando supre as necessidades da população que não foram satisfeitas pelos poderes Legislativo e Executivo, também tem um lado nefasto, vez que acaba expondo as dificuldades dos demais poderes e prejudicando a democracia.

Embora reste incontroversa a possibilidade de se pleitear medidas de efetividade do direito à saúde de maneira individual, devido à sua ligação com os direitos individuais fundamentais, nunca se pode deixar de observar que este é um direito social, logo, deve-se sempre considerar o princípio da equidade e da proporcionalidade, para que o direito à saúde atinja seu principal objetivo, que é o de reduzir as desigualdades sociais e promover a justiça social. Atentando-se sempre ao risco da judicialização individual descontrolada e ao perigo das decisões judiciais baseadas no emocional, muitas vezes fundamentadas em questões extrajudiciais e ideológicas que colocam em ameaça as políticas públicas existentes e a organização administrativa.

O ideal é a judicialização por meio das ações que visem a efetivação de políticas públicas, pois o excesso de demandas judiciais individuais pode levar ao ponto de realocar recursos que eram destinados ao benefício de uma coletividade, para satisfazer requerimentos individuais de pessoas, muitas vezes, não tão necessitadas. A possibilidade da litigância, para aferir medidas públicas relativas ao direito à saúde, por meio de ação

civil pública é plenamente aceita, não havendo mais preocupações o tocante à violação do Princípio de separação dos poderes, sendo que, tal instrumento coletivo, embora não seja usual em nosso país, é uma boa alternativa para o problema da judicialização individual excessiva.

Ademais, do exame dos exemplos de ações civis públicas, percebe-se que apenas judicializar, mesmo no âmbito coletivo, não garante a efetividade das políticas públicas, é sempre necessário usar o bom senso e a ponderação de princípios e direitos para se obter o melhor resultado para o caso concreto, visando sempre a realização dos objetivos principais do direito fundamental em questão. É necessário garantir aos cidadãos uma vida saudável, o acesso à saúde e o direito de litigar por seus direitos individuais, mas sem nunca deixar de levar em consideração a questão da justiça e igualdade social.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. v.31. n.66. Porto Alegre: PGE, p. 89-114, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. [Syn]Thesis. v.05. n.01. Rio de Janeiro: UERJ, p. 23-32, 2012.
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. ADPF n.º 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 21 out. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor**. RE 271286 AgR. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 19 nov. 2015.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. Reform. São Paulo: Moderna, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. trad. Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.” **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, n.22, p. 141-159, 1998.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Nova Iorque, 22 jul. 1946.
- 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 (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua efetivação”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v.6. Belo Horizonte: Fórum, p. 163-206, 2008.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**. v.01. Porto Velho: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, p. 73-138, 2013.





# O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL – ASPECTOS TEÓRICO-NORMATIVOS E PRÁXIS JURISDICIONAL<sup>1</sup>

## *THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL – THEORETICAL NORMATIVE ASPECTS AND JURISDICTIONAL PRACTICE*

**Italo Roberto Fuhrmann**

Professor de Direito Constitucional na Escola Superior de Advocacia (OAB-RS).  
Advogado em Porto Alegre e Brasília.

---

<sup>1</sup> Trata-se de texto atualizado e ampliado, originalmente publicado na Revista Jurídica Portucalense nº 20, de 2016. (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto/Portugal).

**Resumo:** A chamada “judicialização” do direito fundamental à saúde, tanto no que se refere à análise de jurisprudência, quanto no que atine à doutrina, pátria e alienígena, evidencia uma ampla discussão existente acerca do *se*, do *como* e *em que medida* podem ser judicialmente exigidos do Estado e dos particulares – especialmente em se tratando de entidades corporativas, nacionais e internacionais, a exemplo dos laboratórios de pesquisa farmacêutica – prestações materiais concernentes à preservação ou recuperação da saúde.

**Palavras-chave:** “Judicialização”; Direito à Saúde; Direito brasileiro.

**Abstract:** The so-called “juridification” of the fundamental right to health, regard to the case law analysis and to the doctrine shows a large existing discussion about it, of how and in what extent may be judicially required material benefits concerning the preservation or restoration of health by the State and - especially by the corporate, national and international bodies, like the pharmaceutical research laboratories.

**Keywords:** “Juridification”; Right to Health; Brazilian Law.

## À GUIA DE INTRODUÇÃO

A “Judicialização”<sup>2</sup> da política, e das relações sociais de uma forma genérica, constitui um fenômeno cada vez mais presente no âmbito da produção acadêmica e no debate judicial brasileiro, sobretudo quando se trata do tema relacionado aos direitos sociais<sup>3</sup>. Com especial agudeza, o caso do direito à saúde, por lidar com situações que, não raro, requerem premência no seu julgamento – sob pena, inclusive, de morte do litigante – e que, por outro lado, lida com o permanente incremento da tecnologia médica, o que, ipso facto, põe em causa, inexoravelmente, a questão orçamentária dos custos da saúde, especialmente face a um ordenamento jurídico, como o brasileiro, que possui um amplo espectro normativo de garantia do direito à saúde, individual e coletiva, tem se revelado de difícil solução para o Poder Judiciário<sup>4</sup>.

O termo “Judicialização” ou “Ativismo Judicial” pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas<sup>5</sup>, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva<sup>6</sup>. 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

2 O termo “judicialização” é um neologismo, que não pode ser identificável no léxico gramatical da língua em geral. No contexto alemão, ele remonta ao debate sobre questões fundamentais da relação entre Direito e Sociedade, e Direito e Política, ainda à época da República de Weimar. O termo foi utilizado pela primeira vez por Hugo Sinzheimer, em ensaio intitulado “Die Zukunft der Arbeiterräte”, publicado no ano de 1919, o qual descreveu a mudança do papel exercido pelos sindicatos na Alemanha. Cf. NUSSBERGER, Angelika. Sozialstandards im Völkerrecht. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes. Berlin: Duncker und Humblot, 2005. p. 462.

3 Cf., estudo seminal de José Reinaldo de Lima Lopes intitulado **Direitos Sociais** – Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006. p. 185 e ss.

4 É inegável o alto nível de preocupação do Poder Judiciário brasileiro em relação à “Judicialização” do Direito à saúde, atrelada ao binômio garantia constitucional-impacto econômico, posta a lume na convocação pelo, à época, presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, de Audiência Pública sobre Direito à saúde, em abril de 2009, com a participação de vários segmentos da sociedade civil.

5 Cf., instigante ensaio de Tiago Lopes Coelho, sobre a impossibilidade de se delimitar de forma pré-determinada e estagnada as áreas do Direito e da Política, A Eficácia dos Direitos Fundamentais pelo Controle Judicial de Políticas Públicas: entre a auto-contenção e a necessária consideração da macro-justiça, in: PINTO, Elida Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). **Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010. p. 56-9.

6 LOPES, op. cit., p. 163.

situações<sup>7</sup>. A democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, na década de 1970, com o desmonte dos Regimes autoritário do mundo ibero-americano, exurgindo Constituições informadas pela positivação de direitos fundamentais, estariam, de acordo com o estudo empreendido por Werneck Vianna, Resende de Carvalho, Cunha Melo e Baumann Burgos, no centro do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, incluindo o Poder Judiciário no espaço da Política<sup>8</sup>.

O elemento essencial como ponto de partida para a compreensão de qualquer teoria moderna sobre a “judicialização” radica na observação do crescimento quantitativo de normas jurídicas, ou seja, da cada vez mais intensa ação do legislativo na construção do Direito, característica típica das sociedades modernas. Nada obstante, tal aspecto quantitativo não tem, pura e simplesmente, o condão de abranger toda a análise sobre a verdadeira problemática da judicialização que, pelo contrário, refere-se muito mais às condições e aos efeitos destas normas em relação ao Estado, à sociedade, aos cidadãos e ao próprio Direito<sup>9</sup>.

Chegamos talvez, no Brasil, ao auge do debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário em âmbitos dantes açambarcados pelos ditos “poderes democráticos”, originado da transição de um Judiciário periférico, ou melhor dizendo “dogmatizado” pela técnica do Direito positivo, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais num sentido eminentemente político, para um Judiciário que, cada vez mais, se mostra como uma instituição central da democracia deliberativa e participativa, designadamente em relação à sua

7 Em período recente, os seguintes temas foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros Tribunais: a) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da previdência, relativamente à contribuição dos inativos, e da Reforma do Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça; b) Relações entre Poderes: determinação dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção de gestação em hipóteses de inviabilidade fetal e as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; d) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinatura telefônica, aumento do valor das passagens de transporte coletivo, fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde privados, etc. cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 384-5.

8 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22. Neste cenário, afirmam os autores, o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, configurando uma ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas.

9 NUSSBERGER, op. cit., p. 463.

expressão propriamente política, assim como sob a perspectiva da sua intervenção no âmbito social<sup>10</sup>. Vários foram os fatores à consecução desta guinada de posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, dentre os quais destacam-se o distanciamento progressivo das ações 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 dos 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<sup>11</sup>.

## **I - MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO À SAÚDE: UMA LEITURA CRÍTICA A PARTIR DO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO BRASILEIRO**

Na busca de critérios para a “judicialização” dos direitos sociais, e de forma específica, do direito à saúde, cada vez mais avultam, no Direito brasileiro, duas categorias que, paradoxalmente, não se constroem a partir do Direito Positivo, mas que se depreendem a partir de argumentos estranhos à dogmática jurídica, nomeadamente da Filosofia Política e da Economia. Trata-se do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.

Tanto o conceito de “mínimo existencial”, quanto de “reserva do possível”, são construções forjadas, originariamente, no âmbito da doutrina e jurisprudência alemã, de tal sorte que, inicialmente, enfrentaremos o problema sob a perspectiva tedesca.

10 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann, op. cit., p. 22. Em estudo empreendido pelos autores, constatou-se, num período compreendido entre 1988 e 1998, um número crescente de Adins ajuizadas por governadores, procuradores, associações de classe e partidos políticos, tendo por objeto um amplo espectro de interesses, desde o mais particular até os de caráter universalista, de modo que os Tribunais, a partir da apropriação dos mecanismos constitucionais pela “comunidade de intérpretes”, cada vez mais tem levado a jurisdição para todos os âmbitos da vida social. Neste sentir, foi apontado o papel desempenhado pelos governadores que conduzem o Supremo Tribunal Federal a exercer funções de Conselho de Estado, designadamente em relação à racionalização estrutural e organizacional da Administração Pública, impedindo corporativismos, privilégios e particularismos, assim como as Associações de classe que fazem do STF partícipe nas questões da vida social, como regulação do mercado de trabalho, política econômica e social, e, mediante a concessão de liminares nas Adins que contestam Medidas Provisórias, transforma-o em colaborador indireto na produção legislativa.

11 LOPES, op. cit., p. 229.

Na Alemanha, o combate às necessidades sociais, no sentido de retirar as pessoas de situações de pobreza extrema, era compreendido, inicialmente, como um problema de estabilidade interna da sociedade, e não como uma questão de dignidade individual das pessoas. Tentava-se combater as situações de necessidade através de meios policiais, especialmente por meio de prescrições que proibiam a mendicância, ao mesmo tempo que criavam casas de trabalho para a população. Nada obstante, a garantia de assistência social levava a perda automática, pelo beneficiado, do direito ao voto, assim como a limitação da livre escolha de residência. Tratava-se, salvo melhor juízo, de um “estímulo” para que as pessoas não dependessem da assistência estatal. Estas consequências restritivas da cidadania só seriam abolidas do sistema jurídico alemão com a pressão exercida pelos veteranos de guerra (1914-1918), como forma de um “agradecimento da pátria”.<sup>12</sup>

A partir da instituição da primeira República alemã, e a consequente entrada em vigor da Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919, além da supremacia política na Alemanha dos social-democratas pós guerra-civil<sup>13</sup>, o ambiente jurídico-político acerca das prestações sociais materiais à população começa a ganhar novos contornos e uma nova perspectiva jurídica. Com efeito, um primeiro impulso decisivo nesta direção proveio do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (BVerwGE 1, 159), dispondo sobre os princípios fundamentais para a assistência pública/social<sup>14</sup>. A pedra fundamental para uma análise conjunta do princípio do Estado Social, dignidade humana e dos direitos fundamentais foi lançada por esta decisão. Neste sentido, o Tribunal entendeu que as normas infraconstitucionais que preveem prestações sociais são direitos subjetivos fundamentais, pois se relacionam com o art. 1º, 2º, 3º, 20 e 79, § 3º da Lei Fundamental, extraíndo-se, ademais, como fundamento principal, o fato de que “seria incompatível com um Estado democrático que um número significativo de cidadãos, que partici-

12 Cf., por todos, WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, in: *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15. Februar 2008, p. 158.

13 Nas eleições para a formação da Assembleia Constituinte de Weimar, os social-democratas (SPD/USPD) foram os mais votados, elegendo, em 11 de fevereiro de 1919, Friedrich Ebert como primeiro presidente do Reich. Para um estudo sobre o rearranjo político-institucional da Alemanha após a primeira guerra mundial, cf., LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã* [1918-1923]. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

14 Esta decisão compartilhou com o entendimento de um número significativo de juristas alemães, dentre os quais destacam-se Otto Bachof VVDStRL 12 (1954) e M. Herdegen, in: Maunz/Dürig *Grundgesetz Kommentar*, art. 1 § 1 Rn 114.

pam da formação da vontade estatal como eleitores, ao mesmo tempo se defrontem com a ausência de proteção jurídica da sua própria existência”<sup>15</sup>.

Conforme ensina o jurista gaúcho Ingo Sarlet, uma das principais influências exercidas pela ordem constitucional alemã, assim como por seus teóricos e sua produção jurisprudencial, na doutrina e jurisprudência brasileiras, foi, dentre outras, a noção de um mínimo existencial em matéria de direitos sociais<sup>16</sup>. Sua receptividade, por aqui, foi a melhor possível, salvo vozes isoladas que, diferentemente do pensamento dominante, se posicionam a favor de um absoluto esvaziamento normativo/constitucional dos direitos sociais, de modo que em qualquer hipótese, inclusive quando estiver em causa o “mínimo existencial”, o fator prevalente deverá ser sempre as possibilidades orçamentárias do Estado<sup>17</sup>.

Na doutrina brasileira, já há diversos posicionamentos concernentes ao conteúdo do designado “mínimo existencial”. Ana Paula de Barcellos o conceitua a partir de quatro elementos jurídicos, três materiais, consubstanciados na educação fundamental, na saúde básica e na assistência aos desamparados, e um instrumental, relacionado ao acesso à Justiça. Esses quatro pontos corresponderiam ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, por consequência, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário<sup>18</sup>. Desde já, tal conceituação expõe uma clara contradição, exurgida a partir da incorporação de critérios meta-jurídicos à dogmática constitucional. Não há como fundamentar o direito à saúde num “mínimo existencial” desde a perspectiva estrita da saúde básica, pela simples razão de que o próprio direito à vida restaria seriamente afetado ao se excluir uma gama de prestações na área sanitária como tratamentos de alta complexidade e acesso a medicamentos excepcionais, que, à evidência, não constituem prestações básicas, mas que são, em alguns casos, indispensáveis à própria sobrevivência do paciente.

15 WALLERATH, op. cit., p. 159.

16 Cf., SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 Anos e o Direito Constitucional Brasileiro: Algumas Aproximações, in: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 3, nº 7, abr/jun de 2009. p. 94.

17 Neste sentido, AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha – Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184-5; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro, 2005.

18 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

Outro autor de grande influência que trata sobre o tema é Ricardo Lobo Torres, integrante do que poderíamos designar de Escola da UERJ de Direitos Fundamentais<sup>19</sup>. Segundo o autor, baseado fortemente na doutrina alemã, os direitos econômicos, sociais e culturais são justiciáveis, no sentido de posições jurídico-subjetivas exigíveis judicialmente, apenas na medida em que constituam o conteúdo do “mínimo existencial”, este, por sua vez, compreendido como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas, como ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc<sup>20</sup>. Para Lobo Torres, o conteúdo do direito ao “mínimo existencial” deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser no mundo (*in-der-Welt-sein*), integrando a estrutura de correspondências de pessoas ou coisas, em que consistiria o ordenamento jurídico<sup>21</sup>.

Nesta senda, o mínimo existencial pode ser caracterizado como aquelas posições jurídicas prestacionais que integram o chamado *status positivus libertatis* (G. Jellinek), ou seja, os direitos sociais que se relacionam, em última análise, com a garantia da liberdade (proteção positiva dos direitos de liberdade)<sup>22</sup>. Na esteira da doutrina dos direitos sociais de Lobo Torres, uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é que enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticas, no sentido de que se restringem a fornecer diretrizes ou orientações para o legislador, de modo que não possuem eficácia vinculante. Em outras palavras, para o autor os direitos econômicos, sociais e culturais não se submetem ao controle contra-majoritário do Poder Judiciário, e devem ser assegurados a partir da cidadania reivindicatória e do exercício da democracia deliberativa<sup>23</sup>.

19 No Brasil, grande parte da recente produção jurídico-literária sobre direitos fundamentais advém de juristas no âmbito do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, como é o caso de Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, Gustavo Amaral, dentre outros.

20 TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-6.

21 *Ibidem*. p. 36-7.

22 *Ibidem*. p. 241 e ss.

23 *Ibidem*., p. 73.

Na busca de uma conceituação da categoria “mínimo existencial”, e com enfoque diverso do supracitado autor, situa-se Ingo Sarlet, utilizando-a não apenas no que diz com a “judicialização” dos direitos sociais, e, em especial, do direito fundamental à saúde, mas também como argumento, dentre outros, para a fundamentação do chamado “princípio da proibição do retrocesso social”, assim como para uma possível vinculação jurídica dos particulares aos direitos fundamentais sociais, expressa na teoria da “eficácia horizontal”.

Conforme o autor, o direito a um mínimo existencial compreende tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, abrangendo além do direito à saúde, à educação, à moradia, à assistência e previdência social, também aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica, bem como o direito a uma renda mínima garantida, assumindo a condição de uma cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos, e que não pode ser tratada de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante, considerando fatores climáticos, culturais e econômicos<sup>24</sup>. Vinculando expressamente a noção de “mínimo existencial” ao direito à saúde, enfatiza que aquele deve ser compreendido como “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”<sup>25</sup>.

Por fim, colacionamos o entendimento da atual ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que também se voltou para a tarefa de conceituação do chamado “mínimo existencial”. Para Antunes Rocha, o “mínimo existencial” pode ser definido como o “conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas, sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”<sup>26</sup>. Neste sentido, o “mínimo existencial” atuaria

24 SARLET, op. cit., p. 350. Da mesma forma, identificando a determinação necessariamente relativa do círculo de prestações que consubstanciam o mínimo existencial, a depender das relações gerais econômicas e do contexto jurídico da comunidade no qual se reconhece tal mínimo, cf., WALLERATH, op. cit., p. 165.

25 SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações, in: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2010. p. 196.

26 ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do possível, in: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, vol. 5, jan/jun de 2005. p. 448.

como o conteúdo impositivo aos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais e culturais, condicionando, destarte, as políticas públicas, permitindo que as pessoas librem-se de situações de precariedade que os indisponham ao exercício dos direitos que lhes asseguram a dignidade humana<sup>27</sup>.

Da teoria do “mínimo existencial”, podemos extrair algumas conclusões que, à luz do constitucionalismo brasileiro, indicam uma certa dose de prudência, especialmente quando se trata da incorporação de uma teoria forjada em um ambiente jurídico e social consideravelmente destoante do brasileiro, como é o alemão. Em primeiro plano, figura-se como questionável, no Brasil, a validade da argumentação que reduz o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais, a partir de uma fundamentação filosófica dos mesmos, diafanamente inserida no contexto de uma Teoria da Justiça, de índole liberal<sup>28</sup>. Como bem constata Maria Clara Dias, em estudo dedicado à exploração filosófica dos direitos sociais, tal fundamentação dos direitos “básicos” está atrelada a um conceito filosófico de liberdade, à liberdade negativa em sentido amplo (Alexy), em termos de proporcionar a possibilidade factual de se eleger alternativas de ação<sup>29</sup>, realizável apenas a partir de um certo grau de distanciamento de situações de carência econômica<sup>30</sup>.

Outro argumento contrário à utilização do “mínimo existencial” como categoria vinculada à justiciabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais é o que diz com sua intrínseca relação com a teoria dos direitos derivados a prestações, de modo que não se adequaria em países que consagram, ao nível da Constituição, direitos sociais. Neste sentido, Jorge Reis Novais põe a questão em termos de indagação: uma tal teorização, pura e simplesmente identificadora dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de alguma forma justiciáveis, com mínimo existencial, reduzindo a essa dimensão toda a força jurídica dos direitos sociais, pode ser perfeitamente admissível numa cons-

27 Ibidem., p. 450.

28 RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge (MA): Harvard University, 1999; HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

29 Isto significa, em outros termos, que a liberdade de direito de x, escolher ou não a ação y, é para x inútil, se x, por razões concretas, não tem a possibilidade de eleger entre a escolha ou não de y.

30 DIAS, Maria Clara. **Os Direitos Sociais Básicos**. Uma Investigação Filosófica da Questão dos Direitos Humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 70 e ss.

tuição sem direitos sociais, como a alemã. Mas será o modelo compatível com Constituições, como a portuguesa ou a brasileira, que consagram na qualidade de direitos fundamentais um elenco pormenorizado e desenvolvido de direitos sociais?<sup>31</sup>

A doutrina do “mínimo existencial” teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito infra-constitucional, que na Alemanha subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar inegavelmente o qualificativo de “progressista”, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional, dos direitos sociais<sup>32</sup>. Ademais, traduz-se em opção dogmáticamente correta, já que o texto constitucional alemão prevê a cláusula do Estado Social em seu art. 20, possibilitando a sindicabilidade na esfera judicial de prestações, ainda que mínimas, de Direito social<sup>33</sup>.

Em se tratando de direito constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes posições jurídicas (*Schutzbereich*) com a incorporação da doutrina do “mínimo existencial”. Ademais, sob o ponto de vista finalístico, cuida-se de uma construção jurisprudencial que buscou uma solução para o “problema” da não positivação de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã, especialmente em relação à proteção jurídico-constitucional da seguridade social na Alemanha.

Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do “mínimo existencial” para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abs-

31 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 197. Para uma resenha da obra, cf. TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, de Jorge Reis Novais, in: Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 4, nº 11, abr/jun de 2010. p. 203-213.

32 Cf. a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha “*Bundesverfassungsgericht*” acerca do “mínimo existencial”, que se desenvolveu a partir da censura ao legislador ordinário por ter escolhido métodos estatísticos inadequados para a definição do nível mínimo de subsistência, e pela ausência de reconhecimento de prestações individuais excepcionais, que, de acordo com o caso concreto, sejam indispensáveis à manutenção de uma vida condigna. [www.bverfg.de/entscheidungen/l520100209\\_1bvI000109.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/l520100209_1bvI000109.html)

33 Art. 20, I “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

tração dos direitos sociais em sede constitucional não se reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes<sup>34</sup>. De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contrária ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais enquanto direitos indivisíveis e interdependentes<sup>35</sup>, inclusive em termos de uma dogmática unitária<sup>36</sup>, acentuando uma distinção tipológica, meta-jurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

No Brasil, o Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes vinculando a prestação social em saúde, ou seja, o objeto da demanda, ao conceito de mínimo existencial, principalmente nos casos em que estava em jogo, de um lado, a própria sobrevivência do demandante, ou a melhora de seu quadro de saúde, relacionado, por sua vez, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, de outro, preceitos constitucionais como separação de poderes e a correlata legitimidade democrática para alocação de recursos orçamentários<sup>37</sup>.

Em retrospectiva histórica, as decisões do Supremo Tribunal Federal na conformação do objeto do direito à saúde – ainda que o tema tenha ganhado visibilidade tão somente a partir da multicitada decisão RE 271286/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello, apontam para julgamentos que – majoritariamente –, embora concedendo as prestações estatais, especialmente no âmbito do fornecimento de medicamentos excepcionais, tiveram como base jurídica a pré-existência de Lei municipal, estadual e/ou federal, que fundamentava o pedido do autor<sup>38</sup>. Há, inclusive, na jurisprudência pretérita do STF, decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes e à correla-

34 NOVAIS, op. cit., p. 193.

35 Cf., PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

36 NOVAIS, op. cit., p. 251 e ss.

37 Neste sentido, dentre outros, ADPF 45/DF, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 29 de abril de 2004; AI 767681/GO, min. Rel. Cármen Lúcia, julgada aos 05 de novembro de 2010 (objeto de repercussão geral); SS 3989/PI, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada em 07 de abril de 2010; SL 256/TO, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 20 de abril de 2010; STA 283/PR, min. Rel. Gilmar Mendes, julgadas aos 07 de abril de 2010; SS 3751/SP, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 20 de abril de 2009, dentre outras.

38 Cf., dentre outras, RE 264645/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgado aos 11 de abril de 2000; RE 246262/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgado aos 17 de setembro de 1999;

ta repartição de competências entre os entes da federação, designadamente no que atine à competência legislativa<sup>39</sup>.

Relativamente ao conteúdo do objeto do direito à saúde, houve uma significativa ampliação pelo Supremo Tribunal Federal. Em uma das primeiras decisões do STF sobre direito à saúde, após a promulgação do texto constitucional de 1988, ficou assente a influência da nova Constituição sobre o posicionamento da Corte, especialmente no que diz com uma maior abrangência do objeto do direito à saúde, que, ao vincular este à proteção e promoção do meio-ambiente, inclusive em termos de meio-ambiente do trabalho, deferiu a cessação de atividades poluentes de indústria mineradora, no Estado do Mato Grosso do Sul<sup>40</sup>.

Neste sentido, as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal estão utilizando como critério de determinação do âmbito de proteção do direito à saúde a compatibilização entre o “mínimo existencial” e a cláusula da “reserva do possível”, designadamente quando estiver em causa a aplicação direta da norma constitucional que consagra o direito à saúde (art. 196, CF/88), ou seja, na qualidade de direito originário a prestações, frente à ausência de política pública específica. Na jurisprudência pretérita do STF, há decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes<sup>41</sup>. Especialmente após o julgamento da ADPF 45, e a realização da Audiência Pública sobre Direito à Saúde, em abril de 2009, a jurisprudência tem se direcionado na utilização do conceito de mínimo existencial para a determinação do objeto do direito à saúde, não relacionada, necessariamente, à sobrevivência física do paciente, e pela desconstituição do argumento baseado no princípio da separação de poderes, quando em causa prestações originárias.

A partir da noção do mínimo existencial, a jurisprudência do STF vem determinando como objeto do direito à saúde tanto o fornecimento de medicamento, incluindo suplemento alimentar, não oferecido pelo

39 Cf., RE 259508 AgR/RS, min. rel. Maurício Corrêa, julgado em 08 de agosto de 2000. No julgamento de cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1595-8/SP, em 30 de abril de 1997, sob a relatoria do ministro Nelson Jobim, por maioria de votos, foi suspensa, por motivos de competência legislativa, a eficácia da Lei 9.495/1997, do Estado de São Paulo, que ampliava a cobertura dos planos privados de saúde, atingindo, inclusive, situações pretéritas, em que os tratamentos já estavam sendo realizados com base na supracitada Lei.

40 SS 249/MS, min. rel. Rafael Mayer, julgada aos 13 de dezembro de 1988.

41 Cf., RE 259508 AgR/RS, min. Rel. Maurício Corrêa, julgado em 08 de agosto de 2000.

Sistema Único de Saúde, desde que comprovada sua necessidade e eficácia no caso concreto, e aprovada pela ANVISA (SS 3989/PI; SS 4045/CE, ambas de relatoria do ministro Gilmar Mendes), como o fornecimento de equipamentos excepcionais para cirurgia (STA 283/PR, min. Rel. Gilmar Mendes), assim como prestações que viabilizem o tratamento médico fora do domicílio do paciente, como despesas de transporte, alimentação e pernoite no local do tratamento, especialmente face à inércia da Administração Pública (SL 256/TO, min. Rel. Gilmar Mendes). Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 767681/GO, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, decidido aos 05 de novembro de 2010, foi posta como tema de repercussão geral a possibilidade do Poder Judiciário determinar reformas em estabelecimento prisional, ainda que ausente previsão orçamentária do Estado, objetivando a melhora das condições de higiene, aeração e saúde dos apenados, em estrita vinculação com a garantia do mínimo existencial.

## II - “JUDICIALIZAÇÃO” DO DIREITO À SAÚDE E SUA DIMENSÃO ECONÔMICA – A CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Ao se tratar da efetivação judicial do direito à saúde, e dos direitos sociais de uma forma geral, comumente se aborda o tema a partir da sua dimensão econômica, imersa num conflito objetivo entre necessidades infinitas e meios finitos<sup>42</sup>. Trata-se da chamada “reserva do possível”, construção teórica que condiciona a efetivação dos direitos sociais – originalmente vinculada à efetivação dos direitos sociais derivados a prestações “*Teilhhaberecht*” –, à capacidade financeira do Estado<sup>43</sup>.

Com efeito, a teoria da “reserva do possível” ganhou contornos jurídicos mais precisos a partir do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, destacando-se a multicidada decisão BVerfGE 33, 303 (333), chamada popularmente de decisão “*nu-*

42 WALLERATH, op. cit., p. 157.

43 O princípio da reserva do possível “*vorbehalt des möglichen*”, para a doutrina alemã, não se reporta apenas à capacidade econômica do Estado, mas também ao respeito à liberdade de conformação do legislador de decidir sobre políticas públicas prioritárias, cf., por todos, MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). **Handbuch des Staatsrechts**, vol. V, 2ª ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2000. p. 267 e ss.

*merus clausus*<sup>44</sup>. Tratou-se, na ocasião, do direito de acesso à vaga no ensino superior, na qual firmou-se o entendimento de que, além da disponibilidade orçamentária, era necessário a razoabilidade da prestação, no sentido de se aferir o que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade<sup>45</sup>. Neste sentido, a “reserva do possível”, na esteira do que leciona Ingo Sarlet, se desdobra numa tríplice dimensão, abrangendo a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; e c) na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, a “reserva do possível” envolve o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Como visto, a chamada “reserva do possível” não abrange apenas o viés econômico da concretização dos direitos sociais, mas também outras possibilidades de ordem jurídica e institucional, podendo servir, neste sentido, como possível critério balizador por ocasião de colisões entre direitos fundamentais, desde que preservado, em qualquer hipótese, o núcleo essencial de ambos os direitos<sup>46</sup>. Cumpre destacarmos que, para o caso específico do direito à saúde, além da escassez de recursos financeiros, o qual torna-se cada vez mais evidente à medida em que avança o processo de desenvolvimento da tecnologia médica, há também a questão da disponibilidade de órgãos, pessoal especializado e equipamentos, além da questão legal/constitucional da repartição de competências.

Como exposto acima, não negamos o impacto econômico dos direitos sociais, e a eventual utilização da “reserva do possível” como argumento no cenário jurídico brasileiro, já que, nem mesmo na Alemanha, economia central da União Europeia, dispensa-se o debate acerca dos limites orçamentários à efetivação dos direitos sociais, de modo que essa questão, especialmente no Brasil, deve ser levada a sério. Todavia, o que

44 No nosso entender, de forma acertada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins referem que tal decisão não se coaduna diretamente com a problemática dos direitos fundamentais sociais em sentido estrito, no sentido de que se tratava, no contexto alemão, de uma análise judicial da intervenção do Estado na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina numa Universidade alemã. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 131.

45 Cf., SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

46 SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 203.

se impõe é a análise crítica do posicionamento impeditivo da intervenção judicial no âmbito da efetivação dos direitos sociais, tendo como fundamento último a escassez de recursos e a correlata competência parlamentar em matéria orçamentária, no sentido de formulação de políticas públicas e alocação de recursos.

Primeiramente, o potencial da teoria da “reserva do possível”, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz respeito ao embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou, melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações, de matriz infraconstitucional. Ademais, o fato de que o direito à saúde não constitui um direito absoluto não significa, necessariamente, que este deva ser limitado pela capacidade econômica do Estado, mas que possa, eventualmente, sofrer limitações frente à proteção e garantia de outro direito fundamental<sup>47</sup>.

De outra banda, ainda que admitamos o argumento da escassez de recursos como argumento apto a limitar a fruição dos direitos sociais, pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, caberia ao Poder Público, em última análise, a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, de modo que, o argumento *a priori*, de que o Estado brasileiro não tem meios financeiros para arcar com as demandas sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é de pronto descartado<sup>48</sup>.

Com efeito, a limitação estrita das possibilidades do Direito pela economia é objeto de estudo científico desde a doutrina marxista, que relega o Direito à mera condição de superestrutura ideológica da classe do-

47 Sustentado a tese da viabilidade de limitação do direito à saúde por este não ser absoluto frente às possibilidades orçamentárias do Estado, dentre outros argumentos, cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha – Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38.

48 SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações, in: Revista da Defensoria Pública, ano 1, jul/dez de 2008. p. 205. Neste sentido também ROCHA, op. cit., p. 451. Segundo a autora “Obrigatoriedade do Estado de comprovar a não-existência dos recursos para todas as medidas que seriam necessárias para o cumprimento das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de demonstrar que não despendeu, injustamente, os recursos existentes, ou não os desviou para outras medidas que seriam secundárias – ainda que fossem públicas – em relação àquelas que seriam primárias e impositivas para a concretização dos direitos fundamentais”.

minante<sup>49</sup>. A teoria da *análise econômica do Direito*<sup>50</sup>, ao atribuir, para o campo de Direito, maior significação à categoria *eficiência* do que à categoria legalidade/constitucionalidade, acaba condicionando todo o sistema jurídico pela lógica da infraestrutura das relações econômicas. Neste particular, Lima Lopes, ao criticar o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, destaca que ainda que seja mais eficiente, do ponto de vista econômico, abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante, a obrigatoriedade ou não de tais ações não pode ser respondida com o critério do custo<sup>51</sup>.

A jurisprudência brasileira tem se posicionado, na sua grande maioria, no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde, quando contrastado com a alegação genérica dos limites orçamentários do Estado<sup>52</sup>. Neste sentido, há jurisprudência farta a respeito, citando-se desde a remota (1997), embora paradigmática, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, na qual entendeu-se que o direito à saúde, garantido na Constituição, é suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento (experimental), nos EUA, de menor de idade, vítima de distrofia muscular progressiva de *Duchenne*, ao custo de US\$ 163.000,00, de modo que “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, até a recente decisão em sede de Supremo Tribunal Federal, STA 175, julgada em

49 Na esteira do que leciona Karl Marx, o Direito não pode ser entendido como um sistema mais elevado do que a estrutura econômica e do que o desenvolvimento cultural de uma determinada sociedade por ela (infra-estrutura) condicionado. Cf. MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. Comentários à Margem do Partido Operário Alemão. Porto Alegre: L&PM, 2001. P. 107.

50 A maior parte dos juristas e economistas, ao utilizar a expressão *Análise Econômica do Direito*, se refere, geralmente, à aplicação de métodos econômicos, especialmente de microeconomia, a questões legais. Nada obstante, há diversas Escolas e ramos da ciência em que o termo é abordado em diversos sentidos. Entre nós, cf., TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53-6; CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma Visão Crítica**. São Paulo: Campus Editora, 2008.

51 LOPES, op. cit., p. 271-2.

52 Daniel Wang, em estudo empírico acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao impacto econômico das decisões judiciais em matéria de direitos sociais, aponta que a preocupação da Corte Suprema em relação aos limites orçamentários, designadamente no que diz com o fornecimento de medicamentos, apenas começou a ser sistematicamente enfrentada a partir do ano de 2007. Cf. WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, in: SARLET; TIMM, op. cit., p. 353.

2010, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a qual deferiu tratamento, ao custo de R\$ 52.000,00 mensais, não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, a jovem portadora de doença neurodegenerativa rara *Niemann-Pick Tipo C*.

Principalmente em relação às decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal tem abordado o tema do possível impacto econômico nas finanças públicas de decisões judiciais que versam sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial do direito à saúde, sem que, com isso, o direito tenha sido inviabilizado, inclusive em termos de demanda individual<sup>53</sup>. No caso de relatoria do ministro Celso de Mello, ADPF 45/2004<sup>54</sup>, que vem atuando como o grande precedente nas decisões sobre o eventual embate entre finanças públicas e acesso a prestações de saúde, o Tribunal entendeu que, expressamente se referindo à cláusula da “reserva do possível”, se mostraria “ilícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Desse modo, a cláusula da “reserva do possível” – *ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível* (grifo nosso) – não poderia ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Da argumentação sob o prisma econômico, podemos aferir que a cúpula do Poder Judiciário brasileiro não anui com o argumento de que o direito à saúde não pode ser contrastado com outros critérios, inclusive

53 Destoando da maior parte das decisões, estão a STA 91/AL, julgada aos 26 de fevereiro de 2007, e a SS 3073/RN, julgada aos 09 de fevereiro de 2007, ambas de relatoria da ministra Ellen Gracie, fundamentadas na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Conforme a decisão, apenas os medicamentos contemplados na portaria 1318 do Ministério da Saúde seriam, no caso, de fornecimento obrigatório pelo Estado. Isto representaria, no entender da ministra, o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

54 ADPF 45/MC – DF, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 29 de abril de 2004. Tratou-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto emanado do Presidente da República ao § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

de índole econômico-financeira, mas que tal juízo de ponderação deve ser exercido a partir de demonstrações objetivas para o não atendimento de demandas referentes ao direito à saúde<sup>55</sup>. Neste sentido, o argumento baseado única e exclusivamente no alto custo do tratamento/medicamento não é considerado, pelo STF, como motivo para o não deferimento da demanda na esfera do direito à saúde<sup>56</sup>. A atuação do Judiciário na garantia da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde<sup>57</sup>. Contudo, entende o Tribunal que não há interferência indevida quando a ordem judicial defere prestação de saúde já prevista no SUS. Quando o pedido está fora daquilo previsto na política pública, afirmou-se que se deveria ponderar o objeto do pedido com a capacidade do sistema de saúde de arcar com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica<sup>58</sup>.

Ainda que as decisões do Supremo Tribunal Federal, versando sobre escassez de recursos, “reserva do possível” e custos dos direitos, não tenham produzido, até o momento, um rol extensivo de critérios, objetivos e claros – ensejando, inclusive, decisões contraditórias<sup>59</sup>, implicando

55 Entendimento este que também é compartilhado por parte da doutrina, cf. dentre outros, ROCHA, op. cit. p. 451. “...obrigatoriedade do Estado de comprovar a não-existência dos recursos para todas as medidas que seriam necessárias para o cumprimento das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de demonstrar que não despendeu, injustamente, os recursos existentes, ou não os desviou para outras medidas que seriam secundárias – ainda que fossem públicas – em relação àquelas que seriam primárias e impositivas para a concretização dos direitos fundamentais; SARLET, op. cit., p. 205”...“Levar a sério a ‘reserva do possível’ significa também, especialmente em face do disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.

56 Cf., como decisão paradigma, STA 175 AgR-CE, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 17 de março de 2010.

57 Cf., dentre outras, SL/CE 228, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 14 de outubro de 2008; STA 238/TO, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 21 de outubro de 2008; STA/AL 277, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 01 de dezembro de 2008.

58 Cf., STA 223/PE, min. Rel. Ellen Gracie, julgada aos 12 de março de 2008. Neste caso, o Tribunal entendeu que a concessão via judicial de tratamento a ser realizado no exterior, por médico estrangeiro, pelo fato de não estar previsto nos procedimentos do Sistema Único de Saúde, e por ser altamente dispendioso para o Estado em termos financeiros, violaria a ordem pública, especialmente por ter sido concedida sem a instauração prévia de um procedimento administrativo.

59 A título exemplificativo, cf. as contradições das decisões nas Suspensões de Tutela Antecipada 138 e 91, ambas de relatoria da ministra Ellen Gracie. No primeiro caso, referente a uma demanda individual, houve concessão do pedido por ter como fundamento a gravidade e necessidade da continuação do tratamento, pondo em risco à vida do demandante, ao passo que no segundo caso, desenvolvida em ação coletiva, ainda que insere no mesmo contexto, a demanda foi indeferida, pelo fato do medicamento não constar em política pública de distribuição. A esse respeito, ver a pesquisa de Florian Hoffmann e Fernando Bentes sobre o baixo êxito das demandas coletivas, especialmente em ação civil pública, no âmbito do direito à saúde. **A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica**, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-416.

em prejuízo para a Administração Pública, que terá dificuldade na previsão para o planejamento de políticas públicas, assim como para o cidadão, que tem menos clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e, inclusive, para os próprios juízes, que necessitam de parâmetros mais seguros e coerentes para as suas decisões<sup>60</sup> –, vislumbra-se, pelo menos, a direção na qual as decisões estão sendo proferidas, de modo a dar prevalência, ainda que *prima facie*, ao direito fundamental à saúde.

### **III – DIREITO À SAÚDE NO BRASIL A PARTIR DA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL – UMA CONSTRUÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

#### **III (i) – Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e/ou Experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais**

Apesar da produção local de medicamentos genéricos, e a correlata previsão de um número significativo de tratamentos disponibilizados pelas listas e protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde, a problemática do acesso a medicamentos excepcionais, de alto custo ou em fase de experimentação, no Brasil, tem sido objeto de intenso debate, em especial pelo fato de envolver diversos interesses, sociais, políticos e econômicos, muitas vezes contrapostos. O fenômeno da “farmaceuticalização” da saúde pública no Brasil “*Pharmaceuticalization of Public Health*”, como observa o antropólogo João Biehl, põe em risco a própria sustentabilidade da política de tratamentos médicos, refletido, exemplificativamente, no caso específico do acesso a tratamento para AIDS que, em 2005, destinou mais de dois terços do orçamento do País para compra de ARV<sup>61</sup> a fabricantes estrangeiros<sup>62</sup>. No bojo deste fenômeno, surgido a partir da mobilização em torno do tratamento da AIDS, muitos governos regionais estão sendo forçados a alterar os seus orçamentos para a saúde pública, em especial frente ao crescente número de demandas judiciais por medicamentos de alto custo, impulsionada por grupos de pacientes com doen-

60 WANG., op. cit., 370.

61 “*Antiretroviral drugs*”. Medicamentos que inibem o desenvolvimento do vírus HIV no corpo humano.

62 BIEHL, João. **Will to Live. Aids Therapies and the Politics of Survival**. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 99.

ças crônicas e genéticas raras, e que contam com o apoio da indústria farmacêutica<sup>63</sup>. Nada obstante, a incorporação de novos fármacos ao sistema público de saúde não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas constitui, cada vez mais, um elemento indissociável da maioria dos sistemas de saúde no mundo, proporcionando, em maior ou menor medida, uma melhoria ou manutenção das condições de saúde das populações<sup>64</sup>. A jurisprudência brasileira tem se manifestado diversas vezes acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, tanto no que diz com os já previstos em políticas públicas, como nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS ou no programa de dispensação de medicamentos excepcionais, quanto os medicamentos em fase experimental, sem comprovação de eficácia e/ou sem registro nos órgãos oficiais do governo, em especial na ANVISA.

A decisão que, sem dúvida, abordou o tema de forma mais abrangente foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. Tratou-se, em linhas gerais, do ajuizamento de ação por intermédio do Ministério Público Federal em favor de jovem com doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, objetivando o fornecimento pelo Estado de medicamento denominado Zavesca (princípio ativo *miglustat*), cujo tratamento revelava-se de alto custo (R\$ 52.000,00, ao mês), não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, apesar de aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pela Agência Europeia de Medicamentos. De acordo com os documentos coligidos nos autos do processo, o medicamento pleiteado era o único capaz de deter a progressão da doença de *Niemann-Pick Tipo C*, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente, de modo a lhe possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da sua qualidade de vida.

A União, como polo passivo na demanda, utilizou, preponderantemente, como argumentos à suspensão da tutela, o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando da Administração o exercício precípua de formulação de políticas públicas; a não inserção do medicamento Zavesca na lista de protocolos e diretrizes do

63 Ibidem, p. 99.

64 SCHEFFER, Mário. Judicialização e Incorporação de Tecnologias: O Caso dos Medicamentos para Tratamento da Aids no Sistema Único de Saúde, in: KEINERT, Tânia; DE PAULA, Sílvia; BONFIM, José. (Orgs.) **Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 129.

SUS, não estando contemplado pela política farmacêutica da rede pública; a ineficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença *Niemann-Pick Tipo C* – apesar de não comprovar a impropriedade do fármaco –; a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e passiva da União, visto que a responsabilidade solidária dos integrantes do SUS não está ainda normatizada, além de suscitar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Com efeito, esta decisão pode ser entendida como marco jurisprudencial, relativamente à definição de rumos hermenêuticos à atuação dos juízos e Tribunais brasileiros, especialmente no que concerne às demandas judiciais por tratamentos de alto custo. Esta decisão encontra-se no bojo de uma análise conjunta (Plenária) do Supremo Tribunal Federal que indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo e tratamentos não oferecidos a pacientes com doenças graves.

Importantes diretrizes foram consignadas nesta decisão, como a que privilegia o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, ressalvada a comprovação da ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal não vedou ao Poder Judiciário a concessão de medida diversa à custeada pelo SUS, que poderá ser fornecida a determinada pessoa desde que esta comprove a indispensabilidade do tratamento pleiteado. Quedou pacífico o fato de que a medicina baseada em evidências científicas<sup>65</sup>, adotada pelo Sistema Único de Saúde brasileiro através dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, pode ser contestada na esfera judicial, devendo estes ser submetidos à revisão periódica e a novas elaborações.

Ainda neste contexto, ou seja, quando não há política pública específica de serviços de saúde, a decisão fez expressa distinção entre os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de saúde brasileiro. Relativamente aos tratamentos

65 Frente a crescente complexidade da atenção à saúde, especialmente com o uso cada vez maior de novas tecnologias, sejam elas de diagnóstico ou curativas, o SUS passou a adotar critérios da “Medicina com Base em Evidências”. A MBE se baseia na aplicação do método científico a toda prática médica, ou seja, a partir de “provas científicas” buscadas na crítica da literatura, consulta da literatura original (fontes primárias) e/ou revisões sistemáticas da literatura e diretrizes clínicas baseadas em evidências (fontes secundárias). Cf. KEINERT, Tânia M. Mezzomo. Apresentação, in: KEINERT; DE PAULA; BONFIM (Org.). **As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 16.

experimentais, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia, e que são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas, a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. De fato, essas drogas, como, de resto, afirmado na Audiência Pública, não podem ser compradas em nenhum País, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, sendo que o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou de programas de acesso expandido, de modo que não é possível obrigar o SUS a custeá-las. Neste sentido, o laboratório que realiza a pesquisa deve continuar a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. De outra banda, os novos tratamentos (aqueles ainda não incorporados pelo SUS) podem eventualmente ser pleiteados pela via judicial.

Com efeito, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS, especialmente frente ao fato de que o conhecimento médico não é estanque, e de que sua evolução é muito rápida e de difícil acompanhamento pela burocracia administrativa, não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Neste caso, frisou-se a imprescindibilidade da devida instrução processual, com ampla produção de provas, tornando a medida cautelar, neste sentido, em meio inidôneo de efetivação do direito em sede judicial.

Por fim, o argumento exclusivamente baseado no alto custo do medicamento não pode servir como critério de indeferimento da demanda, justamente face à existência de uma Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais que, fundamentalmente, objetiva o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Neste sentido, a simples argumentação fundada na dimensão econômica do tratamento mostra-se inidônea, na perspectiva do Judiciário brasileiro, para o indeferimento da demanda judicial.

Outras decisões no âmbito do STF também trataram sobre a concessão de medicamentos de alto custo, como dão conta os exemplos da Suspensão de Segurança 2944, de relatoria da ministra Ellen Gracie, julgada em 17 de agosto de 2006, deferindo pedido pelo fornecimento gratuito pelo Estado da Paraíba de *Citrato de Sildefanil*, que, embora não previsto na lista de medicamentos a serem fornecidos à população (Portaria Mi-

nisterial 1.318 de 2002) e de elevado custo, o seu não fornecimento acarretaria risco à vida do impetrante, que sofria de doença relacionada à hipertensão pulmonar; e a Suspensão de Segurança 3345/RN, min. relatora Ellen Gracie, julgada aos 13 de setembro de 2007, que determinou o fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Norte do medicamento Fortéo (*Tereparatida*) à impetrante, portadora de doença crônico-degenerativa, nada obstante a sua não previsão orçamentária e seu elevado custo financeiro<sup>66</sup>.

Embora, atualmente, o objeto do direito à saúde no Brasil concentre-se mais no acesso a medicamentos, este abrange uma gama variada de serviços e prestações médicas, como acesso a consultas, aparelhos cirúrgicos<sup>67</sup>, órteses/próteses<sup>68</sup>, suplemento alimentar<sup>69</sup>, consultas com profissionais de saúde não-médicos, como nutricionistas e fisioterapeutas, dos quais as internações em UTIs e CTIs – objeto da seguinte investigação – faz parte.

### III (ii) – Internações Hospitalares UTIs/CTIs

O objeto do direito à saúde, na jurisprudência brasileira, não se resume apenas à concessão de medicamentos, mas também abrange o direito a internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e em Centros de Terapia Intensiva (CTIs). Com efeito, uma das principais decisões

66 Neste sentido, ver as seguintes decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal: SS 2793/MT, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005; SS 2842/MT, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 06 de fevereiro de 2006; Pet 1246 MC/SC, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 31 de janeiro de 1997; RE 198265/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 19 de setembro de 2001; RE 273834/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 23 de agosto de 2000; RE 393175 AgR/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 12 de dezembro de 2006; AI 452312/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 31 de maio de 2004; RE 557548/MG, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 08 de novembro de 2007; RE 195.192-3/RS, min. Rel. Marco Aurélio, julgado aos 22 de fevereiro de 2000, dentre outros. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podemos colacionar os seguintes julgados: RMS 17903/MG, min. Rel. Edson Vidigal, julgado aos 02 de maio de 2005; REsp 684.646, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 05 de maio de 2005; REsp 658323, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 03 de fevereiro de 2005; STA 59 AgR/SC, mi. Rel. Edson Vidigal, julgada aos 25 de outubro de 2004; AgRg na SS 1408, min. Rel. Edson Vidigal, julgado aos 25 de outubro de 2004; RMS 17425/MG, min. Rel. Eliana Calmon, julgado aos 14 de setembro de 2004; REsp 625329/RJ, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 03 de agosto de 2004; RMS 11183/PR, min. Rel. José Delgado, julgado aos 22 de agosto de 2000; Resp 57608/RS, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado aos 16 de setembro de 1996; AI 874718/RS, min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado aos 07 de fevereiro de 2008; REsp 338373/PR, min. Rel. Laurita Vaz, julgado aos 10 de setembro de 2002; Resp 353147, min. Rel. Franciulli Netto, julgado aos 18 de agosto de 2003, dentre outros.

67 STA 283/PR, julgada em 07 de abril de 2010.

68 RE 568537/DF, julgado em 26 de outubro de 2009.

69 SS 4045/CE, julgada em 07 de abril de 2010.

sobre a matéria foi proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião da Suspensão de Liminar 228/CE, cuja relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, e cujo julgamento se deu em 14 de outubro de 2008. Tratou-se de pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a qual determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais Unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas.

Na origem, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Ceará ajuizaram ação civil pública, com pedido de liminar, buscando garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde. Alegaram que, após a instauração do Inquérito Civil Público, constatou-se um quadro de saúde pública extremamente agravado na região, a qual só disponibilizava 9 leitos para atendimento aos pacientes do SUS.

A decisão liminar que a União buscou suspender, ao determinar que todos os pacientes que necessitassem de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo fossem transferidos para hospitais que as possuíssem e que fossem realizadas as ações necessárias para providenciar a instalação e o funcionamento de 10 leitos de UTIs neonatal, 10 leitos de UTIs pediátrica e 10 leitos de UTIs adulta na macro-região de Sobral, fundamentou-se em medida legislativa já concretizada neste sentido<sup>70</sup>.

Outras decisões corroboram este entendimento, citando-se, a título exemplificativo, as decisões em sede de Superior Tribunal de Justiça, nas quais o direito à saúde pressupõe a possibilidade de internação do paciente em UTIs, havendo direito de pleitear o pagamento do Estado por inter-

70 Portaria nº 3.432/GM, de 12 de agosto de 2002, do Ministério da Saúde, "Todo hospital que atenda gestante de alto risco deve dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e neonatal". A Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002, que estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especifica a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região; e a Portaria MS/GM nº 3.432, de 13.08.1998, alterada pela Portaria nº 332, de 28.03.2000, que estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo, torna obrigatória a existência de leitos de UTI neonatal nas unidades que possuam maternidade de alto risco.

nação em tais Unidades realizada na Rede Privada<sup>71</sup>, a declaração de abusividade das cláusulas contratuais de planos de seguro de saúde limitativas do tempo de internação<sup>72</sup>, e a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação visando internação hospitalar e tratamento de saúde em UTI, em demanda individual, e como direito indisponível<sup>73</sup>.

### III (iii) – Cláusulas Contratuais no Regime de Saúde Suplementar

O art. 197, *caput*, inserido no título VIII (da ordem social), da CF/88, estabelece, expressamente, que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Extrai-se deste preceito constitucional que todos os serviços e ações de saúde estão sob o domínio do Poder Público, ainda que sejam prestados por instituições de direito privado. Com base nisso, foi criado, em 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, cuja principal tarefa é a de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores (Lei 9.961/2000)<sup>74</sup>. A dificuldade em regulamentar o setor não decorre apenas do aumento significativo no que se refere ao número de beneficiários, mas também ao fato de que, diferentemente dos demais setores regulados pela Administração Pública, como, por exemplo, as Telecomunicações (ANATEL), Petróleo e Gás (ANP) e a Energia Elétrica (ANEEL), que foram decorrentes da desestatização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar nasceu pratica-

71 REsp 1198486, min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 19 de agosto de 2010.

72 REsp 361415, min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de junho de 2009.

73 REsp 899820/RS, min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 24 de junho de 2008.

74 Dentre as suas competências, destacam-se: a) Fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; b) Autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixadas conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde; c) Estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços oferecidos pelas operadoras; d) Expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; e e) Propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar para a regulação do setor de saúde suplementar.

mente do zero, já que o conhecimento sobre o setor era açambarcado pelos agentes do mercado<sup>75</sup>.

Apesar da existência de instâncias administrativas de regulação do setor privado da saúde, o Poder Judiciário é constantemente acionado para a solução de casos relacionados ao conflito entre a operadora de planos privados de saúde e o consumidor. Por diversas vezes os Tribunais brasileiros se manifestam no sentido de declararem como abusivas cláusulas contratuais que, na visão do Judiciário, atentam contra o direito à saúde<sup>76</sup>. A maior parte delas dizem respeito ao afastamento prévio de tratamento a moléstias infectocontagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS/HIV (AgRg no Resp 265872/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18 de setembro de 2003; AgRg no Resp 251722/SP, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 22 de outubro de 2001; Resp 255064/SP, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05 de abril de 2001), assim como as que limitam o tempo de internação (Resp 251024/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27 de setembro de 2000 e Resp 158728/RJ, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado aos 16 de março de 1999). Em relação a esta última, o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula no sentido de declarar como abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar de segurado (súmula 302/STJ).

Com efeito, trata-se, como desenvolvido no item 2.5, da chamada “eficácia horizontal” do direito à saúde, que, embora, no caso, seja objeto de um contrato entre particulares, tem recebido proteção judicial, especialmente com base no código de defesa do consumidor e nas normas constitucionais de tutela do direito à saúde. Este posicionamento dos Tribunais dialoga também com a própria noção de função social dos contratos. O contrato, assim como os principais institutos clássicos do direito privado, como dá conta o exemplo do direito de propriedade, vem, especialmente a partir da denominada função social do Direito, engen-

75 Cf. JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha. **O Mercado de Saúde Suplementar – A Busca do Equilíbrio**, in: NOBRE; DA SILVA (Orgs.), op. cit., p. 275. Ademais, o autor sustenta que a falta de conhecimento do setor público sobre o privado no tocante à assistência à saúde é decorrente do esforço despendido para a construção do SUS e do preconceito de parte dos sanitaristas em relação ao setor privado, inclusive com uma visão estatizante do sistema de saúde.

76 Dentre outros, Superior Tribunal de Justiça: AI 1051037, min. Rel. Aldir Passarinho Júnior; julgada em 10 de março de 2009; AI 1103208, min. Rel. Sidnei Benetti, julgada em 27 de fevereiro de 2009; AI 1057060, min. Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), julgada em 25 de fevereiro de 2009; AI 1075075, min. Rel. João Otávio de Noronha, julgada em 12 de março de 2009; REsp 1046355, min. Rel. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgada em 15 de maio de 2008; REsp 519.940, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgada em 17 de junho de 2003.

drada no constitucionalismo do início do século XX, sofrendo alterações nas suas bases estruturais de legitimação jurídica. Se dantes, num contexto marcado pela teoria política e filosófica liberal e individualista, de matriz kantiana, o contrato baseava-se tão somente na vontade individual dos contratantes, aptos a determinarem a forma e o conteúdo do objeto contratado, limitado apenas pela estrita legalidade, cujos efeitos só diziam respeito à relação entre os contratantes, contemporaneamente o contrato, para a sua validação jurídica constitucional e legal, necessita, também, atender a uma função social, que transcende a esfera estrita da relação jurídica intersubjetiva.

### III (iv) – Tratamentos Excepcionais no Exterior

Em recente decisão da lavra da ministra Carmen Lúcia, RE 542641/DF, julgada em 28 de maio de 2010, ficou assente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade ou não do Estado custear ao demandante tratamento excepcional no exterior. Com efeito, nesta decisão não ficou descartada, a princípio, o direito a tratamento de saúde no exterior, mormente quando se tratar de risco à vida do paciente. Contudo, tal possibilidade ficaria restrita à ocorrência de certas circunstâncias, como a não existência de tratamento similar da doença no Brasil, e que tal tratamento, a ser realizado no exterior, tenha a sua eficácia demonstrada pela comunidade médica nacional<sup>77</sup>.

Neste mesmo sentido, na Suspensão de Segurança 2.998, min. Rel. Ellen Gracie, julgada em 29 de novembro de 2006, foi deferido tratamento no exterior a paciente, cuja estadia na França para submissão a procedimento cirúrgico foi custeada pelo Estado do Rio Grande do Norte, mediante a entrega ao impetrante da importância de R\$ 50.037,30. Tratava-se de paciente hipossuficiente, cujo tratamento médico era indispensável à sua sobrevivência. Ademais, o procedimento técnico (Ablação por Laser) apenas era realizado pela equipe médica do Hospi-

77 Neste mesmo sentido, cf. RE 421402/DF, min. Rel. Dias Toffoli, julgado em 06 de maio de 2010. Tratava-se de tratamento da doença Retinose Pigmentar, a ser realizada na República de Cuba. O ministro colacionou, ainda, outro argumento, referente à viabilidade econômica da pretensão, uma vez que "há que se observar que o direito social da proteção à vida e à saúde assegurados pela Constituição traduz-se em objetivo a ser alcançado pela sociedade, mas deve ser avaliado dentro das possibilidades reais do sistema previdenciário do País.

tal Antoine-Béclère, conforme atestado pelo laudo médico do Hospital Universitário de Brasília – HUB.

Em decisão pronunciada em sede de Suspensão de Tutela Antecipada<sup>78</sup>, foi indeferido o pedido da União no sentido de suspender o pagamento de U\$ 218.833,00, relativamente ao custeio de tratamento realizado no Texas/EUA, a paciente portador de *Linfoma de Hodgkin*, caso raro de câncer que o levaria à morte, se não tratado com urgência. No caso, todos os tratamentos possíveis no Brasil formam testados, de modo que nenhum obteve êxito no combate à doença. A necessidade vital do tratamento, o esgotamento das possibilidades do mesmo de ser realizado no Brasil, e a indicação, através de laudo médico, do tratamento em instituição norte-americana, balizaram a decisão do Supremo.

Cumprido, por fim, a menção à Suspensão de Tutela Antecipada 36<sup>79</sup>. Tratou-se de pedido pela União de suspensão de sentença que, em ação civil pública, determinou o financiamento de operação de transplante hepático, a ser realizado nos Estados Unidos. No caso concreto, o Tribunal entendeu razoável permitir ao paciente que se trate no exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. Tal procedimento nunca havia sido realizado no País, não se configurando como mero transplante hepático, mas de cirurgia complexa, já que realizada em portador de MSUD (*Maple Syrup Urine Disease*), que pressupõe acompanhamento metabólico pré, intra e pós-operatório, em que a descompensação implicaria em graves sequelas neurológicas ou mesmo na morte do paciente.

### III (v) - Direito à Saúde e Tutela Ambiental

Relativamente à conformação do objeto do direito à saúde, houve uma significativa ampliação deste pelo Supremo Tribunal Federal, designadamente nos julgados ocorridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em uma das primeiras decisões do STF sobre direito à saúde, após o advento do texto constitucional de 1988, ficou assente a influência da nova Carta Política sobre o posicionamento da Corte, especialmente no que diz respeito à dogmática dos direitos fundamentais (em

78 STA 50/PA, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 7 de novembro de 2005.

79 STA 36/CE, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005.

especial do direito à saúde) imersa no que se tem denominado de Estado Socioambiental de Direito<sup>80</sup>.

Com efeito, neste item, abordaremos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria ambiental, designadamente a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101, julgada aos 24 de junho de 2009, que, frente a sua atualidade e abrangência, constitui o *leading case* no que tange à proteção ambiental do direito à saúde no Brasil. Ademais, cumpre destacar que nesta decisão foram estabelecidas diretrizes sólidas acerca da relação imbricada e aparentemente contraposta entre desenvolvimento econômico e proteção (e promoção) do meio ambiente, e o direito à saúde neste contexto, inclusive com a realização, em 27 de junho de 2008, de Audiência Pública, com a participação significativa de múltiplos segmentos da sociedade civil.

Antes de adentrarmos em específico na decisão ora em comento, e na análise suplementar de demais decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, destinaremos, de forma sintética, breves linhas em torno da proteção ambiental no Brasil, em especial a partir de sua vinculação com o direito fundamental à saúde e seus principais instrumentos de tutela jurídica.

Com efeito, foi apenas no dealbar da década de 1980 que o direito fundamental ao meio ambiente logrou seus primeiros avanços efetivos na seara de proteção jurisdicional. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) o definiu, em seu artigo 3º, inciso I, como sendo: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Mais a frente, no seu inciso III, vinculou-o expressamente ao direito à saúde dispondo que a poluição é “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a *saúde*, a segurança e o bem-estar da população”. A referida lei, no entanto, foi além, concedendo legitimação ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (art. 14, §1º). Tal disposição fez surgir, em nosso sistema jurídico, hipótese de

80 SS 249/MS, min. rel. Rafael Mayer, julgada aos 13 de dezembro de 1988. Nesta decisão, o STF vinculou o direito à saúde à proteção e promoção do meio-ambiente, inclusive em termos de meio-ambiente do trabalho, determinando a cessação, em caráter liminar, de atividades poluentes de indústria mineradora, com danos generalizados à saúde da população, especialmente pela emissão de fumaça, sem filtro anti-poluidor, contendo óxidos de nitrogênio, enxofre, carbonos, manganês, ferro e material particulado. Para um estudo abrangente sobre o tema do chamado Estado Socioambiental de Direito, inclusive em termos de direito comparado, cf. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

*ação civil pública ambiental*.<sup>81</sup> Sobreveio, em um segundo momento, a lei 7.347/1985, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente. A partir dos dispositivos nela insertos, o processo judicial perde definitivamente seu caráter individualista, passando a defender interesses supra-individuais, consignados sob a rubrica de *difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

Nada obstante, uma proteção jurídica sistematizada do meio ambiente e, neste contexto, do direito à saúde, iniciou apenas, nomeadamente, a partir da promulgação do nosso atual texto constitucional<sup>82</sup>. Com efeito, o direito brasileiro, além de prever, em termos constitucionais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito e dever fundamental (art. 225, CF/88), inclusive na sua dimensão subjetiva<sup>83</sup>, estipula, na seara infra-constitucional, diversos instrumentos de garantia da efetividade deste direito, não apenas no que pertine à sua dimensão organizatória e procedimental, mas também como instrumentos normativos integradores dos dispositivos constitucionais conformadores do direito ao meio ambiente. Dentre estes, podemos citar a lei 9.985/2000, c/c a Medida Provisória nº 366/2007, que determinam a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas, assim como a exigência, na forma da lei, de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, devidamente publicizado. É de se referir ainda a Lei 8080/1990, que estabelece que a garantia de condições de bem-estar físico, mental e social fazem parte das ações de saúde e que o meio ambiente é um dos fatores determinantes e condicionantes da saúde (art. 3º, caput e § único, da Lei 8080/90).

Preliminarmente, no âmbito da conformação judicial do âmbito de proteção do direito à saúde na perspectiva da tutela ambiental, é de se citar o Recurso Extraordinário 406192/SC, julgado em 22 de dezembro de

81 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1009.

82 FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.) **Direito Ambiental em Evolução**. 2ª ed. Juruá Editora: Paraná, 2002.

83 Segundo a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, o art. 225 da CF/88 cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF/88), in: **Direito Ambiental Brasileiro**, 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 116 e ss. Cf., também, SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 835 e ss. Neste sentido, o autor qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito social do homem, cujo bem jurídico tutelado é a qualidade do meio ambiente, objetivando, de forma mediata, a saúde, o bem-estar e a segurança da população.

2009, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie. Tratou-se, neste aresto, da possibilidade e dos limites do controle judicial da conformação dos atos políticos no âmbito municipal em relação às políticas públicas necessárias à preservação do meio ambiente, designadamente no que toca à violação dos artigos 6º, 196 e 225 da Constituição Federal.

No caso em tela, cuidou-se de ação civil pública que visava assegurar a implantação de uma rede de esgoto no município de Chapecó, em Santa Catarina, de modo a evitar a poluição ambiental e a garantir a saúde primária da comunidade. Neste sentido, ao deferir o Recurso Extraordinário, a decisão reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas de governo quando necessária à garantia de um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais, avultando, neste contexto, o direito à saúde no âmbito da proteção do meio ambiente, sem que aí haja uma violação ao princípio da separação dos poderes. Ainda que se possa considerar que o mérito do ato administrativo é questão discricionária, de exame exclusivo da Administração Pública, tal ato está indissociavelmente vinculado ao interesse público, que não pode frustrar a efetividade dos direitos constitucionais, sob pena de controle e determinação concreta do Poder Judiciário ao Poder Executivo<sup>84</sup>.

Sem embargo, como *leading case* na matéria, está a ADPF 101, proposta pela presidência da república, por intermédio da Advocacia Geral da União, questionando decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados, a despeito de todo um arcabouço jurídico em vigor no país que proibia tal importação<sup>85</sup>. Tais decisões baseavam-se, essencialmente, na ofensa do regime constitucional da livre iniciativa e da liberdade de comércio (art. 170, IV, § único, da CF/88); na ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF/88), uma vez que o Poder Público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de países integrantes do MERCOSUL; no fato de que os atos normativos proibitivos da importação só abarcaria pneus usados, nos quais não estariam os pneus recauchutados; e que tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas apenas por

84 Cf., também, o conjunto de Ações Direitas de Inconstitucionalidade sobre a validade das legislações estaduais – designadamente no campo da competência normativa –, que restringem a eficácia da Lei Federal 9055/95, sobre a utilização do amianto e a proteção do meio ambiente do trabalho, em especial ADI 3937, min. rel. Marco Aurélio, julgado em 4 de junho de 2008, indeferindo liminar para suspensão de Lei estadual do Estado de São Paulo (Lei nº 12.684/2007) que proíbe o uso de produtos, materiais e artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbestos ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.

85 Desde 1991, há no país, preliminarmente através da portaria do Departamento de Comércio Exterior nº 8, vedação à importação de bens de consumo usados.

lei em sentido formal; e, por último, na Resolução do CONAMA<sup>86</sup> nº 258, de 1999, com a redação determinada pela Resolução nº 301/2002, que teria revogado a proibição da importação de pneus usados, na medida em que teria previsto a destinação de pneus importados reformados. Contrariando tal entendimento, de acordo com a argumentação da AGU, tratava-se, de forma clara, de violação ao art. 225 e do art. 196, ambos da CF/88, especialmente a partir da incineração e do depósito de pneus velhos.

Estava em causa uma tarefa de ponderação de valores, ou seja, uma decisão que deveria levar em conta, por um lado, o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a livre iniciativa econômica, a qual, como bem observado pelo ministro Marco Aurélio, não poderia ser restringida em desconformidade com o princípio da legalidade. Neste sentido, para o ministro haveria uma reserva legal à proibição ao livre exercício de qualquer atividade econômica, ressaltando os interesses desta limitação aos fabricantes de pneus e ao fato de que o preço dos pneus remoldados seria mais acessível aos “menos afortunados”. Entendeu-se, em síntese, por maioria de oito votos a um, que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizavam a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF/88<sup>87</sup>. Esta decisão não abarcaria os atos judiciais já transitados em julgados, já que não haveria a possibilidade de devolução dos pneus que já estão em território nacional.

Com efeito, apesar do grande papel exercido pela conformação jurídico-constitucional da tutela ambiental no direito constitucional brasileiro, esta decisão foi fortemente influenciada pelos dados obtidos na Audiência Pública, onde foram confirmados cientificamente os danos advindos das inúmeras formas de descarte dos pneus, inclusive no que toca à

86 Conselho Nacional do Meio Ambiente.

87 Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: inciso I: soberania nacional; inciso VI: defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

proliferação de doenças, como a dengue, além da auto-suficiência do mercado interno na produção de pneus usados a serem remoldados, e pelo fato de que, devido a não classificação prévia dos pneus importados, especialmente da Europa, de 30 a 40 por cento são inservíveis para a remoldagem, ou seja, são simplesmente passível ambiental. Insinua-se, exatamente por este último dado, que a exportação de pneus da União Europeia seria uma forma encontrada de simples descarte de seus pneus velhos, com produção estimada em 80 milhões por ano.

Em termos de conclusão, verifica-se, no Brasil, um espectro normativo e jurisprudencial significativo em prol da proteção cada vez mais intensa do direito à saúde, relacionado à promoção e preservação do meio ambiente. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é frequentemente relacionado a outros direitos fundamentais e que, não raras vezes, é violado pela ausência de regras claras e unificadas, especialmente em se tratando de comércio exterior. Como os grandes problemas ambientais, hoje em dia, são transfronteiriços<sup>88</sup>, uma vez que a sua origem material se encontra toda ou em parte dentro do território de um Estado e tem efeitos nocivos sobre o território de outro Estado, a querela jurídica decidida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a (im) possibilidade de importação de pneus usados poderia ser um incentivo ao fortalecimento da conformação política do MERCOSUL, como âmbito unificado de diretrizes comerciais e ambientais, como de resto se verifica na União Europeia<sup>89</sup>, visando o fortalecimento da proteção ambiental e evitando, destarte, as desigualdades na concorrência econômica.

## CONCLUSÃO

O direito fundamental à saúde assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva, quanto subjetiva, de modo que ainda que sua perspectiva prestacional, enquanto direito positivo, se mostre à evidência, um conjunto de outras posições jurídicas se depreendem da sua perspectiva defensiva, organizatória e procedimental.

Em termos gerais, ao fenômeno da “judicialização”, especialmente compreendida como produção intensificada do direito positivo, se antepõem,

88 KAHL, Wolfgang; SCHMIDT, Reiner. *Umweltrecht*. 7ª Aufl. C.H.Beck, München, 2006. p. 300.

89 SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A Responsabilidade Civil Ambiental*, in: Revista Direitos Fundamentais e Justiça, ano 3, nº 7 – abr/jun. 2009. p. 82.

dentre outros, argumentos que se baseiam na formalização; na desintegração; na desestabilização; e nos limites jurídicos da capacidade de ação governamental. O aspecto da formalização se relaciona com o estreitamento do espaço de decisão do titular da decisão política “*die Einengung des Entscheidungspielraums der politischen Entscheidungsträger*”. Neste sentido, no lugar de um poder pragmático de decisão política, instaura-se a técnica da formalidade, própria do Direito. Judicialização significa “neutralidade” e “formalização jurídica”, afastando-se das decisões de poder (político). A desintegração, por seu turno, pode resultar também como consequência do estreitamento do âmbito político de decisão, considerando que a partir da prescrição jurídica de determinados objetivos e métodos de seguridade social, não sejam, ao mesmo tempo, oferecidas respostas adequadas para novos desenvolvimentos, sociais e econômicos, especialmente no que se refere a padrões internacionais de regulação jurídica. Frente ao aumento progressivo da produção de normas jurídicas, também identifica-se a desintegração como fenômeno derivado da “judicialização”, especialmente pela inefetividade e falta de clareza de boa parte das novas regulações, configurando uma séria ameaça à segurança jurídica.

Por seu turno, a dificuldade do Poder Judiciário de decidir litígios em que esteja em causa, especificamente, a efetivação de direitos sociais, trazendo ao debate jurídico questões vinculadas à justiça distributiva, reside justamente na estrutura institucional de seus órgãos, nos mecanismos processuais de efetivação de direitos (processo legislativo de formação do Direito), assim como pela cultura geral em que se inserem os atores encarregados de pôr o sistema em funcionamento (Juizes, Advogados, Promotores de Justiça, etc.). Ainda neste sentido, cita-se o fato de que os juizes, geralmente, aceitam as opiniões comuns da sociedade e do pensamento jurídico profissional de seu tempo (pré-compreensão); que as demandas judiciais relacionadas aos direitos sociais requerem soluções de reforma social, e não de garantia do *status quo*; o fato de que ao Poder Judiciário faltam meios institucionais para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada, como é o caso típico das políticas públicas (ainda que não se possa reportar única e exclusivamente a problemática da efetivação dos direitos sociais para o campo das políticas públicas); o fato de que como os Tribunais não podem agir de ofício, mas apenas por provocação, os programas de reforma não apenas não podem ser executados por eles, como também não podem ser iniciados por eles, fazendo com que os Tribunais ajam apenas conforme interesses episódi-

cos e descoordenados, e sejam proibidos de ter uma agenda de reformas; e, por derradeiro, que os Tribunais não possuem poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários.

O princípio geral da igualdade também é invocado como obstáculo à efetivação judicial dos direitos sociais, baseando-se no fato de que apenas parcela da população, e justamente a mais instruída, que, em regra, também é a mais privilegiada sob o ponto de vista financeiro, teria seu direito social satisfeito, enquanto que o resto da população, que dificilmente tem acesso ao Poder Judiciário, seja pelo ônus financeiro do processo, seja pela falta de conhecimento quanto a seus direitos, ficaria na dependência da formulação e implementação de políticas públicas governamentais. A isso, soma-se o argumento segundo o qual a concessão de demandas individuais pelo Poder Judiciário aprofundaria a exclusão dos pobres pela transferência dos recursos dos programas institucionalizados para cumprimento de decisão judicial, cujos beneficiários são, em sua grande maioria, oriundos da classe média.

O termo “judicialização” tem sido empregado com um inequívoco sentido pejorativo, de excesso de atuação do Poder Judiciário em questões que atinem, em primeira linha, à atuação dos poderes representativos da democracia parlamentar, cujo principal argumento para a sua auto-restrição se fundamenta no princípio da separação de poderes, mais especificamente na reserva parlamentar em questão orçamentária. Grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública pré-definida pelos órgãos da Administração Pública, de modo que, aqui, não há de se falar em limitação no espaço decisório da política, designadamente dos Poderes Legislativo e Executivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BIEHL, João. *Will to Live*. Aids Therapies and the Politics of Survival. Princeton: Princeton University Press, 2007.

- KAHL, Wolfgang; SCHMIDT, Reiner. *Umweltrecht*. 7ª aufl. C.H.Beck, München, 2006.
- KEINERT, Tânia M. Mezzomo. Apresentação, in: KEINERT; DE PAULA; BONFIM (Org.). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUSSBERGER, Angelika. *Sozialstandards im Völkerrecht*. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.
- PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). *Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora O Lutaador, 2010
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 Anos e o Direito Constitucional Brasileiro: Algumas Aproximações, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, nº 7, abr/jun de 2009.
- SILVA, Vasco Pereira da. Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A Responsabilidade Civil Ambiental, in: *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 3, nº 7 – abr/jun. 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, in: *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15. Februar 2008,





# PODER JUDICIÁRIO, DIREITO À SAÚDE E FORNECIMENTOS DE MEDICAMENTOS

## *JUDICIARY, RIGHT TO HEALTH AND PROVISION OF DRUGS*

### **Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti**

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista CAPES). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR e do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Conciliadora voluntária no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania na Subseção Judiciária de Curitiba desde abril de 2015. Secretária executiva do grupo Política Por/De/Para Mulheres. Secretária executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental (qualis A2). E-mail: barbarabmmab@gmail.com

**Resumo:** Dentre as prestações materiais decorrentes do direito fundamental à saúde encontra-se o fornecimento de medicamentos. Diante da complexidade do tema e da indeterminabilidade constitucional deste direito, surgem dúvidas relacionadas a quais medicamentos devem ser fornecidos pelo Estado. Nesse âmbito de incertezas, escassez de recursos e não cumprimento destas prestações pela Administração Pública é que se encontra a judicialização, como a solução para a não concessão de medicamentos. A partir desse cenário, o presente artigo tem por objetivo analisar o direito à assistência farmacêutica, notadamente a Política Nacional de Medicamentos e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, de modo que se possa verificar a conformação deste direito, bem como os parâmetros estabelecidos. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, a partir de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial e documental.

**Palavras-chave:** Judicialização do direito fundamental à saúde. Assistência Farmacêutica. Política Nacional de Medicamentos. Fornecimento de medicamentos. Recurso extraordinário nº 566.471/RN

**Abstract:** Among the materials benefits arising from the fundamental right to health is the *provision of drugs*. Given the complexity of the subject and the constitutional no determination of this right, doubts arise regarding which medications should be provided by the State. In this context of uncertainty, shortage of resources and these benefits by Public Administration is the judicialization, as the solution to the non-provision of medicines. From this context, this article aims to analyse the right of pharmaceutical assistance, notably the National Medicines Policy and the National Policy of Pharmaceutical Assistance, so that they can verify the conformation of this right, as well as the established parameters. The methodology used is the logical deductive one, from bibliographic review more jurisprudential and documentary analysis.

**Keywords:** Judicialization of the fundamental right to health. Pharmaceutical Assistance. National Medicines Policy. Provision of drugs. “**Recurso extraordinário**” no 566.471/RN.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A disciplina normativa da política de medicamentos no Brasil. 3. A judicialização como alternativa à omissão do Poder Público quanto ao fornecimento de medicamentos. 4. Parâmetros jurídicos para a concessão judicial de medicamentos. 5. O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN e os medicamentos de alto custo. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao afirmar em seu art. 196 que “a saúde é direito de todos”, não delimitou todas as posições jurídicas que podem ser extraídas deste direito. Pode-se dizer que essa falta de determinabilidade constitucional do direito à saúde foi uma opção do legislador constituinte originário, visto que, estando diante de direitos fundamentais, estes dependem de fatores mutáveis não controlados pelo Estado. Ainda, “conferir aos direitos sociais um conteúdo muito preciso significaria, inevitavelmente, a impossibilidade de o Estado, obrigado posteriormente ao cumprimento estrito das imposições constitucionais, ser capaz de reagir rápida e adequadamente à modificação das condições econômicas”.<sup>1</sup>

Nesse contexto está o direito ao fornecimento de medicamentos. Em que pese a Constituição não dispor expressamente sobre esta temática, a determinação do conteúdo do direito à saúde cabe ao legislador infraconstitucional e à Administração Pública. A partir daí surgem algumas questões: quais medicamentos devem ser fornecidos pelo Estado? Deve haver uma relação prévia de medicamentos ou deve ser analisada a necessidade do cidadão no caso concreto? Quais devem ser os critérios para que um medicamento entre em listagens oficiais?

O intuito deste artigo não é esgotar esta temática e nem responder a estas e tantas outras questões existentes. Para tanto, seria necessária obra de fôlego. Pretende-se, em contrapartida, trazer algumas noções doutrinárias, legais e jurisprudenciais, de modo a provocar reflexões e fomentar o senso crítico de matéria tão relevante, mas que ainda possui lacunas a serem preenchidas.

## 2. A DISCIPLINA NORMATIVA DA POLÍTICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

A estrutura pública de efetivação do direito à saúde no Brasil constituiu um sistema, descentralizado, denominado Sistema Único de Saúde (SUS), que com direção única em cada esfera de governo oferece atendi-

1 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos sociais. Coimbra: Coimbra, 2010. p.143.

mento integral<sup>2</sup> prioritariamente preventivo e conta com a participação da comunidade. Com o intuito de estruturar o SUS e tornar claros seus objetivos, atribuições e diretrizes, foram elaboradas as Leis nº 8.080/90 e 8.142/90<sup>3</sup>. É o art. 6º, VI, da primeira, que trata da questão dos medicamentos<sup>4</sup>.

A política pública de acesso aos medicamentos se insere como um instrumento de efetivação do direito à saúde. No Brasil, em relação à assistência farmacêutica, destacam-se duas políticas públicas: a Política Nacional de Medicamentos (PNM) e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)<sup>5</sup>.

A Organização Mundial da Saúde, desde 1975<sup>6</sup>, solicita que os Estados elaborem uma política de medicamentos que permita a toda população uma provisão adequada de medicamentos seguros, eficazes e de boa qualidade e que sejam utilizados de maneira racional. Esta política deve incluir diversos momentos que vão desde a produção até a prescrição dos remédios<sup>7</sup>.

A Política Nacional de Medicamentos brasileira foi publicada pela Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, em consonância com as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), e estrutura-

---

2 Saulo Lindorfer Pivetta assevera que “a integralidade não consiste no fornecimento de todo e qualquer bem ligado ao direito à saúde”. Como qualquer direito fundamental, o direito a saúde está sujeito às reservas de ponderação e do politicamente oportuno ou adequado. Ainda, com relação à dimensão prestacional (que envolve prestações positivas do Poder Público), o direito à saúde está sujeito à reserva do financeiramente possível. PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.148.

3 Há, ainda, uma série de leis sobre matérias específicas que também estão relacionadas ao direito à saúde. Como exemplo podemos citar: a LC nº 141/2012 (que disciplina os recursos mínimos a serem aplicados pelos entes federados com as ações e serviços de saúde); a Lei nº 9.782/1999, que estabelece o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, além de criar a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Lei nº 8.842/1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso.

4 Art. 6º da Lei 8.080/90: “estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”.

5 Art. 1º, III, da Resolução nº 338, de 6 de maio de 2004: “a Assistência Farmacêutica trata de um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população”.

6 Resolução WHA 28.66, da 28ª Assembléia Nacional da Saúde.

7 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Pautas para estabelecer políticas farmacêuticas nacionais**. Genebra: OMS, 1988.

da em três eixos de ação governamental: regulação sanitária, regulação econômica e assistência farmacêutica.<sup>8</sup>

A formulação da Política Nacional de Medicamentos caberá ao gestor federal. Este, além de prestar auxílio técnico e financeiro às instâncias estaduais e municipais do SUS no desenvolvimento de atividades relacionadas à Política de Medicamentos, realiza repasse de recursos a esses entes para a aquisição de medicamentos e elabora a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais)<sup>9</sup>. Com base nesta, os municípios, por sua vez, definem a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais<sup>10</sup> e executam a assistência farmacêutica. A atuação municipal<sup>11</sup> tem como finalidade precípua assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde.<sup>12</sup>

Contudo, os gestores do SUS, nas três esferas de governo, devem atuar conjuntamente, concentrando esforços para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível. Para tanto, algumas diretrizes devem ser seguidas: (i) adoção de relação de medicamentos essenciais<sup>13</sup>; (ii) regulamentação sanitária de medicamentos; (iii) reorientação da assistência farmacêutica; (iv) promoção do uso racional de medicamentos; (v) desenvolvimento científico e tecnológico; (vi) promoção da produção de medicamentos; (vii) garan-

8 LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 64, p. 105-130, nov./dez. 2010. p.110.

9 MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à saúde e Acesso a Medicamentos**: em busca de parâmetros para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 113.

10 A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade. Para mais detalhes, consultar: <<http://www.cff.org.br/userfiles/file/boletim/2010/farmacoterapeutica%206%202010.pdf>>.

11 Sobre a definição do modelo de prestação de serviços mais adequado ao atendimento da saúde da população nos Municípios, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos Municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

12 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p. 45.

13 Por meio dela o Estado permanece em planejamento constante, investigando de maneira sistemática quais as carências prioritárias e quais os medicamentos mais adequados a serem distribuídos gratuitamente para o pleno atendimento das necessidades da população. PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 52. A RENAME será organizada consoante às patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país. Cabe ressaltar que, como um dos mecanismos favorecedores da redução de preços dos medicamentos, a relação supracitada será sistemática e amplamente divulgada.

tia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; e (viii) desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Estas diretrizes priorizam algumas medidas, com o intuito de alcançar o propósito da Política Nacional de Medicamentos e também para a implementação das diferentes ações indispensáveis a seu cumprimento. São elas: (i) revisão permanente da RENAME, coordenado pela Secretaria de Políticas de Saúde, do Ministério da Saúde, e desenvolvido mediante a participação dos demais órgãos do Ministério - Secretaria de Vigilância Sanitária e Secretaria de Assistência à Saúde - e dos gestores estaduais e municipais, responsáveis pela implementação das ações que operacionalizam esta Política e de instituições científicas que atuam na área de medicamentos; (ii) assistência farmacêutica, especialmente no que se refere ao processo de descentralização, onde as três esferas de governo assegurarão, nos seus respectivos orçamentos, os recursos para aquisição e distribuição dos medicamentos, de forma direta ou descentralizada; (iii) referente à promoção do uso racional de medicamentos, a adoção de campanhas educativas, registro e uso de medicamentos genéricos, formulário Terapêutico Nacional, farmacoepidemiologia e farmacovigilância e recursos humanos; e (iv) organização das atividades de vigilância sanitária de medicamentos, sendo considerados o desenvolvimento e a elaboração de procedimentos operacionais sistematizados, o treinamento de pessoal do Sistema de Vigilância Sanitária e a consolidação do sistema de informação em vigilância sanitária.<sup>14</sup>

Quanto à política de assistência farmacêutica, aprovada pela Resolução nº 338 de 06 de maio de 2004, há três programas que servem de eixos para a implementação desta: Programa de Atenção Básica, Programa de Medicamentos Estratégicos e Programa de Medicamentos Especializados (anteriormente conhecido por Dispensação Excepcional).

O primeiro garante a distribuição dos medicamentos tidos como essenciais, que se destinam a atender aos agravos prevalentes e prioritários da atenção básica à saúde. O Ministério da Saúde estabelece um “elenco mínimo” de medicamentos e insumos que necessariamente deverão ser distribuídos na atenção básica, a partir dessa relação, os estados e municípios estabelecem suas próprias listas, contemplando outros itens con-

14 BRASIL. Ministério da Saúde. Anexo da Portaria nº 3916 de 30/10/1998. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-92-29-1998-10-30-3916>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

forme as peculiaridades de cada região<sup>15</sup>. A partir daí o financiamento do programa fica a cargo dos três entes federados. O Ministério da Saúde apenas repassa os recursos, deixando a execução da política para os demais entes. A aquisição dos medicamentos tanto pode ser feita de forma centralizada pelo estado ou diretamente pelos municípios. Contudo, a dispensação é sempre feita pelos municípios por meio das unidades básicas de saúde (UBS)<sup>16, 17</sup>.

Medicamentos estratégicos são aqueles utilizados em doenças que configuram problemas de saúde pública. Sendo assim, o Programa de Medicamentos Estratégicos tem por objetivo o controle das doenças endêmicas, além de contemplar o Programa Nacional de Imunizações, responsável pelo fornecimento de vacinas e soros utilizados na prevenção e/ou tratamento de doenças que atingem a população de um modo geral. A elaboração deste programa é de atribuição do Ministério da Saúde, bem como o financiamento e aquisição dos medicamentos. Já a entrega destes é de responsabilidade dos municípios.<sup>18</sup>

Já o Programa de Medicamentos Especializados, regulamentado pela Portaria nº 1.554 de 30 de julho de 2013, tem por objetivo a distribuição de medicamentos destinados a tratamentos de doenças raras ou crônicas, ou seja, patologias específicas que atingem um número limitado de usuários, que na maioria das vezes, os utilizam por períodos prolongados<sup>19</sup>. Os medicamentos deste programa são divididos em três grupos, que diferem quanto às características, responsabilidades e formas de

- 
- 15 A definição da lista própria ocorre na Comissão Intergestores Bipartites, que é a instância colegiada integrada por representantes das secretarias estaduais de Saúde e das secretarias municipais de Saúde responsáveis pela pactuação do financiamento e resolução de outras questões pertinentes à gestão no âmbito estadual.
- 16 As unidades básicas de saúde (UBS) juntamente com as Equipes de Atenção Básica constituem a chamada atenção primária. O nível intermediário de atenção fica a encargo do SAMU 192 (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) e das Unidades de Pronto Atendimento (UPA). Já o atendimento de média e alta complexidade é feito nos hospitais.
- 17 TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais de medicamentos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 253, p. 79-115, jan./abr. 2010. p. 91-92. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8047/6837>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- 18 TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais de medicamentos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 253, p. 79-115, jan./abr. 2010. p. 92. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8047/6837>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- 19 Entre os usuários desses medicamentos estão: transplantados, portadores de insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, hepatite viral crônica B e C, epilepsia, esquizofrenia refratária, doenças genéticas como fibrose cística, doença de Gaucher, entre outros.

organização<sup>20</sup>.

Quanto à política de distribuição de medicamentos, esta tem início com a escolha dos medicamentos que comporão a lista daqueles que serão distribuídos na rede pública. Esta escolha deve ser feita, por exemplo, com base: (i) na melhor evidência farmacológica-clínica; (ii) no perfil dos usuários dos medicamentos; (iii) na sua eficácia; (iv) na segurança; (v) na efetividade; (vi) nos requisitos de qualidade dos fármacos; (vii) na comodidade posológica; (viii) nos custos e (ix) na disponibilidade do mercado. Após esta etapa, inicia-se o processo de suprimento, que quantifica o que será comprado e elabora as especificações para os medicamentos selecionados, com base em: (i) definição de prioridades, (ii) orçamento disponível, (iii) condições estruturais do serviço, (iv) especificidades administrativas que podem facilitar ou constringer o processo de suprimento, (v) dados epidemiológicos e (vi) consumo histórico.<sup>21</sup>

Em suma, uma política de dispensação de medicamentos em um sistema público de saúde fundamenta-se em três bases: lista de medicamentos selecionados, legislação vigente e orçamento disponível<sup>22</sup>. Os critérios a serem observados na política de distribuição de medicamentos decorre da restrição de recursos, além da segurança para o usuário, visto

- 20 Art. 3º da Portaria nº 1554/13: I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em: a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.
- 21 OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 15-16. No que tange à distribuição de medicamentos, nem a Constituição Federal nem leis infraconstitucionais fixam tais competências. A definição dos critérios destas estão esboçadas em inúmeros atos administrativos federais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p. 45.
- 22 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p. 23. Para o direito social à saúde a Constituição disciplina uma dotação orçamentária específica, adicionando a possibilidade de intervenção federal nos estados em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido.

que “se os recursos são escassos, deve-se buscar critérios médicos-científicos e econômicos para decidir como a alocação de recursos precisa ser feita”<sup>23</sup>.

Com relação à distribuição de competências na questão dos medicamentos, esta pode ser extraída da conjugação do texto constitucional e da Lei nº 8.080/90 com os diversos atos normativos federais, estaduais e municipais, notadamente da Portaria GM/MS nº 3.916.

Por fim, a jurisprudência tem reconhecido que a responsabilidade quanto ao fornecimento de medicamentos é solidária entre todos os entes federativos<sup>24</sup>. Isso decorre da competência material comum e da competência legislativa concorrente em matéria de saúde, somadas ao caráter descentralizado do SUS<sup>25</sup>. Já a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos e outros bens ou procedimentos relacionados à saúde será pactuada no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite<sup>26</sup>.

### 3. A JUDICIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO QUANTO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Partindo da premissa que a proteção do direito à saúde se dá pela ação estatal e a violação pela omissão do Poder Público,<sup>27</sup> a exigibilidade judicial neste âmbito é fato constante. Sendo assim, uma decisão judicial para tutelar o direito à saúde pode determinar que o Estado realize gastos

23 WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. São Paulo, 2009, 104f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. p. 15.

24 Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 656.979/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 7/3/2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.381, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 17/6/2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 774.391/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJE 19/3/2014. Vale registrar que tramita no Supremo Tribunal Federal a Proposta de Súmula Vinculante nº 4, de iniciativa do Defensor Público-Geral da União, que pretende pacificar a responsabilidade solidária quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico a pessoas carentes, uma vez comprovada a necessidade destas.

25 MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à saúde e Acesso a Medicamentos**: em busca de parâmetros para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 114-115.

26 Art. 19-U da Lei nº 8.080/90: “a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite”. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011).

27 Sobre o tema, conferir: BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça A.; COSTA, Renan Gustavo Ziemer da. A responsabilidade civil do Estado por ineficiência na prestação do serviço público de saúde: uma análise à luz da teoria da *faute du service*. **Revista da AGU**, Brasília, v.16, nº 04, p. 307 - 340, out./dez. 2017.

públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores que as necessidades de todos os cidadãos, a Administração Pública, ao atender a decisão judicial, pode vir a prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas<sup>28</sup>.

Acerca da atividade judicial, Luís Roberto Barroso sintetiza que “onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”<sup>29</sup>.

Para elucidar o impacto trazido por estas decisões judiciais às finanças do Estado, em 2014, o Paraná gastou apenas com o fornecimento de medicamentos por ordem judicial 90,4 milhões de reais, distribuídos para 3.646 pacientes<sup>30</sup>. Já o governo federal gastou em 2016 R\$ 1,2 bilhão de reais. Desse total, R\$ 957,7 milhões de reais foram gastos com uma lista de dez medicamentos, dentre os quais oito não possuem tratamento correspondente no SUS.<sup>31</sup>

Nesse contexto, a grande questão suscitada é quanto à legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica do Poder Judiciário para a realização dessa tarefa.<sup>32</sup>

Muitos sustentam que retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos trata-se de atitude inadequada. Levando-se em consideração que tais recursos são obtidos mediante a cobrança de impostos, é o próprio povo, diretamente ou por meio de seus representan-

28 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 349.

29 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31- 61, 2007. p. 48-49.

30 POMPEO, Carolina. **Gastos da União com demandas judiciais de saúde crescem 500%**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandas-judiciais-de-saude-crescem-500-4395jmi7gq0wwarfocypk15t>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

31 UOL NOTÍCIAS. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

32 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 350.

tes eleitos, quem deve decidir sua destinação<sup>33</sup>. Ingo SARLET sintetiza esse argumento ao expressar que “é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afeição destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes”<sup>34</sup>.

No aspecto da competência constitucional para decidir sobre os gastos públicos, entende-se que a melhor maneira de se otimizá-los com saúde é conferindo a competência para tomar decisões nesse domínio ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. O constituinte originário assim optou, na Constituição Federal de 1988, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. Sendo assim, o Poder Judiciário, ao determinar a entrega de medicamentos pelo Poder Público, estaria alterando o arranjo institucional concebido pela Carta Maior.<sup>35</sup>

Quanto à crítica técnica, observa-se que o Poder Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para estatuir políticas de saúde, não possuindo condições de avaliar se determinado medicamento ou tratamento é efetivamente imprescindível ou não para a promoção da saúde e da vida. Luís Roberto Barroso assevera que “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”.<sup>36</sup>

No âmbito específico dos medicamentos, alastram-se decisões desarrazoadas ou emocionais, condenando a Administração ao custeio de medicamentos experimentais, muitas vezes realizados no exte-

33 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31- 61, 2007. p. 50.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001. p. 103.

35 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31- 61, 2007. p. 50.

36 Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31- 61, 2007. p. 54.

rior ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.<sup>37</sup>

Para Luís Roberto Barroso, os excessos e inconsistências nas decisões “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”. O autor ainda reforça que este casuísmo na jurisprudência brasileira pode impedir a implementação de políticas públicas coletivas, já que os privilégios são concedidos aos jurisdicionados<sup>38</sup> e os demais cidadãos continuam dependentes das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.<sup>39</sup>

Quanto às decisões que envolvem o pedido de medicamentos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem passado por importantes transformações. Pode-se dizer que, a partir do ano de 2007, houve significativa alteração na forma como são julgadas essas demandas.

Nesse âmbito, Daniel Wei Liang Wang em minuciosa pesquisa realizada com as decisões proferidas até 2007, concluiu que todas elas concediam o medicamento ou tratamento requerido pelo impetrante<sup>40</sup>. Em

37 Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p. 32.

38 Fernanda TERRAZAS, em pesquisa empírica, concluiu que, “as pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à Justiça, frequentemente não usuárias do Sistema Único de Saúde, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política pública de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos). A judicialização dos direitos sociais pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção dos seus direitos fundamentais - a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um locus onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção”. TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, p. 79-115, jan./abr. 2010. p. 91-92. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8047/6837>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

39 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p.33.

40 Em análise minuciosa das decisões do Supremo Tribunal Federal desde 29.06.1999 (data em que foi proferida a primeira decisão colegiada do Tribunal sobre acesso a medicamentos pelo SUS), Ricardo Barretto de Andrade concluiu que até abril de 2005 houve nove acórdãos sobre a matéria, todos tendo como recorrentes o estado do Rio Grande do Sul e/ou o município de Porto Alegre. Em todos eles o STF manteve a decisão inicial, que obrigava o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer medicamentos, com fundamento na Lei Estadual nº 9.908/1993. Nessa primeira fase, o STF buscou atuar nos limites de uma política pública existente, determinando sua aplicação. Para o autor, a segunda fase se deu de abril de 2005 a março de 2010, onde o egrégio Tribunal passou a reconhecer o direito à assistência farmacêutica independentemente de política pública específica. ANDRADE, Ricardo Barretto de. **O Direito à Assistência Farmacêutica na Experiência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2012, 144f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília. p. 75 e ss.

nenhuma das decisões o STF admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão das demandas<sup>41</sup>. Há uma passagem recorrente do ministro Celso de Mello, citada em várias decisões<sup>42</sup>:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular- e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, (...) dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente da-

41 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 352-353.

42 Dentre elas: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 232.335. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 01.08.2000. Acórdão Eletrônico DJ-25.08.2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 273.834. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 31.10.2000. Acórdão Eletrônico DJ-02.02.2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 198.265. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 19.09.2001. Acórdão Eletrônico DJ-21.11.2001.

queelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade<sup>43</sup>.

Em regra, as decisões do Supremo Tribunal Federal não faziam referência à questão dos custos envolvidos na efetivação do direito à saúde, à escassez de recursos e à reserva do possível<sup>44</sup>. O entendimento era de que a não concessão de medicamento configurava restrição injusta ao direito à saúde, autorizando o Poder Judiciário a corrigir uma omissão estatal que violasse este direito fundamental.<sup>45</sup>

As primeiras decisões contrárias a este entendimento predominante foram a Suspensão de Tutela Antecipada nº 91<sup>46</sup> e a Suspensão de Segurança nº 3073<sup>47</sup>, ambas julgadas pela ministra Ellen Gracie. Nelas, a ministra reconheceu que a imposição ao Estado de fornecer todo e qualquer medicamento necessário a determinadas doenças implica grave lesão à economia pública e à ordem pública, tendo em vista que o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde e sem o cadastramento dos pacientes inviabiliza a programação do Poder Público, comprometendo o cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais (atualmente conhecido por medicamentos especializados). Além disso, a ministra afir-

43 Ementa do acórdão: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 271286. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12.09.2000. Acórdão Eletrônico DJ-24.11.2000. O Min. Celso de Mello, na Petição nº 1246, proferiu passagem também bastante citada em decisões posteriores: "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 1246/SC. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 02.02.1999. Acórdão Eletrônico DJ-01.03.1999.

44 Exceção a essa regra é a ADPF nº 45, que embora não julgue pedido de medicamento ou tratamento médico, versa sobre direito à saúde e faz considerações importantes e inovadoras em relação às demais decisões do STF, ao considerar a questão da limitação dos recursos e o direito à saúde como não absoluto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em: 29.04.2004. DJ- 04.05.2004.

45 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 352-357.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgada em: 26.02.2007. DJ- 05.03.2007.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3.073/ RN. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgada em: 09.02.2007. DJ- 14.02.2007.

mou que a política nacional de saúde deve buscar maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente com o intuito de atingir o maior número possível de beneficiários. Ainda, no segundo caso, o medicamento solicitado, além de ser de custo elevado, não constava na lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde e se encontrava em fase de estudos e pesquisas.

Após essas decisões, a ministra julgou outros casos envolvendo pedido de medicamento ou tratamento médico, ora decidindo procedente<sup>48</sup>, ora improcedente<sup>49</sup>. Os argumentos para negar em geral se repetiam: (i) lesões à ordem pública e administrativa, ao sistema de saúde e à economia pública; (ii) alto custo do que é pedido; (iii) não pertencimento a uma política pública existente. Já os argumentos para conceder se fundamentavam na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades, na continuidade do tratamento e nos efeitos gravíssimos de sua interrupção.<sup>50</sup>

Tendo em vista o aumento de processos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada submetidos ao Supremo Tribunal Federal, o ministro Gilmar Mendes, presidente à época, convocou uma Audiência Pública (que ocorreu em maio de 2009), com fundamento nos arts. 13, XVII<sup>51</sup> e 363, III<sup>52</sup>, do Regimento Interno do STF, para ouvir opiniões de especialistas sobre o tema. Foram abordadas as seguintes proposições: (i) a responsabilidade dos entes da federação em matéria de saúde; (ii) a obrigação estatal quanto ao fornecimento de prestação de saúde prescrita por médico externo ao Sistema Único de Saúde ou sem a prévia formulação do pedido na esfera administrativa; (iii) a obrigação estatal de fornecer prestação de saúde para além das po-

48 Foram julgadas procedentes: as SS 3205,3158,3183,3231, 3429, 3452 e a STA 181.

49 Foram julgadas improcedentes: SS 3073, SS 3263, STA 91 e STA 185.

50 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 352-357. Daniel Wei Liang Wang faz crítica às decisões da Ministra, pela sua incoerência em alguns pontos.

51 Art. 13, XVII, do Regimento Interno do STF: "são atribuições do Presidente: XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal". (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 29/2009).

52 Art. 363, III, do Regimento Interno do STF: "os atos da competência própria do Presidente, em matéria regimental ou administrativa, obedecem à seguinte nomenclatura. III – Despacho – para designar a realização de audiência pública de que trata o art. 13, XVII, deste Regimento". (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 29/2009).

líticas públicas existentes; (iv) a obrigação estatal de fornecimento de medicamento experimental não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA<sup>53</sup> ou desaconselhado pelos protocolos clínicos do SUS; (v) a obrigação de fornecimento estatal de medicamento que não foi objeto de licitação e não previsto em lista oficial; e (vi) as fraudes no SUS.<sup>54</sup>

Após essa Audiência Pública, merece destaque o relevante acórdão referente ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, apensada ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 178. O Tribunal Pleno decidiu que a decisão objeto de agravo revelava grave lesão à ordem, à economia, às finanças e à saúde pública, além de ofensa ao princípio da separação de poderes, à sistemática constitucional de repartição de competências, às disposições normativas concernentes ao SUS, entre outros. O julgado também relaciona a efetividade do direito à saúde com o mínimo existencial, proibição do retrocesso e proibição de excesso.<sup>55</sup>

#### 4. PARÂMETROS JURÍDICOS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS

Diante do cenário de crescente judicialização do direito à saúde, no âmbito dos medicamentos, o Supremo Tribunal Federal tentou uniformizar algumas questões: (i) se um medicamento que consta na lista dos que a Administração Pública se compromete a fornecer, mas que não é fornecido, dá direito ao cidadão de reivindicá-lo judicialmente; (ii) como proceder caso o remédio pleiteado não constar na lista ou se além disso, for proibido no Brasil.

A matéria foi tratada nas decisões monocráticas dadas nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175 e 178<sup>56</sup> e também na 244<sup>57</sup>.<sup>58</sup> Hou-

53 O STF, em 17 de novembro de 2011, por meio do RE nº 657.718/MG, reconheceu a repercussão geral da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na ANVISA. O mencionado recurso ainda não foi julgado.

54 MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à saúde e Acesso a Medicamentos**: em busca de parâmetros para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 150-151.

55 MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à saúde e Acesso a Medicamentos**: em busca de parâmetros para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 152-153.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 30.04.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 178. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 28.09.2009.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 244. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 24.09.2009.

58 Posteriormente o CNJ conferiu efeitos erga omnes ao entendimento do STF e publicou a Recomendação nº 31, de 30.03.2010. Dentre as recomendações, destacam-se: (i) evitar autorizar o fornecimento de medi-

ve uma audiência pública no STF para fornecer ao Tribunal melhores elementos para a decisão<sup>59</sup>. À época, o ministro Gilmar Mendes afirmou que na maior parte dos casos submetidos ao Judiciário, o SUS já possui políticas públicas referentes ao que é pleiteado, logo, a questão estaria na omissão ou má prestação de protocolos já estabelecidos (e não de interferência judicial quanto à discricionariedade da Administração Pública) frente a um direito líquido e certo do administrado. Outra é a situação quando “a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS”, pois que aí o Judiciário deve avaliar se tal fato “decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer ou de uma vedação legal à sua dispensação”. Assim, “o segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”.<sup>60</sup>

Com o intuito de racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos, Luís Roberto Barroso estipulou alguns parâmetros, tanto em relação às ações individuais quanto em relação às ações coletivas.

Nas primeiras, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. É presumido que o Legislativo e o Executivo ao elaborarem tais listas, avaliaram, primeiramente, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, e também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.<sup>61</sup>

Em que pese o parâmetro supracitado, o Judiciário pode reexaminar a lista elaborada para determinar a inclusão de determinado medicamento, caso verifique desvio na avaliação dos Poderes Públicos. A alteração dessas listas pode ser objeto de discussão apenas no âmbito

---

camentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; (ii) ouvir, quando possível, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência. A Recomendação nº 31 está disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2017.

59 Este tema será tratado mais detalhadamente no tópico seguinte.

60 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: Clève, Clèmerson Merlin; Freire, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91-92. A decisão vai além das questões postas na ADPF nº 45 onde o ministro Celso de Mello colocou como parâmetros para a intervenção judicial em questões “políticas” a análise da “reserva do possível”, do “mínimo existencial” e do “princípio da proporcionalidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em: 29.04.2004. DJ- 04.05.2004.

61 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p.54-55.

de ações coletivas ou por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias, visto: (i) produzirem efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade no atendimento da população; (ii) examinarem-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro justiças; e (iii) exigirem um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, já que em sede individual em regra não ocorre.<sup>62</sup>

Nesse cenário de alteração das listas, é possível ainda a utilização de alguns parâmetros complementares pelo Judiciário, quais sejam: (i) este só pode determinar a inclusão na lista de medicamento de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; (ii) deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; (iii) deverá optar pelo medicamento genérico<sup>63</sup>, de menor custo; e (iv) deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. Ainda, o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido.<sup>64</sup>

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira também estabelece parâmetros, visando contribuir para a concretização do direito de acesso a medicamentos: (i) a verificação da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação judicialmente pleiteada; (ii) a verificação da existência de política pública de assistência farmacêutica e a priorização de medicamentos constantes das listas oficiais; (iii) a excepcionalidade do fornecimento de medicamentos não disponíveis no mercado farmacêutico brasileiro; (iv) a priorização do fornecimento de medicamentos genéricos; (v) a impossibilidade do fornecimento de medicamentos não homo-

62 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p.58-59.

63 Art. 3º, XXI, da Lei nº 6.360/76: "Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI". (Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999)

64 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007. p.58-61.

logados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>65</sup>; e (vi) os limites inerentes às ações judiciais individuais em matéria de controle de políticas públicas de dispensação de medicamentos.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 1.657.156, de relatoria do ministro Benedito Gonçalves, sob o rito dos repetitivos, aprecia a questão do fornecimento de medicamentos. Em 24 de maio de 2017 suspendeu, a nível nacional, todos os processos que visam debater o fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na portaria 2.982/09 do Ministério da Saúde (programa de medicamentos excepcionais).

Em sessão de 27 de setembro de 2017, o ministro Benedito Gonçalves votou no sentido que a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) apresentação de laudo médico que ateste o caráter imprescindível do remédio para o tratamento; (ii) insuficiência financeira do paciente; e (iii) registro do medicamento na Anvisa. Após amplo debate, pediu vista a ministra Assusete Magalhães.

## 5. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471/RN E OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Com relação aos medicamentos de alto custo, embora a jurisprudência do STF seja pacífica acerca do tema da responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos<sup>66</sup>, ainda

65 O art. 12 da lei nº 6.360/76 expressamente veda a industrialização, venda ou entrega a consumo de insu-  
mos farmacêuticos e similares não registrados na ANVISA. No entanto, a lei nº 9.782/99 prevê como exce-  
ção a essa regra a possibilidade de a ANVISA dispensar o registro de medicamentos adquiridos via orga-  
nismos internacionais multilaterais, desde que para utilização, pelo Ministério da Saúde, em programas  
direcionados à saúde pública". Nesse sentido, o enunciado nº 6, aprovado na I Jornada de Direito da Saú-  
de do Conselho Nacional de Justiça preleciona que "a determinação judicial de fornecimento de fárma-  
cos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas  
as exceções expressamente previstas em lei". CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados  
na I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 08 dez.  
2017. Da mesma maneira o enunciado nº 50 da II Jornada de Direito da Saúde dispõe que "salvo prova  
da evidência científica e necessidade preemente, não devem ser deferidas medidas judiciais de aces-  
so a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferi-  
das medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais". CONSELHO  
NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na II Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>.  
Acesso em: 08 dez. 2017

66 O STF reafirmou este entendimento em sede de Repercussão Geral no RE 855.178/PE, julgado em  
05.03.2015 e que teve como relator o Min. Luiz Fux.

não há um consenso quanto à obrigatoriedade (ou não) de fornecimento pelo Poder Público deste tipo de medicamento e se o mesmo corresponde a equivalente direito subjetivo individual. A matéria, que é foco de Repercussão Geral pelo RE 566.471/RN,<sup>67</sup> aguarda o julgamento final.

Imaginando que o Supremo Tribunal Federal venha a decidir que o acesso gratuito a medicamentos de alto custo não constitui direito subjetivo em face do Estado, todas as ações judiciais sobre tais medicamentos, independentemente do caso concreto, perderiam seu fundamento jurídico. De outra maneira, caso o STF entenda que a assistência farmacêutica de alto custo corresponda a direito subjetivo do cidadão perante o Estado, isso poderá implicar o reconhecimento automático da procedência dessas demandas, desconsiderando as circunstâncias fáticas de cada caso concreto.<sup>68</sup>

Sendo assim, o Estado teria que fornecer todo e qualquer medicamento que viesse a ser requerido. Esse entendimento, além de contrariar o parâmetro da racionalidade no acesso a medicamentos, poderia até dispensar a prova da necessidade do tratamento, o que se torna inviável. O que deve ocorrer, contudo, é que a verificação da pertinência desse direito permaneça dependente das circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

Em 28 de setembro de 2016 o STF deu continuidade ao julgamento do RE 566.471/RN. O julgamento foi interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, havendo votado o Ministro-Relator Marco Aurélio Mello, voto-vista do Ministro Luis Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin.

O ministro Marco Aurélio (relator) aditou o voto proferido na sessão anterior. Ele propôs a seguinte tese: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos arti-

67 Ementa do acórdão: MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO – OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DO ESTADO – PARÂMETROS – DEFENSORIA PÚBLICA – ASSISTÊNCIA – ADMISSÃO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

68 ANDRADE, Ricardo Barretto de. **O Direito à Assistência Farmacêutica na Experiência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2012, 144f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília. p. 99 e ss.

gos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso. Para o relator, a existência de familiar possuidor de meios para prover os custos do remédio, sem prejuízo de vida econômica normal e gratificante, poderia ser apontada como fato extintivo do direito pleiteado

O Ministro Barroso impôs cinco requisitos cumulativos para a garantia de medicamento de alto custo sem registro na ANVISA: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

Já o ministro Fachin propôs os seguintes parâmetros: (i) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; (ii) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; (iii) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; (iv) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e (v) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

O julgamento sobre a possível obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos de alto custo foi interrompido com três votos distintos do ponto de vista prático. Esta foi a última sessão plenária em que foi discutido o caso.

Neste ponto vale apresentar as proposições de Daniel Castanha de Freitas, as quais pretendem aprimorar e racionalizar a judicialização dos medicamentos de alto custo: (i) essencialidade de realização de perícia técnica judicial para fundamentar decisões que concedem tais fármacos, contestando o uso indiferenciado do mandado de segurança, em razão da impossibilidade de dilação probatória; (ii) a Justiça Federal como única instância adequada para lidar com os processos relativos aos fármacos de alto custo, tendo em vista ser a União responsável constitucional pela

salvaguarda do sistema público de saúde, além de possuir melhor estrutura e menos fluxo de processos quando comparada à Justiça Estadual; (iii) ações coletivas, que tratam de direitos transindividuais de grandes parcelas da coletividade,<sup>69</sup> em vez de ações individuais, que destruíram o SUS.<sup>70</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação material de medicamentos pelo Estado se trata de tema complexo, tendo em vista a excessiva judicialização e a falta de parâmetros objetivos para sua concessão.

Em que pese a tentativa doutrinária e jurisprudencial de estabelecer padrões, estes se mostram discrepantes entre si, de modo que, apesar da evolução adquirida, ainda há muito a se trilhar, rumo a tutelas administrativa e judicial igualitárias.

Na esteira do defendido por Daniel Wunder Hachem, frente a um vazio normativo que dificulta a identificação adequada do conteúdo do direito à saúde e dos respectivos deveres administrativos, há um direito do cidadão, de natureza transindividual, à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais, por meio de atos administrativos regulamentadores<sup>71</sup>. Essa disciplina jurídico-normativa é indispensável para que se alcance o conteúdo integral dos direitos fundamentais. Sendo assim, no âmbito do direito à saúde, é necessário que a Administração Pública: (i) por meio dos seus poderes hierárquico e regulamentar, crie órgãos e regulamente-os, para que se atinja agilidade, eficiência e eficácia na

69 Sobre o tema, conferir: VALLE, Vivian Cristina Lima López; BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça A. **A interpretação da teoria dos direitos fundamentais sociais pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito das ações coletivas em matéria de saúde: uma análise empírica.** No prelo.

70 FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamento de alto custo: entre Administração Pública e Poder Judiciário.** Curitiba, 2016, 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. p. 129.

71 Esta normatização visa atender a dois propósitos, ligados ao direito à tutela administrativa efetiva: (i) impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação praeter legem ou contra legem para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social; e (ii) obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p.483.

prestação do serviço público de saúde; (ii) determine procedimentos e estipule critérios e parâmetros para o acesso ao direito à saúde; e (iii) estabeleça regras que visem à proteção desse direito contra agressões de particulares. Sendo assim, “quanto mais clareza houver no ordenamento jurídico a respeito do que cada indivíduo pode exigir do Estado, maior será o seu nível de exigibilidade”<sup>72</sup>

## 7. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ricardo Barretto de. **O Direito à Assistência Farmacêutica na Experiência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2012, 144f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília.
- ANVISA. Recomendação nº 31. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br///images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2017.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: Clève, Clèmerson Merlin; Freire, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 31-61, 2007.
- BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça A.; COSTA, Renan Gustavo Ziemer da. A responsabilidade civil do Estado por ineficiência na prestação do serviço público de saúde: uma análise à luz da teoria da faute du service. **Revista da AGU**, Brasília, v.16, nº 04, p. 307 - 340, out./dez. 2017.

72 HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p.484-485. O direito em questão tem por objeto todos os regulamentos administrativos lato sensu, compreendidos como atos administrativos normativos, gerais e abstratos, baixados pelos vários órgãos e autoridades que integram a Administração Pública, e não apenas os regulamentos stricto sensu. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 323 e ss.

- BRASIL. Ministério da Saúde. Anexo da Portaria nº 3916 de 30/10/1998. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-92-29-1998-10-30-3916>>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 656.979/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 7/3/2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3.073/RN. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgada em: 09.02.2007.DJ- 14.02.2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgada em: 26.02.2007.DJ- 05.03.2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 273.834. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 31.10.2000. Acórdão Eletrônico DJ-02.02.2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 271286. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12.09.2000. Acórdão Eletrônico DJ-24.11.2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em: 29.04.2004. DJ- 04.05.2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 1246/SC. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 02.02.1999. Acórdão Eletrônico DJ- 01.03.1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 774.391/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJE 19/3/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 198.265. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 19.09.2001. Acórdão Eletrônico DJ-21.11.2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 232.335. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 01.08.2000. Acórdão Eletrônico DJ-25.08.2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.381, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 17/6/2011.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 30.04.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 178. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 28.09.2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 244. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 24.09.2009.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na II Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fc-c1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2017.
- FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamento de alto custo**: entre Administração Pública e Poder Judiciário. Curitiba, 2016, 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.
- LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 64, p. 105-130, nov./dez. 2010.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos Municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à saúde e Acesso a Medicamentos**: em busca de parâmetros para a tutela judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos sociais. Coimbra: Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Pautas para estabelecer políticas farmacêuticas nacionais**. Genebra: OMS, 1988.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- POMPEO, Carolina. Gastos da União com demandas judiciais de saúde crescem 500%. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandas-judiciais-de-saude-crescem-500-439sjmi7gp0wwarfocypkl5tl](http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandas-judiciais-de-saude-crescem-500-439sjmi7gp0wwarfocypkl5tl).
- Resolução WHA 28.66, da 28ª Assembléia Nacional da Saúde.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001. p. 103.
- TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, p. 79-115, jan./abr. 2010. p. 91-92. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8047/6837>>. Acesso em: 05 dez. 2017.
- UOL NOTÍCIAS. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

- VALLE, Vivian Cristina Lima López; BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça A. **A interpretação da teoria dos direitos fundamentais sociais pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito das ações coletivas em matéria de saúde: uma análise empírica.** No prelo.
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde.** São Paulo, 2009, 104f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.





# ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS COLETIVOS DE PLANOS DE SAÚDE

## *LEGAL ASPECTS OF COLLECTIVE HEALTH INSURANCE CONTRACTS*

### **CAMILA JORGE UNGARATTI**

Advogada, especialista em Direito da Saúde pela Universidade Positivo (2016). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2013). Graduada pela FAE Centro Universitário Franciscano do Paraná (2011).

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Panorama jurídico dos planos de saúde no Brasil – 3. Peculiaridades dos contratos coletivos de planos de saúde: 3.1 Considerações iniciais; 3.2. Contratação do plano coletivo: tratativas entre pessoas jurídicas e delimitação do rol de beneficiários; 3.3 Ingresso do beneficiário e submissão ao cumprimento de carências e coberturas parciais temporárias; 3.4 Portabilidade de carências nos planos coletivos; 3.5. Sobre a contribuição mensal; 3.6. Forma de Reajuste; 3.7. Rescisão do Contrato Coletivo: 3.7.1. Requisitos (ou hipóteses) para a rescisão e o entendimento jurisprudencial a respeito do tema; 3.7.2. Situação dos beneficiários após a rescisão; 3.8. Rescisão de vínculo com beneficiário nos contratos coletivos: 3.8.1. Beneficiários do plano coletivo empresarial: Perda do vínculo empregatício e permanência no plano; 3.8.2. Beneficiários do plano coletivo por adesão – 4. (In) aplicabilidade do CDC aos contratos coletivos - 5. Conclusão – Referências.

**Resumo:** O presente estudo tem o objetivo apresentar aspectos acerca do regime jurídico dos contratos coletivos de plano de saúde comercializados no Brasil, conforme os ditames da Lei nº 9.656/98 e normas da ANS, bem como verificar a aplicabilidade das regras do direito do consumidor a esse perfil contratual, tudo à luz da legislação, doutrina e entendimento jurisprudencial aplicáveis ao tema.

**Abstract:** The present study aims to present aspects about legal system of collective health insurance contracts sold in Brazil, since the formation of the contract, including its execution, and the possibility of termination, as well as verify the applicability of rules of consumer law to that contractual profile, in accordance with the legislation, doctrine and case law applicable to understanding theme.

**Palavras-chave:** plano de saúde; contrato; coletivo.

**Key words:** Health insurance; contract; collective.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal coloca a saúde como um direito social e dever do Estado (artigos 6º e 196), dando à iniciativa privada a possibilidade de também prestar esta assistência. Aqui estão os planos privados de assistência à saúde, que por meio de uma atividade suplementar, oferecem cobertura continuada de serviços de assistência médica, hospitalar e odontológica, mediante remuneração.

Atualmente, no Brasil, existem três modalidades de planos de saúde: o individual/familiar, o coletivo por adesão e o coletivo empresarial, conforme definido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Partindo da especificação dos diplomas legais e conceitos incidentes sobre a generalidade dos planos de saúde, este estudo chegará às especificidades dos contratos coletivos, notadamente quanto à formação dos instrumentos jurídicos, com ajuste de preço e cobertura, além de detalhar as formas de reajuste das mensalidades. Posteriormente, o estudo abordará as possibilidades de rescisão contratual e a situação dos beneficiários após a rescisão, além de analisar de incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos coletivos de planos de saúde.

De início, ressalta-se que há pouca produção doutrinária a respeito deste tema, justificando-se, desde logo, a razão pela qual o estudo foi construído, principalmente, a partir da análise de diplomas legais e à luz do entendimento jurisprudencial.

Especialmente, em virtude do número de beneficiários envolvidos nas contratações coletivas, que representam, conforme se verá, mais de setenta por cento dos contratos de planos de saúde ativos no Brasil, o artigo tem como objetivo detalhar as especificidades jurídicas das duas modalidades jurídicas de contratos coletivos.

## 2. PANORAMA JURÍDICO DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

Os contratos de planos de saúde estão há muito tempo na pauta de calorosas discussões. Anteriormente regidos exclusivamente pelas regras do Decreto-Lei n.º 73/66<sup>1</sup> (que dispunha sobre seguros privados e segu-

1 BRASIL. Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm)> Acesso em: 15 abr. 2016.

ros-saúde) e normas gerais dos contratos previstas no Código Civil (CC)<sup>2</sup>, submetendo-se também aos princípios contratuais civilistas (especialmente a boa-fé e o cumprimento de sua função social), os contratos de planos de saúde passaram a sofrer grande impacto a partir de 1990 com o advento do CDC (Lei n.º 8.078/1990)<sup>3</sup>.

Ao longo dos anos, a aplicação do diploma consumerista aos contratos de plano de saúde passou a ser cogente e irrestrita pelo Judiciário, levando o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já no ano de 2010, a editar a Súmula n.º 469, que diz: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”<sup>4</sup>.

Após o advento do CDC, no ano de 1998, uma legislação específica passou a incidir sobre os contratos de planos de saúde. A Lei n.º 9.656/98<sup>5</sup> regulamenta a atividade dos planos de saúde e estabelece o rol mínimo de cobertura assistencial àqueles que contratassem planos a partir de então<sup>6</sup>. No ano 2000, foi promulgada a Lei n.º 9.961<sup>7</sup>, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), responsável por regulamentar e fiscalizar a atividade da saúde suplementar no Brasil. Ambas as leis, até hoje em vigor, regulam especificamente a saúde suplementar no Brasil.

De acordo com a Lei n.º 9.656/98, as operadoras de planos de saúde, responsáveis pela comercialização dos planos<sup>8</sup>, podem disponibilizar três modalidades de contratação: plano individual ou familiar, coletivo empre-

2 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) > Acesso em 03 jun. 2016.

3 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) > Acesso em 15 abr. 2016.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 469. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27469%27#DOC1> > Acesso em 15 abr. 2016.

5 BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm) > Acesso em 15 abr. 2016.

6 O presente artigo não ignora a existência de contratos anteriores à vigência da Lei n.º 9.656/98. No entanto, a análise tem como objetivo os contratos firmados após a vigência desta legislação, especialmente porque há o entendimento no sentido de que mesmo os contratos anteriores e não adaptados à Lei n.º 9.656/98 são a ela submetidos, vez que os contratos de planos de saúde são de trato sucessivo e se renovam automaticamente. Nesse sentido, a posição de Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, in Lei dos planos e seguros saúde comentada: artigo por artigo. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 263.

7 BRASIL. Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm) > Acesso em 15 abr. 2016.

8 Lei n.º 9.656/98, Art. 1º, II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;”

sarial e coletivos por adesão<sup>9</sup>. A conceituação dessas modalidades foi dada pela ANS, por meio da Resolução Normativa – RN n.º 195/2009<sup>10</sup>.

De acordo com a RN n.º 195 (art. 3º<sup>11</sup>), plano familiar ou individual é aquele contratado por livre vontade de pessoas físicas, cuja cobertura é destinada a sua própria saúde ou grupo familiar. Os contratos coletivos empresariais, definidos no art. 5º da RN n.º 195<sup>12</sup>, são destinados à assistência à saúde de pessoas que mantenham vínculo empregatício ou estatutário com a pessoa jurídica contratante. Já os planos coletivos por adesão, definidos no art. 9º da RN n.º 195 e em todos os seus incisos<sup>13</sup>, são aqueles com cobertura destinada às pessoas físicas, indicadas no dispositivo normativo, que mantenham vínculo com pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

Do conteúdo da RN n.º 195 se extrai uma peculiaridade importante que diferencia os planos coletivos dos planos individuais. Enquanto nos planos individual/familiar a contratação é realizada pelo próprio beneficiário junto à operadora de plano de saúde, nos planos coletivos o ajuste ocorre entre pessoas jurídicas (operadora e a empresa interessada em contratar o plano), as quais ficam responsáveis por definir como será a cobertura destinada à coletividade de beneficiários que permanecerão vinculados ao plano, segundo seus critérios de elegibilidade. De todo o modo, mesmo apresentando diferenças elementares entre si, os contratos individuais e coletivos compartilham de conceitos básicos, dos quais se destacam: cobertura, períodos de carência, cobertura parcial temporária e reajuste.

9 Lei n.º 9.656/98, Art. 16, VII - o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; (...).

10 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 195, de 14 de julho de 2009. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

11 RN n.º 195, Art. 3º Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar.

12 RN n.º 195, Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

13 RN n.º 195, 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; e (...).

No que tange às coberturas, “os planos privados de assistência à saúde devem cobrir todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, tudo dentro da abrangência e dos limites fixados na Lei e no contrato celebrado entre as partes (...)”<sup>14</sup>. Tanto os planos individuais como os coletivos devem oferecer o denominado “Plano-Referência”, criado pela Lei n.º 9.656/98 (arts. 10 e 12<sup>15</sup>), cuja normatização é complementada por Resoluções Normati-

14 CECHIN, José. A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva: Letras & Lucros, 2008. p. 143.

15 Lei n.º9656/98, 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:(...)

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que trata o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes; II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos; g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar; III - quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; IV - quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral; V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trinta dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que trata o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

vas bienais editadas pela ANS, as quais estipulam e definem o rol mínimo de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, tendo como referência as diretrizes da Organização Mundial da Saúde<sup>16</sup>.

Assunto comum também é a eventual necessidade do cumprimento de períodos de carência, que segundo a doutrina, “equivalem a condições suspensivas, ou seja, períodos em que não obstante o regular pagamento das mensalidades pelos beneficiários, certos serviços não são custeados pelas operadoras”<sup>17</sup>. A título exemplificativo, o contrato poderá prever carência de 24 (vinte e quatro) horas para realização de exames, 30 (trinta) dias para consultas e 180 (cento e oitenta) dias para a realização de procedimentos de maior complexidade. Importante observar que a Lei nº 9.656/98, em seu artigo 12, inciso V, estabelece os prazos máximos de carência que os contratos de planos de saúde podem estipular. Vale registrar que o usuário poderá aproveitar aquelas já cumpridas quando optar por mudar de operadora, formalizando um novo contrato. Trata-se da chamada “portabilidade”, prevista no inciso I do Parágrafo Único do art. 13 da Lei n.º 9.656/98<sup>18</sup> e regulamentada pela ANS através da RN n.º 186/2009<sup>19</sup>.

De acordo com o inciso VII do art. 2º da referida RN<sup>20</sup>, a portabilidade de carências se dá quando, havendo a contratação de um plano privado de assistência à saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, o beneficiário fica dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária. Já a Cobertura Parcial Temporária (CPT) está vinculada às doenças e lesões preexistentes (DLP), significando que nos primeiros dois anos da vigência do contrato o beneficiário não contará com cobertura de procedimentos de alta complexidade destina-

16 Atualmente está em vigor o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que entrou em vigor em 01/01/12016. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano\\_de\\_saude\\_e\\_Operadoras/Area\\_do\\_consumidor/rol/ROL2016\\_listagem\\_procedimentos.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/ROL2016_listagem_procedimentos.pdf)> Acesso em 15 abr. 2016.

17 CECHIN, 2008. p. 150.

18 Lei nº 9.656/98, Art. 13, Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: I - a recontagem de carências;(…).

19 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM40Q>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

20 RN n.º186, Art. 2º, VII, portabilidade de carências: é a contratação de um plano privado de assistência à saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, com registro de produto na ANS, em operadoras, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, individual ou familiar ou coletivo por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária; (…).

dos ao tratamento de lesões preexistentes<sup>21</sup>. O art. 11 da Lei n.º9.656/98<sup>22</sup>, regulamentado pela RN n.º162/2007 da ANS<sup>23</sup>, determina que nos casos de CPT, além da limitação de cobertura por até vinte e quatro meses, a operadora poderá oferecer um acréscimo de valor (agravo de preço), passando o beneficiário a ter cobertura integral. De modo geral, ou o beneficiário arca com valores maiores do que os normalmente praticados para o produto ao qual está vinculado, e atrai a cobertura para a doença preexistente ou permanecerá pagando o preço usual, ficando sem a referida cobertura pelo período de até vinte e quatro meses.

Ponto comum entre as modalidades de planos está relacionado à forma de variação do valor das mensalidades. Conforme dicção legal e normativa da ANS, as mensalidades ajustadas em contratos de planos de saúde sofrem mudanças de preço, que poderão ocorrer de três formas distintas<sup>24</sup>: a) anual e com índices definidos pela ANS (aplicada somente aos contratos individuais); b) anual por sinistralidade (aplicada somente aos contratos coletivos)<sup>25</sup> e; c) por faixa etária (aplicável a todas as modalidades de contratação). Corriqueiramente, tais atualizações são denominadas reajustes. No entanto, vale o registro de que as variações de preço aqui citadas não reúnem os elementos necessários para a configuração do reajuste que, nas palavras de Marçal Justen Filho, revelam-se como alterações “dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias”<sup>26</sup>. No caso dos planos de saúde, as variações de preço representam, em verdade, uma recomposição de preço com o intuito de reaver o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, após a ocorrência de determinado evento e/ou do transcurso de certo período de tempo. Marçal Justen Filho bem distingue estas duas modalidades:

21 CECHIN, 2008. p. 151.

22 Lei n.º9.656/98, Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

23 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 162, de 17 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTlyMw>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

24 RN n.º195, art. 19, §1º Considera-se reajuste qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato.

25 CECHIN, 2008. p. 158.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2006.p. 550.

A recomposição de preços é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove a adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio.<sup>27</sup>

Tal distinção, no entanto, não é realizada pelo Judiciário e pela doutrina, que usualmente tratam todas as variações de preço como se reajuste fosse. Somente por tal razão, neste estudo, as variações de preço serão tratadas como reajuste.

Feitas as considerações a respeito dos temas comuns aos contratos de planos de saúde, passa-se à análise da forma de aplicabilidade de tais conceitos nos contratos coletivos.

### 3. PECULIARIDADES DOS CONTRATOS COLETIVOS DE PLANOS DE SAÚDE

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, os contratos coletivos representam grande parte dos contratos de planos de saúde, sendo que algumas operadoras, inclusive, deixaram de comercializar planos individuais. De acordo com a ANS, até dezembro/2016, dos 47.900.000 beneficiários de planos de saúde, 38.300.000 são beneficiários de coletivos (empresariais e por adesão), contra 9.400.000 de contratos individuais<sup>28</sup>. E o que atrai a adesão a este tipo de contrato é, de modo geral, o preço. Bem inferior ao praticado nos contratos individuais/familiares, o valor das mensalidades é reduzido nesta modalidade de contratação em virtude da possibilidade de negociação da cobertura e número elevado de beneficiários<sup>29</sup> que compõem o grupo de vidas a integrar o contrato.

27 JUSTEN FILHO, 2006. p. 748.

28 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados consolidados saúde suplementar: Atualizado até 12.2016. <Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>> Acesso em 20 dez. 2017.

29 Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 7-14. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BA-de-p%C3%A1g-7-14.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BA-de-p%C3%A1g-7-14.pdf)> Acesso em 30 mai. 2016.

A vantagem para a operadora de plano de saúde está na adesão de um grande número de beneficiários (e dependentes) que passarão a contribuir mensalmente para o plano. E aqui vale a ressalva de que a operadora não é beneficiada somente pelo grande número de beneficiários aderindo de uma só vez ao contrato, gerando capital, mas também pela quantidade de pessoas que permanecerão contribuindo mensalmente ao plano, auxiliando no financiamento da execução da atividade<sup>30</sup>, mas com pouca ou nenhuma utilização da cobertura assistencial. Aplica-se aqui a lógica geral de diluição de risco decorrente do mutualismo (que é próprio de contratos desta natureza), de modo que beneficiários sadios utilizarão menos serviços, mas continuarão a contribuir mensalmente, auxiliando no financiamento dos tratamentos de beneficiários doentes.

Em contrapartida, com a adesão de número considerável de beneficiários, a baixa precificação das mensalidades torna a contratação mais vantajosa para quem busca a cobertura. Nos planos coletivos empresariais, por exemplo, as pessoas jurídicas encontram no oferecimento deste benefício (com ou sem participação financeira do beneficiário) uma verdadeira ferramenta de recursos humanos. Trata-se de mais um atrativo a ser oferecido aos funcionários que podem melhorar a produtividade e aliviar o sistema público de saúde, sem que, por lei, importem em forma de remuneração (com as consequências legais daí decorrentes), conforme disciplinado pelo artigo 458, §2º da CLT, e na exposição de motivos<sup>31</sup> da Lei nº 10.243/2001 (que dá a redação do artigo da CLT retro indicado)<sup>32</sup>.

30 AYRES, Marcela. Os prós e os contras de ter um plano de saúde coletivo. Revista Exame. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/os-pros-e-contras-de-ter-um-plano-de-saude-coletivo>> Acesso em 30 mai. 2016.

31 *"A proposta modifica, ainda, o §2º do art. 458 da CLT, que dispõe sobre o salário in natura, para determinar que os benefícios, concedidos pelo empregador, relativos a educação, transporte, assistência médica, hospitalar e odontológica, seguros de vida e de acidentados pessoais e previdência privada, não integram o salário. A carência de serviços e benefícios sociais indica a conveniência de estimular as empresas a concederem benefícios que proporcionem aos trabalhadores maior segurança e satisfação, sem ônus subsequente de outra natureza. A proposta atende a essas expectativas desvinculando tais benefícios do salário"* (destacamos).

32 BRASIL. Lei n. 10.243, de 19 de junho de 2001. Acrescenta parágrafos ao art. 58 e dá nova redação ao § 2º do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10243.htm)> Acesso em 16 jun. 2016.

### 3.2. CONTRATAÇÃO DO PLANO COLETIVO: TRATATIVAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS E DELIMITAÇÃO DO ROL DE BENEFICIÁRIOS

Os contratos coletivos apresentam modalidades distintas de contratação. Pessoas jurídicas firmam contratos de assistência à saúde cuja cobertura será destinada a terceiros. A contratação pode contar ainda com a intermediação entre a contratante e o plano de saúde, realizada pela chamada “administradora de benefícios”, cujo espaço de atuação é previsto no art. 23 da RN n.º 195<sup>33</sup> e regulamentada na RN n.º 196/2009<sup>34</sup>. De acordo com o art. 2º da RN 19635, a administradora de benefícios é a pessoa jurídica responsável por intermediar a contratação de um plano de saúde coletivo, auxiliando na negociação e na formação do contrato.

O que se verifica é que há rol taxativo de pessoas jurídicas que poderão firmar contratos coletivos<sup>36</sup>. Ao fixar um rol fechado, buscou-se evitar o crescimento de contratações dos denominados planos “falsos coletivos”, que deixam o beneficiário desprotegido e suscetível às práticas abusivas. De acordo com o estudo realizado pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) em parceria com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), no Estado de São Paulo, algu-

- 
- 33 RN n.º 195, Art. 23 As pessoas jurídicas de que trata esta resolução poderão reunir-se para contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, podendo tal contratação realizar-se: I – diretamente com a operadora; ou II – com a participação de administradora de benefícios, nos termos do artigo 4o da RN nº 196, de 14 de julho de 2009 que regulamenta as atividades dessas pessoas jurídicas; III – com a participação da Administradora de Benefícios na condição de estipulante do contrato firmado com a operadora de plano de assistência à saúde, desde que a Administradora assumo o risco decorrente da inadimplência da pessoa jurídica contratante, com a vinculação de ativos garantidores suficientes para tanto.
- 34 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 196, de 14 de julho de 2009. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>>. Acesso em: 15 abr. 2016.
- 35 RN n.º 196, Art. 2º Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades: I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de julho de 2009. II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar; III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes; IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como: a) negociação de reajuste; b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e c) alteração de rede assistencial. Parágrafo único. Além das atividades constantes do caput, a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como: I – apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano; II - terceirização de serviços administrativos; III - movimentação cadastral; IV - conferência de faturas; V - cobrança ao beneficiário por delegação; e VI - consultoria para prospectar o mercado, sugerir desenho de plano, modelo de gestão.
- 36 A RN n.º 195, no art. 23, autoriza que as pessoas jurídicas elencadas pela resolução se reúnam para realizar a contratação de um plano coletivo. O grupo poderá realizar a contratação diretamente com o plano ou através da participação de uma administradora de benefícios (tratada pela Resolução Normativa n.º 196/2009), que poderá figurar inclusive como estipulante.

mas operadoras de planos chegavam a indicar que planos coletivos eram aqueles formados por duas ou mais pessoas, sem sequer exigir o vínculo à pessoa jurídica<sup>37</sup>. Embora a mensalidade parecesse mais atrativa num primeiro momento, a dificuldade nestes casos está no fato de que um grupo pequeno de pessoas pode obstar a execução plena do contrato, na medida em que inviabiliza a diluição do risco a novos beneficiários, ficando suscetível a reajustes excessivos de mensalidades, que podem gerar até o rompimento contratual. E foi tentando diminuir a vulnerabilidade dos beneficiários nestas situações que a ANS optou por delimitar as pessoas jurídicas que poderão firmar contratos coletivos.

A ANS também cuidou de especificar quem poderá ser considerado um beneficiário de um plano coletivo. De acordo com o conteúdo da RN n.º195 (art. 5º<sup>38</sup>), considera-se beneficiário do plano coletivo empresarial aqueles que mantiverem vínculo empregatício ou estatutário com a contratante, podendo ser estendido aos sócios, aos seus administradores, aos demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados à pessoa jurídica, bem como aos trabalhadores temporários e ao grupo familiar de todas as categorias anteriores.

De outro modo, de acordo com o art. 9º da RN<sup>39</sup>, podem ser beneficiários de contrato coletivo por adesão aqueles que mantêm vínculo com pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, podendo ser estendido também ao grupo familiar do beneficiário<sup>40</sup>. O que se verifica em todos os casos é a necessidade de que o beneficiário principal seja vinculado à pessoa jurídica contratante.

---

37 Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 7-14. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BAde-p%C3%A1g-7-14.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BAde-p%C3%A1g-7-14.pdf)> Acesso em 30 mai. 2016.

38 RN n.º195, Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

39 RN n.º195, 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: (...).

40 RN n.º195, Art. 9º, §1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

### 3.3. INGRESSO DO BENEFICIÁRIO E SUBMISSÃO AO CUMPRIMENTO DE CARÊNCIAS E COBERTURAS PARCIAIS TEMPORÁRIAS

Como visto, os planos coletivos devem oferecer a cobertura mínima estabelecida pela Lei n.º 9.656/98. No entanto, existem algumas peculiaridades, no que tange ao cumprimento de carências, que tornam os planos coletivos mais atrativos aos beneficiários. Isto porque, atualmente por meio do art. 6º da RN n.º195<sup>41</sup>, a ANS veda a exigência do cumprimento de carência se o plano coletivo empresarial contar com número de beneficiários superior ou igual a 30 (trinta), desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso no plano dentro de 30 (trinta) dias contados da celebração do contrato empresarial ou da sua vinculação à pessoa jurídica contratante.

O mesmo acontece no coletivo por adesão, onde é vedada a exigência de carência se o beneficiário ingressar no plano em até 30 (trinta) dias após a celebração do contrato coletivo (art. 11 da RN n.º195<sup>42</sup>). Se ultrapassado este prazo, novos beneficiários poderão ser incluídos sem a exigibilidade do cumprimento de carência somente no aniversário do plano e desde que preencham dois requisitos: a vinculação à pessoa jurídica contratante tenha ocorrido após os trinta dias da celebração do contrato coletivo, bem como o pedido de inclusão tenha sido formalizado em até trinta dias da data do aniversário do contrato (parágrafos 1º e 2º do art. 11 da RN n.º195<sup>43</sup>). Se o pedido de inclusão ocorrer fora destes prazos, o beneficiário estará sujeito aos períodos de carências estabelecidos pela Lei n.º9.656/98, que variam entre 24 (vinte e quatro) horas e 300 (trezentos) dias, conforme art. 12, V da Lei n.º9.656/98<sup>44</sup>.

Por outro lado, é certo que os beneficiários que ingressam em planos

41 RN n.º195, Art. 6º No plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação a pessoa jurídica contratante.

42 RN n.º195, Art. 11 No plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo.

43 RN n.º195, Art. 11, §1º e 2º: §1º A cada aniversário do contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão será permitida a adesão de novos beneficiários sem o cumprimento de prazos de carência, desde que: I - o beneficiário tenha se vinculado, na forma do artigo 9º, após o transcurso do prazo definido no caput deste artigo; e II - a proposta de adesão seja formalizada até trinta dias da data de aniversário do contrato. §2º Após o transcurso dos prazos definidos no *caput* e no inciso II do §1º poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, nos termos da regulamentação específica, limitados aos previsto em lei.

44 Lei n.º9.656, Art. 12, V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; (...)

de saúde, mesmo nos coletivos, podem apresentar doenças preexistentes à contratação. Nestes casos, os contratos coletivos por adesão poderão conter cláusula de CPT para doenças preexistentes (art. 12 da RN n.º 195<sup>45</sup>), podendo sofrer limitação de cobertura ou o agravamento de preço. Já no plano coletivo empresarial, por sua vez, é vedada a inclusão de CPT se o beneficiário formalizar o pedido de ingresso no plano dentro do prazo de trinta dias da celebração do contrato coletivo ou da sua vinculação à pessoa jurídica contratante (art. 7º da RN n.º 195<sup>46</sup>). Ou seja, o beneficiário do plano coletivo empresarial que ingressar no plano dentro dos prazos previstos, terá cobertura integral, inexistindo a exigência de carência ou de CPT e agravamento de preço.

Ao que parece, o regime de carências e CPT nos planos coletivos é mais benéfico aos usuários, que terão direito à cobertura mínima exigida pela ANS sem a necessidade do cumprimento de períodos de carência.

### 3.4 PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS NOS PLANOS COLETIVOS

Como já adiantado, é possível que um beneficiário contrate um novo plano com o aproveitamento das carências e CPT já cumpridas, utilizando-se da chamada portabilidade de carências. A ANS, por meio da edição da RN n.º 186<sup>47</sup>, estabeleceu que a portabilidade de carências pode ser utilizada por beneficiários de um plano individual ou familiar ou coletivo por adesão<sup>48</sup>. A normativa, no entanto, não tratou dos beneficiários de contratos coletivos empresariais.

Desse modo, um funcionário de uma empresa que tivesse seu vínculo extinto e perdesse o direito a permanecer no plano coletivo empre-

---

45 RN n.º 195, Art. 12 O contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão poderá conter cláusula de agravamento ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, nos termos da resolução específica em vigor.

46 RN n.º 195, Art. 7º No plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários não poderá haver cláusula de agravamento ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação à pessoa jurídica contratante.

47 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM4OQ>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

48 RN n.º 186, Art. 3º O beneficiário de plano de contratação individual ou familiar ou coletiva por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9656, de 1998, fica dispensado do cumprimento de novos períodos de carência e de cobertura parcial temporária na contratação de novo plano de contratação individual ou familiar ou coletivo por adesão, na mesma ou em outra operadora de plano de assistência à saúde, desde que sejam atendidos simultaneamente os seguintes requisitos: (...).

sarial, caso optasse por contratar uma nova modalidade (individual/familiar), não poderia aproveitar as carências já cumpridas. Tratar-se-ia, em verdade, de uma omissão regulamentar por parte da ANS, que deixaria milhares de beneficiários vulneráveis a novos períodos de carência.

Por tal razão, no ano de 2011, a ANS editou as RN n.º252<sup>49</sup> e 279<sup>50</sup> e ampliou as regras para a portabilidade, fazendo com que beneficiários de contratos coletivos empresariais, demitidos sem justa causa ou aposentados, pudessem realizar a portabilidade para novo plano. A partir dessa ampliação, a RN n.º186 passou a contar com nova redação e estabelecendo três novas situações em que poderá haver a portabilidade, dentre elas, a portabilidade especial de carências destinada aos empregados demitidos sem justa causa ou aposentados (art. 7-C<sup>51</sup>).

Disso se extrai que, atualmente, as duas modalidades de contratação coletiva comportam a portabilidade de carências, ainda que em cada uma delas as regras sejam próprias e específicas.

### 3.5. SOBRE A CONTRIBUIÇÃO MENSAL

A partir de contratação de um plano de saúde, nasce para o contratante o dever de arcar com as mensalidades. No caso dos planos coletivos, os contratos poderão ter a figura do patrocinador. De acordo com a doutrina, “o contrato coletivo sem patrocinador é aquele oferecido por pessoa jurídica, cuja adesão será opcional e espontânea do consumidor, que pagará a integralidade das contraprestações pecuniárias diretamente à operadora”<sup>52</sup>. Ainda, “o contrato coletivo com patrocinador é aquele em que a pessoa jurídica contratante paga, parcial ou totalmente, as contraprestações pecuniárias dos consumidores à operadora”<sup>53</sup>.

49 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 252, de 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTcyOA==>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

50 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 279, de 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTcyOA==>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

51 RN n.º186, Art. 7º-C. O ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado ou seus dependentes vinculados ao plano, durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos artigos 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998, poderá exercer a portabilidade especial de carências para plano de saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, em operadoras, na forma prevista nesta Resolução, com as seguintes especificidades: (...).

52 GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 159.

53 GREGORI, 2011. p. 159.

A contratação de um plano com ou sem patrocinador ficará a cargo da conveniência dos contratantes. No entanto, existindo ou não a figura do patrocinador, de acordo com a RN n.º195, tanto no plano coletivo empresarial (art. 8º<sup>54</sup>) quanto no plano coletivo por adesão (art. 13<sup>55</sup>), a responsabilidade pelo repasse do valor total atinente às mensalidades para a operadora será da pessoa jurídica contratante. No caso dos planos coletivos por adesão, ainda há a ressalva expressa de que a operadora de plano de saúde não poderá realizar a cobrança diretamente ao beneficiário (art. 14<sup>56</sup>). Deve, no entanto, constar em cláusula específica no contrato a disciplina relacionada aos casos de inadimplemento contratual por parte do beneficiário, assim como as condições e prazos para pagamento (art. 15<sup>57</sup>). Aqui nasce um problema. Ao vetar a possibilidade de a operadora efetuar as cobranças diretamente dos beneficiários inadimplentes, a RN criou dois ônus de ordem financeira para a pessoa jurídica contratante.

O primeiro deles é o ônus do inadimplemento do beneficiário perante a operadora. Se o art. 13 determina que a contratante é a responsável pelo repasse dos valores à operadora, parece certo que, em caso de inadimplemento dos beneficiários, caberá a contratante o ônus de pagar o valor atinente às mensalidades em atraso e, posteriormente, cobrá-las dos beneficiários. Mas não é só isso. Nem sempre as pessoas jurídicas contratantes possuem a expertise para a realização de atos de cobrança (emissão de boletos, notificações, ajuizamento de demanda, etc.). Desse modo, ou a pessoa jurídica assume o risco e o prejuízo pelo inadimplemento ou realiza a contratação de empresas especializadas que auxiliem no ressarcimento das quantias em atraso. E as administradoras de benefícios têm essa função<sup>58</sup>.

54 RN n.º 195, Art.8º O pagamento dos serviços prestados pela operadora será de responsabilidade da pessoa jurídica contratante.

55 RN n.º 195, Art. 13 O pagamento dos serviços prestados pela operadora será de responsabilidade da pessoa jurídica contratante.

56 RN n.º 195, Art. 14 A operadora contratada não poderá efetuar a cobrança da contraprestação pecuniária diretamente aos beneficiários

57 RN n.º 195, Art. 15 O contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão deverá conter cláusula específica que discipline os casos de inadimplemento por parte dos beneficiários, bem como as condições e prazo de pagamento.

58 RN n.º196, Art. 2º (...) Parágrafo único. Além das atividades constantes do caput, a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como: I - apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano; II - terceirização de serviços administrativos; III - movimentação cadastral; IV - conferência de faturas; V - cobrança ao beneficiário por delegação; e VI - consultoria para prospectar o mercado, sugerir desenho de plano, modelo de gestão.

A partir destas considerações, o que se vê é que a RN n.º195 fez praticamente nascer a obrigatoriedade de contratação da administradora de benefícios para a realização de tais cobranças. Tais imposições, mesmo que tácitas, evidenciam a onerosidade excessiva para a pessoa jurídica contratante, que ficará responsável pelo adimplemento das parcelas, responderá diretamente por eventual inadimplemento dos beneficiários e ainda arcará com os custos da contratação da administradora de benefícios. Tais questões podem servir de desestímulo para a contratação de planos coletivos por parte destas pessoas jurídicas.

### 3.6. FORMA DE REAJUSTE

O tema reajuste é talvez o dono das maiores polêmicas envolvendo os contratos coletivos e três são as modalidades aplicáveis<sup>59</sup>. Ao contrário dos contratos individuais, que sofrem o reajuste nos percentuais fixados pela ANS, os contratos coletivos sofrem reajuste anual segundo critérios de apuração previamente pactuado pelos contratantes<sup>60</sup>, cabendo à ANS o monitoramento da variação de mensalidades a fim de verificar sua regularidade e inexistência de abusividade. Desse modo, o índice anual de reajuste dos contratos coletivos deve ser comunicado à ANS no prazo de 30 (trinta) dias após a sua implementação, nos termos da Instrução Normativa IN n.º13 da ANS<sup>61</sup>.

Preocupando-se com os pequenos grupos, a ANS passou a editar regras para a proteção dos contratos coletivos que possuem menos de trinta beneficiários. De acordo com a RN n.º 309/2012<sup>62</sup>, as operadoras deverão agrupar os contratos que possuem menos de trinta beneficiários e aplicar um reajuste único a todos eles, buscando melhor diluição do risco e maior equilíbrio no cálculo de reajuste.

59 CECHIN, 2008. p. 158.

60 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Reajuste anual de planos de saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2888-reajuste-anual-de-planos-de-saude-2>> Acesso em 29 mai. 2016.

61 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Instrução Normativa – IN Nº 13, DE 21 DE JULHO DE 2006 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&ancora=&id=MTA30A>> Acesso em 31 mai. 2016.

62 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 309, de 24 de outubro de 2012. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mj4Mg==>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

De acordo com a ANS, os índices aplicáveis aos contratos coletivos não são muito diferentes dos aplicados nos contratos individuais. A ANS já esclareceu que, em algumas oportunidades, os índices de reajuste dos contratos coletivos ficaram abaixo dos fixados por ela para os contratos individuais e alguns contratos com menos de trinta beneficiários sequer sofreram reajustes<sup>63</sup>. Mesmo assim, como o percentual de reajuste anual é previsto em contrato, em algumas oportunidades o Judiciário foi provocado para declarar a (in)validade do conteúdo da cláusula contratual que prevê o reajuste, oportunidade em que entendeu pela sua validade, desde que o reajuste não se mostre abusivo<sup>64</sup>.

Ainda, a RN n.º 195 determina que sobre todos os beneficiários do contrato deverá incidir o mesmo índice de reajuste, vedando a aplicação de reajustes distintos (art. 20<sup>65</sup>). É autorizada<sup>66</sup>, no entanto, a incidência do reajuste às mensalidades dos beneficiários que, no decorrer da contratação, atinjam as faixas etárias estabelecidas pela ANS, sendo que a última é atingida aos 59 (cinquenta e nove) anos<sup>67</sup>. Trata-se de mais uma modalidade de reajuste, a por faixa etária, que foi considerada válida pelo STJ<sup>68</sup>, no julgamento do REsp N.º 1568244/RJ sob o regime de recurso repetitivo (Tema 952<sup>69</sup>).

- 63 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Nota de esclarecimento sobre planos coletivos. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2151-nota-de-esclarecimento-sobre-planos-coletivos>> Acesso em 29 mai. 2016.
- 64 TJRS, AC: 70050927920, Relator: Nilton Carpes da Silva, Data de Julgamento: 17/03/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2014.
- 65 RN n.º 195, Art. 20 Não poderá haver aplicação de percentuais de reajuste diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN.
- 66 RN n.º195, Art. 22 O disposto nesta seção não se aplica às variações de valor da contraprestação pecuniária em razão de mudança de faixa etária, migração e adaptação de contrato à Lei nº 9.656, de 1998.
- 67 RN n.º63, Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela: I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos; II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos; III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos; IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos; V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos; VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos; VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos; VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos; IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos; X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa - RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em: 01 jun. 2016.
- 68 (...) a previsão de reajuste de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso por si só não representa cláusula abusiva, devendo-se aferir, em cada caso, a compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade. (...) (STJ - AgRg no AREsp: 567512/RJ - 2014/0214954-1, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 02/06/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 10/06/2015).
- 69 STJ. REsp N.º 1568244/RJ. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201502972780](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502972780)>. Acesso em 16 jun. 2016.

Registra-se que muito se discutiu a respeito da legalidade do reajuste por faixa etária em razão dos termos do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003<sup>70</sup>), que veda a discriminação do idoso (para a lei, as pessoas com 60 anos ou mais<sup>71</sup>) nos planos de saúde. De acordo com esta legislação, os planos não poderiam aumentar demasiadamente o valor das mensalidades em virtude possibilidade de maior utilização por conta da idade (§3º do art. 15<sup>72</sup>). No entanto, ao que parece, não há qualquer espécie de conflito, especialmente porque a ANS limitou que a última faixa etária a receber o reajuste seria a de 59 (cinquenta e nove) anos ou mais, que não é alcançada pelo Estatuto do Idoso, caminhando assim conforme o Estatuto protetivo.<sup>73</sup>

### 3.7. RESCISÃO DO CONTRATO COLETIVO

#### 3.7.1. REQUISITOS (OU HIPÓTESES) PARA A RESCISÃO E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO TEMA

Muitas são as peculiaridades relacionadas à rescisão dos contratos coletivos. Obviamente ninguém está obrigado a manter vínculo contratual por toda a eternidade<sup>74</sup>. No entanto, as rescisões dos contratos coletivos acarretam impactos efetivos na prestação dos serviços de saúde, especialmente aos beneficiários, e, por tal motivo, geram grandes discussões em particular no âmbito do Poder Judiciário.

A Lei n.º 9.656/98 veda a rescisão unilateral do contrato individual, salvo por fraude ou não pagamento das mensalidades, conforme art.

70 BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)> Acesso em 01 jun. 2016.

71 Estatuto do Idoso, Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

72 Estatuto do Idoso, Art. 15 (...) §3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

73 (...) a previsão de reajuste de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso por si só não representa cláusula abusiva, devendo-se aferir, em cada caso, a compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade. (...) (STJ - AgRg no AREsp: 567512 RJ 2014/0214954-1, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 02/06/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 10/06/2015).

74 Assim já decidiu o STJ: (...) Deve ser ressaltado, também, não se afigurar escoreito que o contrato de Assistência Médica e Hospitalar coletivo, por prazo indeterminado, estabelecido entre a recorrente, empresa de administração e corretagem de seguros, tendo como segurados seus empregados e respectivos dependentes, ainda que de adesão, eternize-se, impedindo a denúncia, prevista contratualmente e não vedada em lei, quando não mais remanesça o interesse econômico em dar-lhe continuidade.(...) (STJ. REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008).

13, II, da Lei n.º 9.656/98<sup>75</sup>. Esta vedação é inaplicável aos contratos coletivos.<sup>76</sup> Aliás, a Lei n.º 9.656/98 nada diz a respeito da rescisão de contratos coletivos. Foi a ANS a responsável por estabelecer que as hipóteses de rescisão do contrato coletivo deverão estar previstas em contrato, autorizando a rescisão imotivada e unilateral após a vigência de doze meses e mediante prévia notificação da parte contrária, com antecedência mínima de sessenta dias<sup>77</sup>. O STJ<sup>78</sup> já firmou entendimento no sentido de declarar válida a rescisão unilateral de contratos coletivos, desde que respeitados os requisitos estabelecidos pela RN n.º 195. Nesse caso, é também entendimento jurisprudencial que o beneficiário deve ser igualmente cientificado da possibilidade de rescisão contratual<sup>79</sup>.

E, ao que parece, não poderia ser diferente. O contrato coletivo de plano de saúde deve ser firmado e executado à luz da boa-fé, em respeito à autonomia da vontade, da liberdade em contratar e deve cumprir a sua função social<sup>80</sup>. Especialmente em respeito à autonomia da vontade, não há no ordenamento jurídico regra que obrigue contratantes a manter o contrato, especialmente quando há prejuízo ou quando a avença lhe seja desvantajosa<sup>81</sup>. O próprio Código Civil prevê a possibilidade de rescisão (ou resolução) de contratos de forma bilateral ou unilateral. O mesmo acontece com os contratos coletivos de plano de saúde. Geralmente tidos como contratos de trato sucessivo<sup>82</sup>, os contratantes de um plano de saú-

75 Lei n.º9656/98, Art. 13, Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, (...)

76 (...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é possível a rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde, uma vez que a norma inserta no art. 13, II, b, parágrafo único, da Lei 9.656/98 aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares.(...) (STJ - AgRg no REsp: 1477859 SP 2014/0199380-0, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 05/05/2015, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 25/05/2015).

77 RN n.º195, Art. 17 As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes. Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.

78 STJ, REsp 1471569/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016.

79 (...) O beneficiário do contrato de saúde coletivo tem o direito de ser cientificado da intenção da operadora de encerrar a prestação de serviços por meio do plano coletivo. (TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1364556-8 - Bandeirantes - Rel.: Lillian Romero - Unânime - - J. 27.08.2015)

80 GREGORI, 2011. p. 135.

81 MONTEIRO, Sonia Maria. Planos de Saúde – Aspectos controvertidos – Contratos. Coletivos. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacao-dasaude\\_471.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacao-dasaude_471.pdf)> Acesso em: 05 jun. 2016.

82 (...) O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus depen-

de podem se deparar com situação anormal causadora de onerosidade excessiva, prevista pelo Código Civil, no art. 478<sup>83</sup>, sendo esta a maior causa de rescisões de contratos coletivos.

O próprio CDC estabelece, no §2º do art. 51, que a declaração de nulidade de uma cláusula poderá invalidar o contrato quando acarretar ônus excessivo para qualquer das partes<sup>84</sup>. Portanto, ao menos do que se extrai do conteúdo da legislação aplicável, a onerosidade excessiva pode ser considerada como causa legítima de rescisões de contratos, vez que os torna inexecutáveis e extremamente desvantajosos para uma das partes. Mas, nem todas as justificativas são aceitas pelo Judiciário para embasar a rescisão por onerosidade excessiva, especialmente porque há entendimento jurisprudencial no sentido de que contratos de planos de saúde têm como essência a cobertura de eventos futuros e incertos, cujo risco de ocorrência está consubstanciado na própria atividade<sup>85</sup>.

Não obstante, não se pode ignorar o fato de que a manutenção do contrato coletivo onerado de forma excessiva pode prejudicar a os beneficiários, impedindo a prestação de serviços da forma contratada. Dessa forma, tanto a rescisão quanto a continuidade do contrato seriam prejudiciais aos beneficiários, principalmente.

O que se conclui é que embora as rescisões sejam expressamente autorizadas pela ANS, pela legislação civil e por precedentes do STJ, há preocupação dos tribunais no sentido de proteger a ponta da relação, onde está o consumidor, em virtude da sua vulnerabilidade e hipossuficiência. Nesse aspecto, tanto a ANS quanto o CDC trataram de dar assistência a estes beneficiários quando há a rescisão de um contrato coletivo. É o que será visto a seguir.

---

dentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. (...) (STJ - REsp: 989380 RN 2007/0216171-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 06/11/2008, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 20/11/2008).

83 Código Civil, Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

84 CDC, Art. 51, § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

85 (...) O contrato de plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco à saúde contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de ressarcir as despesas médicas por parte da seguradora. (...) (TJ-RS - AC: 70063789861 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 29/07/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/07/2015).

### 3.7.2. SITUAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS APÓS A RESCISÃO

O Judiciário tem um olhar cauteloso quando o assunto é a rescisão de contrato coletivo. A razão é muito simples: proteger a situação do beneficiário após a rescisão. É o que se retira do precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que entendeu, no final do ano de 2015, pela impossibilidade de rescisão imotivada de contrato mesmo com a notificação de todos os usuários, afirmando que os beneficiários do plano ficariam totalmente descobertos de assistência e que a rescisão feria o princípio da boa-fé objetiva<sup>86</sup>. Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná declarou válida a rescisão de contrato coletivo, porquanto verificado que os requisitos estabelecidos pela RN n.º 195 foram cumpridos e porque os beneficiários não ficaram desassistidos de cobertura<sup>87</sup>.

Trata-se, em verdade, de uma análise à luz da função social do contrato e das normas protecionistas do CDC, na medida em que o contrato coletivo, embora firmado entre pessoas jurídicas, atinge a coletividade de beneficiários, os quais poderiam perder a assistência na hipótese de rescisão de contrato coletivo. E essa preocupação é bastante legítima.

No entanto, a própria ANS cuidou de proteger estes beneficiários de eventual ausência de assistência, editando a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU n.º 19 de 25 de março de 1999<sup>88</sup>. De acordo com o art. 1.º da CONSU 19, em caso de rescisão do contrato coletivo, as operadoras deverão ofertar aos beneficiários planos na modalidade individual ou familiar, sem necessidade de submissão à carência<sup>89</sup>. Portanto, os beneficiários e os dependentes de um plano de saúde rescindido não ficam sem a devida assistência. Contudo, o conteúdo da Resolução deixa brecha para alguns problemas práticos.

O primeiro deles se refere ao fato de que a obrigatoriedade de oferecimento de um plano individual/familiar aos beneficiários está restrita

86 TJ-MA - AI: 0359722015 MA 0006946-13.2015.8.10.0000, Relator: Luiz Gonzaga Almeida Filho, Data de Julgamento: 03/11/2015, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 11/11/2015.

87 TJ-PR - AI: 12722097 PR 1272209-7 (Acórdão), Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende, Data de Julgamento: 18/12/2014, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1495 28/01/2015.

88 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU n.º 19 de 25 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg3>> Acesso em 02 jun. 2016.

89 CONSU n.º 19, Art. 1.º As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

às operadoras que comercializam esta modalidade. Ou seja, se uma operadora comercializar apenas planos coletivos (empresariais e/ou por adesão), a CONSU 19 afasta a obrigatoriedade de oferecimento de plano individual<sup>90</sup>. Além disso, o art. 4º da CONSU só é aplicável aos contratos firmados após a vigência da Lei n.º 9.656/98 ou que foram a ela adaptados<sup>91</sup>. Se o contrato for antigo e não adaptado, a CONSU não o obriga ao oferecimento de planos individuais aos beneficiários.

Nesses dois casos, o oferecimento de planos individuais ficaria a cargo da conveniência da operadora e o beneficiário poderia contratar um plano individual, assumindo novos períodos de carência<sup>92</sup>. E se, diante de tal faculdade, a operadora decidir por não ofertar um plano individual? Como a norma emitida pela ANS é expressa no sentido de afastar a obrigatoriedade, parece não ser ela a responsável por dar a solução para esta controvérsia. Mais uma vez, coube ao Judiciário dar a solução para a questão que, por envolver conflito entre beneficiário e operadora, leva em consideração as disposições do CDC.

O Judiciário é vacilante em relação ao tema. Encontram-se precedentes para ambos os lados. Há casos em que foi determinada a manutenção de beneficiária portadora de doença grave e com tratamento em curso, por não se admitir a alegação de não comercialização de planos individuais<sup>93</sup>. Em outro precedente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu pela inaplicabilidade da exceção prevista no art. 3º da CONSU 19, vez que o plano não comprovou a não comercialização de planos individuais<sup>94</sup>. Por outro lado, existem decisões, como dos Tribunais de Justiça de São Paulo<sup>95</sup> e do Rio Grande do Sul<sup>96</sup>, que reconhecem a

90 CONSU n.º 19, Art. 3º Aplicam-se as disposições desta Resolução somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar.

91 CONSU n.º 19, Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Resolução aos contratos firmados durante à vigência da Lei n.º 9.656/98 que estiverem ou forem adaptados à legislação.

92 DA FONSECA, Artur Lourenço. Portabilidade em planos de saúde no Brasil. Dissertação – Escola Nacional de Saúde Pública ENSP. Rio de Janeiro, 02 de abril de 2004. Disponível em: <[http://ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/Dissertacoes\\_Portabilidade\\_Formas\\_de\\_Implementacao.pdf](http://ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_Portabilidade_Formas_de_Implementacao.pdf)> Acesso em 02. Jun. 2016.

93 TJDF, Apelação Cível 2011061011365-4. 5ª Turma Cível. Desembargador ANGELO CANDUCCI PASSARELLI. Julgamento em 26/03/2014. Publicado no DJE : 31/03/2014 . Pág.: 253.

94 TJSP. APL 00369524820128260554 SP 0036952-48.2012.8.26.0554. Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgamento em 12/12/2013. 4ª Câmara de Direito Privado. Publicação em 16/12/2013.

95 TJSP, Apelação 994050643041 Relator Sebastião Carlos Garcia. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 29/03/2010.

96 TJRS, Apelação Cível Nº 70067577437, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 17/12/2015.

possibilidade de a operadora que não comercializa planos individuais/familiares não ser obrigada a manter os beneficiários de plano coletivo rescindido como seu cliente, fazendo valer a CONSU 19.

De todo modo, a única exigência estabelecida pela CONSU 19 é a não submissão aos períodos de carência. O plano não está obrigado a ofertar plano individual com o mesmo preço e cobertura, uma vez que no momento da oferta o beneficiário optou por aquele que melhor lhe convinha<sup>97</sup>.

O que se verifica, de forma geral, é que os beneficiários de planos de saúde coletivos que tenham o contrato rescindido, não ficam completamente desassistidos, existindo a possibilidade de migrar para plano individual, oferecido pela operadora. No entanto, para aqueles beneficiários que não tenham tal possibilidade, porque a operadora não comercializa esta modalidade de plano, a migração com aproveitamento de carências fica mais difícil, cabendo ao Judiciário caso a caso a apreciação, quando provocado.

### 3.8. RESCISÃO DE VÍNCULO COM BENEFICIÁRIO NOS CONTRATOS COLETIVOS

#### 3.8.1. BENEFICIÁRIOS DO PLANO COLETIVO EMPRESARIAL: PERDA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E PERMANÊNCIA NO PLANO

Uma inovação importante foi trazida pela Lei n.º 9.656/98 para a proteção dos beneficiários, cujo contrato de trabalho foi rescindido sem justa causa ou aposentados que mantinham plano de saúde junto ao seu empregador. De acordo com *caput* do art. 30 da Lei n.º 9.656/98<sup>98</sup>, o beneficiário de contrato coletivo empresarial que contribua mensalmente para o plano<sup>99</sup> e que tenha seu contrato rescindido sem justa causa, possui o di-

97 (...) Observa-se que a referida norma prevê apenas a possibilidade de aproveitamento da carência já cumprida no plano de saúde coletivo, não trazendo qualquer disposição acerca da suposta obrigatoriedade de oferecimento de plano individual nos mesmos moldes do benefício anterior, com cobertura e preço similares ou equivalentes. (...) (TJ-DF - APC: 20151410021576, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 17/03/2016, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/03/20RN16 . Pág.: 223).

98 Lei n.º9656/98, Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o seu pagamento integral.

99 Lei n.º9.656/98, Art. 30, § 6o Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

reito de permanecer com a cobertura do plano, desde que assuma o pagamento integral das mensalidades. Nesses casos, a Lei n.º 9.656/98, estabelece que o tempo de permanência no plano será de um terço do tempo de permanência do contrato de trabalho, com mínimo assegurado de seis meses e no máximo dois anos<sup>100</sup>. Caso o beneficiário seja admitido em novo emprego, o benefício deixará de ser concedido<sup>101</sup>.

Benefício semelhante é concedido aos aposentados. De acordo com o artigo 31, desde que tenha contribuído para o plano por no mínimo dez anos, em decorrência do vínculo empregatício, o aposentado tem direito à sua manutenção como beneficiário, desde que assuma o pagamento integral<sup>102</sup>, podendo permanecer no plano por tempo indeterminado<sup>103</sup>. Se o período de contribuição for menor, o tempo de permanência será de um ano para cada ano de contribuição<sup>104</sup>. Em ambos os casos, exige-se a contribuição<sup>105</sup>.

A ANS cuidou de regulamentar o tema, com a edição da RN n.º 279/2011<sup>106</sup>. Para fazer jus ao benefício, o trabalhador ou aposentado deverá manifestar sua vontade no prazo de 30 (trinta) dias, contados da comunicação do aviso prévio ou da comunicação da aposentadoria (art.

100 Lei n.º 9.656/98, Art. 30, § 1o O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses. §2o A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

101 Lei n.º 9.656/98, Art. 30, §5º A condição prevista no caput deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

102 Lei n.º 9.656/98, Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

103 BARBUGIANI, Luiz Henriques Sormani. Planos de saúde: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.

104 Lei n.º 9.656/98, Art. 31, § 1o Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

105 "São três os requisitos, quais sejam: (a) existência da condição de beneficiário de plano coletivo empresarial decorrente de vínculo empregatício; (b) a configuração de contribuição do empregado para o pagamento do prêmio ou contraprestação pecuniária enquanto ativo; (c) demissão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa e, por fim, no caso dos aposentados, além dos requisitos indicados nos itens "a" e "b" a (d) condição de aposentado. [...]" (in LOPES, Luiz Celso Dias. A garantia de manutenção em planos coletivos empresariais para demitidos e aposentados - artigos 30 e 31 da lei 9.656/98. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 287-321).

106 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa – RN nº 279, de 24 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextLei&format=raw&id=MTg5OA==>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

10<sup>107</sup>). Quando comunicada do pedido de exclusão do beneficiário pela perda do vínculo, a operadora deverá questionar o empregador a respeito da opção de permanência no plano, assim como a respeito do seu tempo de contribuição e se foi demitido sem justa causa (incisos do art. 11<sup>108</sup>). A exclusão de cobertura só poderá ocorrer quando houver manifestação expressa do beneficiário no sentido de não permanecer com o benefício (art. 12<sup>109</sup>).

A RN n.º 279/2011 estabelece ainda que o empregador poderá manter os empregados no plano original ou realizar a contratação de um novo plano empresarial para os beneficiários demitidos ou aposentados (art. 13<sup>110</sup>). Se a opção for por manter apenas um plano, o beneficiário observará as mesmas condições de reajuste, preço, faixa etária e fator moderador existentes durante a vigência do contrato de trabalho (art. 16<sup>111</sup>). Se, por outro lado, o empregador optar por contratar um novo plano, a nova contratação deverá seguir os mesmos moldes de assistência do plano destinado aos empregados ativos (art. 18<sup>112</sup>).

Por fim, a referida RN estabelece que o benefício se extinguirá pelo decurso do prazo; pela admissão do beneficiário demitido/aposentado

- 107 RN n.º279, Art. 10. O ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado poderá optar pela manutenção da condição de beneficiário no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em resposta ao comunicado do empregador, formalizado no ato da comunicação do aviso prévio, a ser cumprido ou indenizado, ou da comunicação da aposentadoria.
- 108 RN n.º279, Art. 11. A operadora, ao receber a comunicação da exclusão do beneficiário do plano privado de assistência à saúde, deverá solicitar à pessoa jurídica contratante que lhe informe: I – se o beneficiário foi excluído por demissão ou exoneração sem justa causa ou aposentadoria; II – se o beneficiário demitido ou exonerado sem justa causa se enquadra no disposto no artigo 22 desta Resolução; III – se o beneficiário contribuiu para o pagamento do plano privado de assistência à saúde; IV – por quanto tempo o beneficiário contribuiu para o pagamento do plano privado de assistência à saúde; e V – se o ex-empregado optou pela sua manutenção como beneficiário ou se recusou a manter esta condição.
- 109 RN n.º279, Art. 12. A exclusão do beneficiário do plano privado de assistência à saúde somente deverá ser aceita pela operadora mediante a comprovação de que o mesmo foi comunicado da opção de manutenção da condição de beneficiário de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, bem como das informações previstas no artigo anterior.
- 110 RN n.º279, Art. 13. Para manutenção do ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado como beneficiário de plano privado de assistência à saúde, os empregadores poderão: I - manter o ex-empregado no mesmo plano privado de assistência à saúde em que se encontrava quando da demissão ou exoneração sem justa causa ou aposentadoria; ou II - contratar um plano privado de assistência à saúde exclusivo para seus ex-empregados demitidos ou exonerados sem justa causa ou aposentados, na forma do artigo 17, separado do plano dos empregados ativos.
- 111 RN n.º279, Art. 16. A manutenção da condição de beneficiário no mesmo plano privado de assistência à saúde em que se encontrava quando da demissão ou exoneração sem justa causa ou aposentadoria observará as mesmas condições de reajuste, preço, faixa etária e fator moderador existentes durante a vigência do contrato de trabalho.
- 112 RN n.º279, Art. 18. O plano privado de assistência à saúde de que trata o artigo anterior deverá ser oferecido e mantido na mesma segmentação e cobertura, rede assistencial, padrão de acomodação em internação, área geográfica de abrangência e fator moderador, se houver, do plano privado de assistência à saúde contratado para os empregados ativos.

em outro emprego ou; pelo cancelamento do plano privado de assistência à saúde por parte do empregador (art. 26<sup>113</sup>). Nessa última hipótese, deverá a operadora oferecer planos individuais, nos termos da CONSU 19, já citada. Trata-se de um benefício que estampa a preocupação da ANS e dos demais órgãos de controle em garantir e manter a proteção à saúde do beneficiário.

### 3.8.2. BENEFICIÁRIOS DO PLANO COLETIVO POR ADESÃO

Há ainda a possibilidade de que o beneficiário de um contrato coletivo tenha seu vínculo com a operadora individualmente rescindido. De acordo com a RN n.º195/2009, cabe à pessoa jurídica contratante a solicitação da suspensão ou exclusão de beneficiários do plano coletivo (art. 18<sup>114</sup>). Do mesmo modo, a RN afirma ainda que os planos de saúde somente poderão excluir ou suspender a cobertura sem a anuência do contratante nos casos de fraude ou pela perda do vínculo do beneficiário titular com a pessoa jurídica contratante (previstas nos arts. 5º e 9º) ou pela perda da situação de dependência entre titular e dependente (incisos I e II do parágrafo único<sup>115</sup>), e desde que previstas em contrato. Esta questão parece não apresentar grandes controvérsias, na medida em que possibilidade de ser beneficiário de plano de saúde coletivo por adesão decorre da necessidade de vinculação a um órgão classista ou setorial. Inexistindo o vínculo, parece certo que a vinculação ao contrato coletivo deixa de existir.

Existe também a possibilidade de um beneficiário perder seu vínculo em virtude da inadimplência das mensalidades. Nesses casos, por força do art. 15 da RN n.º195<sup>116</sup>, o contrato deverá prever todas as condi-

113 RN n.º279, Art. 26. O direito assegurado nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998, se extingue na ocorrência de qualquer das hipóteses abaixo: I – pelo decurso dos prazos previstos nos parágrafos únicos dos artigos 4º e 5º desta Resolução; II – pela admissão do beneficiário demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado em novo emprego; ou III – pelo cancelamento do plano privado de assistência à saúde pelo empregador que concede este benefício a seus empregados ativos e ex-empregados.

114 RN n.º195, Art. 18 Caberá à pessoa jurídica contratante solicitar a suspensão ou exclusão de beneficiários dos planos privados de assistência à saúde.

115 RN n.º195, Art. 18, Parágrafo único. As operadoras só poderão excluir ou suspender a assistência à saúde dos beneficiários, sem a anuência da pessoa jurídica contratante, nas seguintes hipóteses: I - fraude; ou II - por perda dos vínculos do titular previstos nos artigos 5º e 9º desta resolução, ou de dependência, desde que previstos em regulamento ou contrato, ressalvado o disposto nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998.

116 RN n.º195, Art. 15 O contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão deverá conter cláusula específica que discipline os casos de inadimplemento por parte dos beneficiários, bem como as condições e prazo de pagamento.

ções e prazos para pagamento e eventuais modalidades de rescisão. Inclusive, o entendimento jurisprudencial é no sentido de declarar válidas essas cláusulas e permitir a rescisão do contrato por inadimplência<sup>117</sup>.

#### 4. (IN) APLICABILIDADE DO CDC AOS CONTRATOS COLETIVOS

Uma das grandes questões relacionadas aos contratos coletivos de planos de saúde diz respeito à aplicabilidade ou não do CDC. No decorrer do presente artigo, muitas foram as oportunidades em que o CDC foi citado, inclusive pelos precedentes dos tribunais nacionais. Isto ocorre porque o beneficiário de plano de saúde (coletivo ou individual) é caracterizado como consumidor, especialmente por ser o destinatário final dos serviços de saúde<sup>118</sup>. Aliás, a própria Lei n.º 9.656/98 apresenta a palavra “consumidor” em sua redação<sup>119</sup>.

Tido como parte vulnerável em todos os âmbitos da relação contratual<sup>120</sup>, o consumidor passou a ter papel privilegiado. Ao interpretar os contratos à luz dos dispositivos consumeristas, aplicando o entendimento mais favorável ao consumidor<sup>121</sup>, os tribunais levam em conta a hipossuficiência jurídica e econômica do consumidor (nesse caso, beneficiário) e o fato de os contratos de planos de saúde possuir cláusulas rígidas, que não permitem questionamentos por parte do consumidor no momento da contratação, mitigando a aplicação do princípio da autonomia da vontade<sup>122</sup>. Mesmo com a existência de uma legisla-

117 (...)6. O contrato prevê expressamente a possibilidade de rescisão na hipótese de atraso no pagamento de 02 (duas) faturas ou mais, circunstância esta comprovada nos autos. 7. A suposta ausência de encaminhamento dos boletos não tem o condão de afastar a mora, na medida em que a autora tinha ciência dos débitos e poderia, inclusive, valer-se de consignação para pagá-los, caso assim desejasse. 8. Dessa forma, a ré agiu adequadamente ao proceder o distrato, pois há previsão contratual expressa a embasar a rescisão levada a efeito, aliado ao fato de que o referido pacto não é irrevogável, nem perpétuo. Negado provimento ao apelo. (TJ-RS - AC: 70059651877 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 06/08/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/08/2014)

118 CDC, Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

119 Lei n.º 9656/98, Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos (...).

120 CDC, Art. 4º, I: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

121 CDC, Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

122 APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS PACTUADAS - PRINCÍPIO DA AUTO-

ção específica que regulamenta a sua atividade, o Código consumerista é irrestritamente aplicado nas pelo Poder Judiciário, levando o STJ a editar a já citada Súmula 469. Não se pretende aqui, afastar ou inferiorizar a importância das regras consumeristas. No entanto, é preciso identificar se o CDC é aplicável para toda e qualquer situação envolvendo planos de saúde. Isto porque, nem sempre há uma parte vulnerável no polo contratante do plano de saúde, ou mesmo situações que contemplem duas ou mais interpretações, mas apenas aquela da Lei ou da norma da ANS.

Primeiramente, é preciso identificar quem figura no polo da relação que está em discussão. Como se trata de um plano coletivo, firmado entre pessoas jurídicas, no qual não há participação do beneficiário na contratação, parece certo que é possível que questões relacionadas à execução do contrato, sua manutenção ou sua alteração tenham como polos a operadora e a pessoa jurídica contratante. Esta relação nada tem de consumerista. Nos contratos coletivos de plano de saúde, o destinatário final é a coletividade de beneficiários e não a pessoa jurídica contratante<sup>123</sup>. Esta é a primeira razão para a inaplicabilidade do CDC às discussões entre pessoa jurídica contratante e plano de saúde.

De outro modo, conforme vem decidindo o STJ<sup>124</sup>, não se verifica a hipossuficiência de uma pessoa jurídica com relação à outra, tampouco há vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica, assim como o contrato firmado por elas não é de adesão. As cláusulas foram postas por opção dos contratantes, seguindo as normativas da ANS.

Cumprido frisar que o próprio STJ<sup>125</sup> já reconheceu a legitimidade dos beneficiários para discutir a legalidade de cláusulas contratuais restritivas e as negativas de cobertura em face de planos de saúde coletivos. Neste caso, de um lado da relação está o plano de saúde

---

NOMIA DA VONTADE - MITIGAÇÃO - CONTRATOS DE ADESAO - AFRONTA AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - INEXISTÊNCIA. (...) (TJ-SC - AC: 20120189918 SC 2012.018991-8 (Acórdão), Relator: Robson Luz Varella, Data de Julgamento: 24/09/2012, Segunda Câmara de Direito Comercial).

123 (...) 1. Consoante entendimento consolidado no c. STJ "o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo. (...) (TJ-DF - APC: 20140110524166, Relator: Josaphá Francisco Dos Santos, Data de Julgamento: 21/10/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/11/2015 . Pág.: 252).

124 STJ. REsp 1.102.848/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3/8/2010, DJe de 25/10/2010.

125 STJ. AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015.

e de outro o beneficiário, parte hipossuficiente da relação e destinatário final dos serviços de saúde, que assinou contrato de adesão para se vincular ao plano coletivo<sup>126</sup>. Nessa discussão, portanto, há clara relação consumerista.

Portanto, o que se observa é que a aplicabilidade ou não das regras postas no CDC dependerá do objeto da relação e, por consequência, de quem está figurando no polo passivo da relação. Se a discussão ocorrer entre as pessoas jurídicas contratantes, não há análise à luz da legislação consumerista. Por outro lado, se o beneficiário estiver em um dos polos da discussão, discutindo a extensão da cobertura, por exemplo, o CDC é plenamente aplicável ao caso.

## 5. CONCLUSÃO

Os contratos de planos de saúde, em suas várias modalidades, já alcançam aproximadamente  $\frac{1}{4}$  da população brasileira, sendo que, deste total, quase 80% dos beneficiários estão vinculados a planos de saúde coletivos, sejam eles coletivos empresariais ou de adesão. Portanto, evidente a importância do estudo acerca dos aspectos jurídicos que permeiam os contratos coletivos de plano de saúde, para que se possa entender plenamente este sistema e com isso resguardar a segurança jurídica de todos os envolvidos (beneficiários, pessoas jurídicas contratantes e operadoras), e, por consequência, a sustentabilidade destes contratos e da saúde suplementar como um todo.

Nesse sentido, malgrado haja uma crença popular, muitas vezes alimentada por notícias veiculadas na imprensa, de que os contratos coletivos sejam uma “terra sem lei”, o presente trabalho revela que esse dogma não é verídico. Há rica produção normativa por parte da Agência reguladora do setor – a ANS – delimitando diversas obrigações às operadoras, com vistas a tornar a utilização de contratos coletivos adequada, mormente o impacto deste tipo de contratação no mercado, assegurando ao elo mais fraco da relação (o consumidor) mecanismos de proteção para que este não se veja às voltas em contratos abusivos e desassistido quando mais precisa.

126 GREGORI, 2011. p. 145.

São exemplos disso as normas que explicitam exatamente quem goza de legitimidade para ser beneficiário de contratos coletivos; as que dispensam a submissão ao cumprimento de prazos de carência ou CPT, conforme o momento de adesão ao contrato; as que preveem a possibilidade de portabilidade de carências já cumpridas, para a contratação de novo plano de saúde; aquelas que estipulam a aplicação de índice de reajuste coletivo para pequenos contratos coletivos.

Necessário, por outro lado, que as regras específicas, tais como as relacionadas à possibilidade de rescisão unilateral, e as que exigem contribuição financeira para manutenção do plano de saúde após o encerramento do contrato de trabalho, sejam também observadas, exigindo do intérprete legal que aplique *cum granu salis* as disposições protetivas do CDC, sendo forçoso observar qual a parte que está contida no polo da relação jurídica. Do contrário, a criação de jurisprudência excessivamente protetiva, e desligada dos critérios normativos vigentes, pode ser nefasta para a sustentação desse sistema.

## REFERÊNCIAS

- AYRES, Marcela. **Os prós e os contras de ter um plano de saúde coletivo**. Revista Exame. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/os-pros-e-contras-de-ter-um-plano-de-saude-coletivo>> Acesso em 30 mai. 2016.
- BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.
- BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros saúde comentada: artigo por artigo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 263.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados consolidados saúde suplementar: Atualizado até 29.04.2016**. <Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Dados\\_e\\_indicadores\\_do\\_setor/dados\\_consolidados\\_saude\\_suplementar\\_mar16.ppt](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Dados_e_indicadores_do_setor/dados_consolidados_saude_suplementar_mar16.ppt)> Acesso em 30 mai. 2016.

- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Instrução Normativa – IN N° 13, DE 21 DE JULHO DE 2006 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&ancora=&id=MTA3OA>> Acesso em 31 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Nota de esclarecimento sobre planos coletivos.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2151-nota-de-esclarecimento-sobre-planos-coletivos>> Acesso em 29 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Reajuste anual de planos de saúde.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2888-reajuste-anual-de-planos-de-saude-2>> Acesso em 29 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU n.º19 de 25 de março de 1999.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg3>> Acesso em 02 jun. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN n° 63, de 22 de dezembro de 2003.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em: 01 jun. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN n° 162, de 17 de outubro de 2007.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTIyMw>>. Acesso em: 28 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN n° 186, de 14 de janeiro de 2009.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM4OQ>>. Acesso em: 28 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN n° 195, de 14 de julho de 2009.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 196, de 14 de julho de 2009**. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>>. Acesso em: 15 abr. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 252, de 28 de abril de 2011**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTcyOA==>>. Acesso em: 28 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 279, de 24 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTg5OA==>>. Acesso em: 29 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 309, de 24 de outubro de 2012**. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjI4Mg==>>. Acesso em: 29 mai. 2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que entrou em vigor em 01/01/2016**. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano\\_de\\_saude\\_e\\_Operadoras/Area\\_do\\_consumidor/rol/ROL2016\\_listagem\\_procedimentos.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/ROL2016_listagem_procedimentos.pdf)> Acesso em 15 abr. 2016.
- BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Presidência da república casa civil subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 02 mai. 2016.
- BRASIL. **Decreto-Lei n.º73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm)> Acesso em: 15 abr. 2016.
- BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm)> Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm)> Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.243, de 19 de junho de 2001.** Acrescenta parágrafos ao art. 58 e dá nova redação ao § 2o do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10243.htm)> Acesso em 16 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em 03 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)> Acesso em 01 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 469.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27469%27#DOC1>> Acesso em 15 abr. 2016.

CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação.** São Paulo: Saraiva: Letras & Lucros, 2008.

DA FONSECA, Artur Lourenço. **Portabilidade em planos de saúde no Brasil.** Dissertação – Escola Nacional de Saúde Pública ENSP. Rio de Janeiro, 02 de abril de 2004. Disponível em: <[http://ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/Dissertacoes\\_Portabilidade\\_Formas\\_de\\_Implementacao.pdf](http://ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Dissertacoes_Portabilidade_Formas_de_Implementacao.pdf)> Acesso em 02. Jun. 2016.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2006.

LOPES, Luiz Celso Dias. **A garantia de manutenção em planos coletivos empresariais para demitidos e aposentados - artigos 30 e 31 da lei 9.656/98**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTEIRO, Sonia Maria. **Planos de Saúde – Aspectos controvertidos – Contratos. Coletivos**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude\\_471.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_471.pdf)> Acesso em: 05 jun. 2016.

**Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656/96**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2007. p. 7-14. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BAde-p%C3%A1g-7-14.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Revista-CREMESP-IDEC-Planos-Sa%C3%BAde-p%C3%A1g-7-14.pdf)> Acesso em 30 mai. 2016.

TJ-DF. Apelação Cível 2011061011365-4. 5ª Turma Cível. Desembargador ANGELO CANDUCCI PASSARELI. Julgamento em 26/03/2014. Publicado no DJE : 31/03/2014 . Pág.: 253.

TJ-DF - APC: 20140110524166, Relator: Josaphá Francisco Dos Santos, Data de Julgamento: 21/10/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/11/2015 . Pág.: 252.

TJ-DF - APC: 20151410021576, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 17/03/2016, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/03/20RN16 . Pág.: 223.

TJ-MA - AI: 0359722015 MA 0006946-13.2015.8.10.0000, Relator: Luiz Gonzaga Almeida Filho, Data de Julgamento: 03/11/2015, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 11/11/2015.

TJ-PR - AI: 12722097 PR 1272209-7 (Acórdão), Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende, Data de Julgamento: 18/12/2014, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1495 28/01/2015.

TJ-PR - 10ª C.Cível - AC - 1364556-8 - Rel.: Lilian Romero - Unânime - - J. 27.08.2015.

- TJ-RS - AC: 70050927920, Relator: Niwton Carpes da Silva, Data de Julgamento: 17/03/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2014.
- TJ-RS - AC: 70059651877 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 06/08/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/08/2014
- TJ-RS - AC: 70063789861 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 29/07/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/07/2015.
- TJRS, Apelação Cível Nº 70067577437, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 17/12/2015.
- TJ-SC - AC: 20120189918 SC 2012.018991-8 (Acórdão), Relator: Robson Luz Varella, Data de Julgamento: 24/09/2012, Segunda Câmara de Direito Comercial.
- TJSP, Apelação 994050643041 Relator Sebastião Carlos Garcia. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 29/03/2010.
- TJ-SP. APL 00369524820128260554 SP 0036952-48.2012.8.26.0554. Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgamento em 12/12/2013. 4ª Câmara de Direito Privado. Publicação em 16/12/2013.
- STJ. REsp Nº 1568244/RJ. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero\\_registro=201502972780](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201502972780)>. Acesso em 16 jun. 2016.
- STJ. REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008.
- STJ - REsp: 989380 RN 2007/0216171-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 06/11/2008, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 20/11/2008.
- STJ. REsp 1.102.848/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3/8/2010, DJe de 25/10/2010.

STJ - AgRg no REsp: 1477859 SP 2014/0199380-0, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 05/05/2015, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 25/05/2015.

STJ - AgRg no AREsp: 567512 RJ 2014/0214954-1, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 02/06/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 10/06/2015.

STJ. AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015.

STJ, REsp 1471569/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016.





## INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

1. A REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE – RBDS é uma publicação nacional, com periodicidade semestral, em via eletrônica, que tem como objetivos promover, sob a perspectiva jurídica:
  - I - a discussão de temas relacionados à prestação de serviços na área da Saúde;
  - II - ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema;
  - e
  - III - mobilizar a sociedade em torno de questões que afetam o direito fundamental à saúde.
2. Serão publicados manuscritos – artigos, pareceres, jurisprudência comentada, resenhas e atos normativos comentados – preferencialmente inéditos, de autoria individual ou coletiva.
3. Os manuscritos devem ser enviados ao Coordenador Científico da REVISTA DE DIREITO DA SAÚDE, Prof. Dr. Fernando Mânica, através do endereço eletrônico [fernando@advcom.com.br](mailto:fernando@advcom.com.br).

4. O envio do manuscrito indica concordância com as normas Revista e implica autorização para sua publicação.
5. O Coordenador Científico, responsável pela organização e publicação do periódico, encaminhará os manuscritos a dois avaliadores – membros do Conselho Editorial ou pareceristas *ad hoc* – que farão o exame dos trabalhos pelo sistema *double blind peer review*.
6. Os trabalhos deverão seguir as normas de padronização para envio de artigos da RBDS.
7. Os conceitos e opiniões contidos nos manuscritos são de inteira responsabilidade de seus autores, eximindo-se a Editora, o Coordenador Científico e o Conselho Editorial de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo publicado.
8. Informações sobre a publicação podem ser encontradas no endereço: [www.femipa.org.br](http://www.femipa.org.br)

**Fernando Borges Mânica**  
Coordenador Científico



## NORMAS DE PADRONIZAÇÃO PARA ENVIO DE ARTIGOS

**1** Os manuscritos apresentados à REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DA SAÚDE deverão seguir a estrutura física abaixo:

- a) Título do artigo (em português e inglês);
- b) Nome do autor (no máximo três autores);
- c) Pequena qualificação logo abaixo do nome do autor;
- d) Sumário do artigo, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil do Estado: 2.1 Breve análise do desenvolvimento histórico; 2.2 Responsabilidade por atos não administrativos: 2.2.1 Responsabilidade do Estado Legislador;

- e) Resumo do artigo com no máximo dez linhas (em português e inglês);

f) Palavras-chave, como o exemplo que segue (em português e inglês);

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Orçamento. Saúde. Teoria da reserva do possível.

g) Texto do artigo.

2 O editor de texto utilizado para digitalização deve ser o Word para Windows e, com base nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a padronização aceita será a seguinte:

- fonte de digitação Arial tamanho 12, com espaçamento de linhas de 1,5 e alinhamento justificado;
- numeração seqüencial de página na margem inferior direita, no documento inteiro;
- uso de 3 cm para margem à esquerda e 2 cm para superior, inferior e à direita, e parágrafos recuados em 1,5 cm da esquerda;
- no caso de qualquer destaque no corpo do texto o uso preferencial de itálico;
- capitulação feita com título principal em negrito, com palavras principais iniciadas em letra maiúscula e alinhado à esquerda; e títulos parciais recuados em 1,5 cm, com as palavras principais iniciadas em letra minúscula e uso da numeração progressiva em algarismos arábicos;
- citações textuais longas, com mais de quatro linhas, separadas em um parágrafo independente, com recuo esquerdo de 4 cm, alinhamento justificado, espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10;
- citações textuais pequenas, até quatro linhas, inseridas no texto entre aspas e sem itálico;
- número da chamada em citações em algarismos arábicos, na entrelinha superior, sem parênteses depois do sinal de pontuação, referente à nota bibliográfica;
- uso de forma unificada de expressões em língua estrangeira, destacando-as em itálico;
- uso de forma padronizada de grifos meus, grifos nossos ou grifos

acrescentados etc.;

- notas em geral, incluindo citações, ao pé de página, utilizando o espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10, também em letra Arial; e
- referências bibliográficas feitas de acordo com a NBR 6023/2000 – Norma Brasileira da ABNT. Como no exemplo a seguir:

ROSE, Richard. On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies. **European Journal of Political Research**, Amsterdam, n.4, 1976.

- 3 Os textos devem ser revisados, assim como respeitar a linguagem adequada a uma publicação editorial científica (com base nas novas regras de ortografia).
- 4 Exige-se que o corpo do email contenha informações do autor, como titulações, telefone, endereço e e-mail.
- 5 Ressalta-se que a seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da revista e **os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.**

REVISTA BRASILEIRA  
DE DIREITO  
DA SAÚDE



**FEMIPA**

FEDERAÇÃO DAS SINDICATAS DE AMBULADORIA  
E HOSPÍTAIS BENEFICENTES DO ESTADO DO PARANÁ