UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE ODONTOLOGIA DE BAURU

**A aplicação de diploma legal mais protetivo aos usuários do
serviço público de saúde como meio de assegurar a consecução de
direitos e garantias constitucionais**

BAURU
2019

JULIANA DE ALMEIDA NASCIMENTO

**A aplicação de diploma legal mais protetivo aos usuários do
serviço público de saúde como meio de assegurar a consecução de
direitos e garantias constitucionais**

Dissertação apresentada a Faculdade de Odontologia de Bauru da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências no Programa de Ciências Odontológicas Aplicadas, na área de concentração Saúde Coletiva.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto de Magalhães Bastos

BAURU

2019

Nascimento, Juliana de Almeida

A aplicação de diploma legal mais protetivo aos usuários do serviço público de saúde como meio de assegurar a consecução de direitos e garantias constitucionais/ Juliana de Almeida Nascimento. – Bauru, 2019.

143 p. : il. ; 31cm.

Dissertação de Mestrado – Faculdade de Odontologia de Bauru. Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Dr. José Roberto de Magalhães Bastos

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação/tese, por processos fotocopiadores e outros meios eletrônicos.

Assinatura:

Data:

Comitê de Ética da FOB-USP

Protocolo nº:

FOLHA DE APROVAÇÃO

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais: Mauricio José do Nascimento e Maria Helena de Almeida Nascimento, pelo amor e cuidados especiais que me proporcionaram desde o início, e em todos os momentos de minha vida.

Ao meu marido Gustavo Lopes Toledo, meu grande companheiro de jornadas, amor, que me aguenta e compreende nos momentos em que a busca pela melhor explicação e resultado me tira o equilíbrio e a tranquilidade.

A Minha filha Maria Beatriz, meu mais forte amor, minha melhor parte, pela beleza da manifestação de uma face minha, antes, desconhecida por mim! Deus te abençoe, meu eterno anjo!

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, individualmente, a todos que me ajudaram na missão de concluir esse trabalho. Por ser impossível mencionar uma a uma, escolhi alguns nomes que representaram anjos da guarda em meu caminho.

Primeiramente, a Deus meu primeiro mestre, que me fez irmã de pessoas maravilhosas e que ao me perceber no limite do possível faz o impossível por mim.

Além de seu concerto, meus sinceros agradecimentos.

A toda minha família biológica, espiritual e afetiva que se manteve presente em todos os momentos. Vocês são realmente muito importantes para mim! Em especial ao meu cunhado William e minha irmã Andréa, que sempre me apoiou, mesmo que de uma maneira “diferente”, como só os irmãos conseguem entender.

Agradeço também a minha segunda família que a vida me presenteou, Seu João, Dona Nadja, cunhados e cunhadas.

Com apreço e gratidão, ao prof. Dr. Arsenio Sales Peres e prof. Dr. José Roberto de Magalhães Bastos pela oportunidade e mestria expressa na sábia orientação.

Aos professores Dr. Eliel Soares Orenha e Dr. Norberti que ao lado do meu orientador compuseram, com valiosas observações, a banca de exame de qualificação.

Estendo meus agradecimentos aos professores, mestrandos e funcionários do Departamento de Ortodontia e Saúde Coletiva. Em especial, a professora Dra. Silvia Sales Peres que de forma tão competente e profissional, desde o início, coordenou e auxiliou na conclusão desse projeto de vida.

Tamyris Mendes, minha companheira de mestrado.

A Capes pelos essenciais benefícios recebidos, por intermédio da bolsa de estudo.

Aos mestres que tive oportunidade de conhecer, aprender, trabalhar e com quem pude dividir minhas dúvidas, deficiências e aflições. Esses não foram só

mestres em suas disciplinas, mas na vida, ensinando o valor de um sonho e a importância de perseguí – lo.

A Baba mi Arofalande, pela minha iniciação, por me ajudar a caminhar em um “universo” do qual jamais imaginei fazer parte... Palavras não são suficientes para descrever tudo o que, desde então, eu vivi. Modupe! Modupe! Modupe!

E ao final agradeço aos meus irmãos de pátria, principalmente aos que assisti nas filas de hospitais, doentes, negligenciados, vítimas indefesas de um sistema, do descaso de homens públicos e políticas públicas, que muitas vezes ao me sensibilizarem com suas dores e mazelas inspiravam, despretensiosamente e invisivelmente, a ideia de que uma leiga na área médica, também poderia ajudar na promoção da saúde e preservar vidas.

*“Se eu pudesse deixar algum presente a você, deixaria aceso
o sentimento de amor à vida dos seres humanos.*

*A consciência de aprender tudo o que nos foi ensinado pelo
tempo afora.*

*Lembraria os erros que foram cometidos, como sinais para
que não mais se repetissem.*

A capacidade de escolher novos rumos.

*Deixaria para você, se pudesse, o respeito aquilo que é
indispensável: além do pão, do trabalho e a ação.*

*E, quando tudo mais faltasse, para você eu deixaria um
segredo:*

*O de buscar no interior de si mesmo a resposta para
encontrar a saída”.*

Mahatma Gandhi

Resumo

Com a promulgação da atual Constituição Federal (1988), importantes direitos e garantias fundamentais passaram a ser assegurados e promovidos pelo Estado com o múnus de assistir e preservar aos cidadãos uma existência digna e isonômica. Desta forma, os direitos sociais ganharam significativa relevância por estarem intimamente ligados aos ideais de igualdade e ao mínimo existencial de que um indivíduo precisa. O protagonismo do direito a saúde, enquanto direito fundamental social, desenha um novo cenário para saúde pública, já que promove a ampliação das responsabilidades e da abrangência dos serviços assegurados pelo Estado, doravante em caráter universal e independente de contribuição. As novas previsões constitucionais permitem à prestação do serviço via atendimento público de saúde (SUS), prestado pelos entes estatais direta ou indiretamente, e o atendimento em caráter suplementar pela iniciativa privada (SSAM). Contudo, cada sistema (SUS e SSAM) por motivos políticos, econômicos, sociais, jurídicos, entre outros, apresenta peculiaridades e diferenças que muitas vezes resultam na contemplação de privilégios, apenas, para parcela da população, normalmente, a assistida pela prestação do serviço de saúde via iniciativa privada (SSAM). Em análise a esta configuração, dentre as inúmeras diferenças que gravitam entre os sistemas de saúde a que mais se apresenta como paradoxal, sob o prisma do direito, é a permissão da aplicação de lei mais protetiva, o CDC, apenas, aos usuários assistidos pela iniciativa privada. Referido desprestígio, direcionado aos usuários do sistema público, além de gerar grave afronta ao princípio da isonomia, limita a consecução de direitos garantidos na CF e suprime instrumento jurídico que auxiliariam esses vulneráveis a vindicar eventuais danos e prejuízos que viessem a sofrer como usuários do serviço público de saúde. **Objetivo:** o presente trabalho tem como objetivo geral verificar a legislação aplicada aos usuários do serviço público de saúde, tendo em vista atender a defesa e proteção destes, enquanto vulneráveis e hipossuficientes. Fomentar discussão e críticas sobre a atual interpretação do ordenamento jurídico, que tem possibilitado a aplicação de norma mais protetiva, apenas, aos usuários do sistema de saúde prestado pela iniciativa privada. Como objetivo específico apresentar argumentos lastreados na lei, doutrina e jurisprudência que justifiquem a aplicação do CDC como diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde, nos mesmos moldes aplicados aos usuários do sistema privado, permitindo, assim, o uso de maiores salvaguardas legais aqueles

usuários, bem como garantindo a consecução de direitos e garantias previstos no texto constitucional. **Método:** Foi realizado um levantamento de obras relacionadas direta e indiretamente ao tema, os meios aplicados incluíram a revista da literatura, com um estudo exploratório e descritivo, desenvolvida a partir de pesquisas em material existente na literatura nacional que abordassem o direito a saúde, a estrutura e organização dos serviços de saúde no Brasil, normatização aplicada, serviços públicos, bem como da aplicação do CDC como diploma protetivo aos usuários dos serviços de saúde de ambos os sistemas. A fundamentação teórica se deu sobre a constituição federal, código de defesa do consumidor, legislações esparsas, doutrina e jurisprudência pertinente à seara do direito constitucional, administrativo e civil, com fomento da legislação brasileira. Foram utilizadas as bases de dados Pubmed, Scielo, LILACS, Dedalus, Google Acadêmico, Google e Tribunais de Justiça, com a combinação das palavras chaves abaixo descritas. **Conclusões:** Considera – se ao final que existe ausência de legislação protetiva eficaz para a defesa dos usuários do serviço público de saúde. Mediante esta lacuna, a aplicação do CDC demonstrar ser a medida mais viável para que seja assegurada a consecução de direitos e garantias previstos na CF, ao destinatário final do serviço público de saúde.

Palavras chaves: serviço público de saúde, direitos fundamentais sociais, defesa do consumidor, proteções legais aos usuários do serviço de saúde, visão publicista – consumerista.

Keywords: Public health service, social fundamental rights, consumer protection, legal protections for health service users, publicist - consumerist vision.

ABSTRACT

With the enactment of the current Federal Constitution (1988), important fundamental rights and guarantees were granted and promoted by the State with the mandate to assist and preserve a dignified and isomeric existence for the citizens. In this way, social rights have gained significant relevance because they are closely linked to the ideals of equality and the existential minimum that an individual needs. The role of the right to health, as a fundamental social right, draws a new scenario for public health, since it promotes the expansion of the responsibilities and coverage of the services assured, from then on, in a universal and independent contribution. The new constitutional provisions allow for the provision of the service through public health care (SUS - Sistema Único de Saúde), provided by state entities directly or indirectly, and supplementary care by the private sector (SSAM). However, each system (SUS and SSAM) for political, economic, social and legal reasons, among others, presents peculiarities and differences that often result in the contemplation of privileges, only, for a portion of the population, usually assisted by the provision of the health through private initiative (SSAM). In the analysis of this configuration, among the many differences that stand out among the health systems that presents the most paradoxical, under the prism of the law, is the permission of the most protective law enforcement, the CDC, only, to the users of the system additional. This discredit, directed to the users of the public system, besides generating serious affront to the principle of isonomy, limits the achievement of guaranteed rights in the CF and suppress legal instrument that would help these vulnerable to vindicate any damages that would suffer as users of the service health public. **Objective:** The objective of this study is to verify the protective legislation applied to public health service users, in order to meet their needs, while vulnerable and hypo sufficient. Foster discussion and criticism about the current interpretation of the legal system, which has made it possible to apply a more protective standard only to users of the health system provided by private initiative. As a specific objective to present arguments based on the law, doctrine and jurisprudence that justify the application of the CDC as a protective diploma to the users of the public health service, in the same way applied to the users of the private system, thus allowing the use of greater legal safeguards those users, as well as ensuring the achievement of the rights and guarantees provided in the constitutional text. **Method:** A survey of works directly and indirectly related to the

subject was carried out, the means applied included the literature review, with an exploratory and descriptive study, developed from researches in existing literature in the national literature that addressed the right to health, structure and organization of health services in Brazil, standardization applied to both systems, public services, as well as the application of the CDC as a protective diploma to health service users of both systems. The theoretical basis was the federal constitution, consumer protection code, sparse legislations, doctrine and jurisprudence relevant to the area of constitutional, administrative and civil law, with the promotion of Brazilian legislation. The databases Pubmed, Scielo, LILACS, Dedalus, Google Scholar, Google and Courts of Justice were used, with the combination of the key words described below. It is considered at the end that, there is no specific protective legislation for the users of the public health service. **Conclusions:** Through this gap, the application of the CDC will prove to be the most feasible measure to comply with the principle of equality and ensure the achievement of rights and guarantees, provided for in the constitutional text, to final recipients of the public health service.

Keywords: Public health service, social fundamental rights, consumer protection, legal protections for health service users, publicist - consumerist vision.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANS	Agência Nacional de Saúde
ART	Artigo
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FPE	Fundo de Participações do Estado
FPM	Fundo de Participação do Município
SUS	Sistema Único de Saúde
SSAM	Sistema Suplementar de Assistência Médica
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
PPP	Parceria Público Privada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 REVISÃO DA LITERATURA	21
2.1 Dos direitos humanos	23
2.1.1 A saúde no rol dos direitos humanos	25
2.1.2 Dos direitos fundamentais	26
2.1.3 Distinção entre direitos humanos e fundamentais	27
2.1.4 Direitos fundamentais sociais ou direitos sociais	28
2.1.5 A saúde na esfera dos direitos fundamentais sociais	32
2.1.6 Principais normas que embasam o direito a saúde no Brasil	36
2.2 Aspectos relevantes acerca do atual sistema de saúde no Brasil	39
2.2.1 Do Sistema Único de Saúde (SUS)	41
2.2.2 Participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde	46
2.2.3 Do Sistema Suplementar de Assistência Médica – SSAM	48
2.3 Serviços Públicos	51
2.3.1 Conceito	51
2.3.2 Formas de prestação dos serviços públicos	52
2.3.3 Serviços Públicos Individual - <i>Uti Singuli</i> e Geral - <i>Uti Universi</i>	54
2.3.4 Peculiaridades da prestação do serviço público de saúde	56
2.3.5 Vulnerabilidade e hipossuficiência dos usuários do serviço público de saúde	61
2.4 Da Responsabilidade Civil	65
2.4.1 Da responsabilidade civil subjetiva e objetiva	66
2.4.2 Da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro	69
2.4.3 Responsabilidade civil dos prestadores de serviços públicos	71
2.4.4 Responsabilidade civil na prestação do serviço de saúde	75
2.4.4.1 Esfera Pública	75
2.4.4.2 Esfera Privada	79
2.4.5 Das proteções jurídicas do CDC	82
2.4.6 Da legislação protetiva aplicada aos usuários dos serviços públicos	89

3 PROPOSIÇÃO	93
4 MATERIAIS E MÉTODO	99
5 RESULTADOS E DISCUSSÃO	103
5.1. Entendimento da doutrina e jurisprudência acerca da Aplicabilidade do CDC na prestação do serviço público de saúde	105
5.2. O Desafio Social: A aplicação da norma consumeristas como diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde uma conversão á nova visão publicista – consumerista	112
6 CONCLUSÕES	119
REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

1 Introdução

1. INTRODUÇÃO

Na acepção técnica, o Estado representa a organização de um viver coletivo em uma unidade de poder. Existe díspar compreensão quanto à sua figura, já que para alguns ele é a sociedade em geral e para outros a palavra indica exclusivamente o Governo. Entre esses dois extremos a que apresenta mais razoabilidade é a de concebê-lo como uma forma especial de sociedade, a organizada sob o comando de um poder único (REALE, 1999).

Norberto Bobbio (2001) detalha mais, pois entende que a sociedade se desenvolve sob um grande repertório de normas de conduta e jurídicas, onde o ordenamento dessas normas caracterizaria a civilização. Para ele, essas regras de conduta podem ter cunho religioso, moral, social, jurídico e até mesmo baseado no costume local, estabelecendo limites e sanções entre os indivíduos e o próprio Estado.

Assim, o Estado, que compreende uma convivência organizada tem como escopo propiciar ordem e harmonia a sociedade, e o faz através do exercício de suas funções, dentre as quais a de legislar é uma das que mais se destaca. Nesta função (legislativa) o ente Estatal tem o papel de regular, senão a maioria, pelo menos as mais relevantes relações estabelecidas em uma sociedade (REALE, 2004).

A elaboração de normas e criação de um sistema jurídico deve respeitar princípios, vetores e técnicas legislativas para que tenham fundamento de validade, sobretudo princípios como o da isonomia, legalidade, entre outros. Fundamental observância deve ser dispensada na manutenção do equilíbrio entre os sujeitos da relação jurídica, de modo tal que propicie igualdade entre os destinatários finais das normatizações. Vale lembrar, que muitos são os que por critérios políticos, sociais, econômicos, entre outros demandam de um tratamento legal especial, mais protetivo, para manter - se em situação de igualdade (ARAÚJO, 2002).

Em muitos momentos o Estado age como o fiel da balança, prestigiando classes de vulneráveis e hipossuficientes, produzindo diplomas legais infraconstitucionais que contemplam tratamento diferenciado e maiores proteções, tem – se como exemplos: o Estatuto do Idoso, da Criança, Consolidação das Leis do Trabalho, o Código do Consumidor, Lei Maria da Penha (GONÇALVES, 1987).

Contudo, nem todos os que preenchem critérios de vulnerabilidade foram agraciados com o manto protetor do Estado. Dentre eles estão os usuários do serviço público de saúde, para os quais a Constituição Federal (CF) de 1988 positivou

1 Introdução

inúmeros direitos e garantias, que deveriam ter sua consecução assegurada via legislação infraconstitucional, específica ou supletiva, mais benéfica (GONÇALVES, 1987). Em contrapartida, usuários do serviço de saúde, ofertados pelo sistema privado, são prestigiados com tratamento jurídico mais benéfico, já que se valem do Código de Defesa do Consumidor na defesa de seus direitos. O resultado dessa diferenciação foi grave afronta a importantes mandamentos constitucionais, dos quais se sobrepõe o princípio da igualdade.

Aproximadamente no ano 300 antes de Cristo, o grande filósofo Aristóteles já fazia apontamentos acerca da igualdade quando proferiu a seguinte frase: “Devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”. Essa célebre frase representa o atual conceito jurídico de igualdade material que tanto foi disseminado pelo Ilustre Jurista Rui Barbosa e outros doutrinadores (SARMENTO, 2016).

Como será argumentado a seguir, a problemática não é a existência de um segmento público e outro privado no sistema de saúde, mas sim o tipo de relação e tratamento estabelecido com seus usuários, às ostensivas discriminações e distinções, já configuram a existência de um *apartheid* sanitário neste País, o que se constitui em enorme empecilho para a efetivação da equidade e consecução de direitos e garantias preconizados pela constituição (MULLER NETO, 1991).

A coexistência dos dois sistemas se faz necessária e benéfica, já que a assistência à saúde via iniciativa privado minimiza a sobrecarga existente no sistema público, contudo ambos devem contemplar tratamento digno, humanitário e análogo aos seus assistidos (BARROS, 1996).

Para o campo de atuação do direito um dos meios de garantir equidade e consecução de direitos aos usuários do SUS é propiciar que estejam sob a égide de legislação justa e mais protetiva, o que na atual conjuntura política e jurídica se daria com a uniformidade da legislação em ambos os sistemas. Ademais o crescimento do fenômeno da judicialização da saúde reforça sobremaneira, a necessidade daqueles usuários se verem salvaguardados legalmente de forma mais eficaz (BARROSO, 2009).

Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar a legislação aplicada aos usuários do serviço público de saúde, tendo em vista atender a defesa e proteção destes, enquanto vulneráveis e hipossuficientes. Fomentar discussão e críticas sobre a atual interpretação do ordenamento jurídico, que tem possibilitado a

1 Introdução

aplicação de norma mais protetiva, apenas, aos usuários do sistema de saúde prestado pela iniciativa privada. Como objetivo específico apresentar argumentos lastreados na lei, doutrina e jurisprudência que justifiquem a aplicação do CDC como diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde, nos mesmos moldes aplicados aos usuários do sistema privado, permitindo, assim, o uso de maiores salvaguardas legais aqueles usuários, bem como garantindo a consecução de direitos e garantias previstos no texto constitucional.

1 Introdução

2 REVISÃO DE LITERATURA

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Dos direitos humanos

Em síntese, o conceito de direitos humanos pode ser compreendido como direitos intrínsecos à condição humana, tem sua base no respeito à dignidade humana e no valor de cada pessoa, são anteriores a efetivação do direito positivo. São direitos provenientes de consequências ou de reivindicações geradas por situações de injustiça ou de ataques à bens fundamentais do ser humano (HERKENHOFF, 1994).

Seguindo-se, então, a apropriada visão de João Baptista Herkenhoff:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir. (HERKENHOFF, 1994, p.80).

Nesta linha de pensamento, Moraes da mesma forma conceitua os direitos humanos como:

O conjunto institucionalizado de direitos e de garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana. O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e tratados e convenções internacionais (Moraes, 2011, p.20-21).

Para Sampaio (2004) os direitos humanos referem-se aos direitos básicos da pessoa, tem sua base reconhecida no âmbito dos documentos de Direito Internacional. Este autor afirma “que humanos seriam os direitos cuja validade desconhece fronteiras nacionais, comunidades éticas, afirmados por fontes de direito internacional” (SAMPAIO, 2004, p.93).

Kersten (2005), também faz referência aos direitos humanos, mas com base nas gerações, ratifica que a liberdade, a igualdade e a fraternidade foram proclamadas pelos revolucionários franceses, os quais correlacionaram esses direitos a dimensões ou gerações. Assim, à previsão da liberdade ficou atrelada com os direitos de primeira geração, a previsão de igualdade ao de segunda geração e previsão de fraternidade a terceira geração (KERSTEN, 2005).

2 Revisão da Literatura

Relatos históricos indicam que a temática dos direitos humanos veio à tona em vários períodos e nas mais diversas sociedades politicamente organizadas, sendo oportuno lembrar, ainda, que o homem sempre se reuniu em grupos para melhor coordenar sua vida, razão pela qual torna-se difícil precisar quando se iniciou o debate em defesa desses direitos (KERSTEN, 2005).

No século XVII inúmeros autores defenderam os direitos humanos, mas foi, efetivamente, com o iluminismo (século XVIII) que houve grandes mudanças no rumo da humanidade, começando com a Declaração de Virgínia (1776-1786) e posteriormente com a Revolução Francesa -1789 / 1799- (KERSTEN, 2005). Já no século XX (1948) a Declaração Universal dos Direitos do Homem representou a primeira tentativa de positivação daqueles direitos que seriam comuns a todos os seres humanos (CRUZ, *et al*, 2011).

Hodiernamente o principal documento que consagra os direitos humanos no âmbito internacional e serve de referência ao exercício da cidadania é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da qual o Brasil é signatário, que foi criada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 1948 (OLIVEIRA 2001 apud RAMOS 2012).

O texto fundamenta-se no respeito aos direitos e às liberdades individuais e coletivas, esclarece Ramos (2012, p.19) “que seu principal objetivo é promover entre os Estados-membros da ONU a adoção de políticas públicas e legislações nacionais que tivessem como parâmetros normativos os artigos contidos na DUDH”.

Isto porque, após a segunda grande guerra mundial houve necessidade de se reafirmar, pela comunidade internacional a importância dos direitos humanos já incorporados, bem como de se fazer a inclusão de outras proteções ao cidadão, já que aqueles foram esquecidos e negligenciados durante esse período (BOBBIO, 1992).

Por último cabe ressaltar, que na legislação nacional os direitos humanos estão consolidados na CF (BRASIL, 1988) no título sobre os direitos e garantias fundamentais, sem prejuízo de outros artigos e legislações que possam zelar pela matéria. Encontram-se nesses dispositivos toda a evolução internacional dos direitos humanos (PORTAL BRASIL, 1948).

2 Revisão da Literatura

2.1.1 A saúde no rol dos direitos humanos

Trindade (1997, p. 17) descreve a trajetória histórica da saúde no rol dos direitos humanos, a partir da constituição da OMS (Organização Mundial da Saúde) em 1946, diz que “a primeira menção à saúde, internacional, enquanto direito fundamental, ocorre na constituição da OMS em 1946, onde se consagra alto padrão de saúde física e mental, sem discriminação”.

Ainda sobre o tema, o mesmo autor (1997, p.17) relata que em 1948 o direito à saúde aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu artigo 25:

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

Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais faz referência mais clara e precisa (TRINDADE, 1997), ao declarar que toda pessoa tem direito de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental (ONU, 1966).

A Declaração de Alma-Ata (1978) delineia o direito à saúde da seguinte forma:

A saúde é um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença e de enfermidade, é um direito humano fundamental e sua realização no mais elevado nível possível é o mais importante objetivo universal cuja realização requer ações de outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde (OMS, 1978).

Segundo Siqueira (2008) a questão do direito à saúde foi mais acertadamente posta e organizada pelo Comitê dos Direitos Sócio- Econômicos e Culturais (ONU, 2000), que a expôs detalhadamente, nos seguintes termos:

Saúde é um direito humano fundamental indispensável para o exercício dos outros direitos humanos. Todo ser humano tem o direito de usufruir o mais alto padrão de saúde que leve a viver uma vida digna. O direito à saúde está estritamente relacionado e depende da realização dos outros direitos humanos, como consta na Declaração Universal dos Direitos, incluindo os direitos à alimentação, à moradia, a trabalho, à educação, à dignidade humana, à vida, à não-discriminação, à igualdade, à proibição contra a tortura, à privacidade, ao acesso à informação e as liberdades de associação, reunião e deslocamentos. Esses e outros direitos e liberdades se referem a componentes integrais do direito à saúde. O direito à saúde abarca uma grande gama de fatores socioeconômicos que promovem condições as quais possibilitam os indivíduos levarem uma vida saudável, reforçando os determinantes da saúde, tais como alimentação e nutrição, moradia, acesso

2 Revisão da Literatura

à água potável e saneamento adequado, condições de trabalho seguro e saudável, e ambiente saudável. O direito à saúde contém liberdades e prerrogativas. As liberdades incluem o direito de controlar sua própria saúde e corpo, incluindo liberdade sexual e reprodutiva, e o direito de estar livre de interferências, tais como o direito de estar livre de tortura, tratamento médico não consentido e de experimentação. Ao contrário, as prerrogativas incluem o direito a um sistema de proteção à saúde que ofereça igualdade de oportunidades para as pessoas (ONU, 2000).

Para Ventura (2010) o direito à saúde é tido como um direito humano voltado à proteção da vida e dignidade humana. Nessa linha Ventura (2010, p. 87), interpreta que “acredita-se que o respeito e a proteção ao direito à vida e à saúde sejam obrigações morais e legais simples de serem cumpridas”. Sendo ainda, necessário notar que a consecução do direito à saúde possui intrínseca ligação com a realização de outros direitos humanos, que engloba outras dimensões da vida humana (VENTURA, 2010).

A correlação entre a realização da saúde com a realização de outros direitos humanos também é adotada por Dias (2004) que pondera ser da responsabilidade dos governos o alcance da saúde através do respeito, da proteção e da promoção de direitos, principalmente de direitos sociais, devendo, ainda criar políticas, estruturas e recursos que os promovam e reforcem.

. A ausência de serviços de saúde efetivos vista de maneira global em países pobres, viola direitos humanos. O uso de mecanismos legais poderia contribuir na reparação dos direitos violado, no contexto da saúde pública. Um exemplo é o acesso a medicamentos antirretrovirais, por meio de uma previsão constitucional em países da América Latina (DIAS, 2004).

Na análise de Nygren (2004), no século XXI os direitos humanos à saúde tem recebido mais atenção das comunidades internacionais e dos movimentos de saúde pública, o que tem gerado muitos benefícios, fundando uma série de desafios para a saúde no sentido de direcionar ideias para encarar desafios e cumprir metas em âmbito global (NYGREN, 2004).

2.1.2 Dos direitos fundamentais

Beltramelli Neto (2018) observa que os direitos fundamentais, são os direitos humanos positivados, em regra, na ordem constitucional de um Estado.

Neste caso, constitui-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas

2 Revisão da Literatura

limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2003).

Os direitos fundamentais, conforme Comparato analisa:

São os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana (COMPARATO, 2003, pág. 49).

Morais (2011) assevera que direitos fundamentais quando institucionalizados, visam assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Suas proteções visam coibir o poder estatal e estabelecer condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Por se tratarem de axiomas que retratam não apenas direitos, mas também a razão de ser e os objetivos de um Estado, os direitos fundamentais se colocam como uma das previsões absolutamente vital a todas as Constituições (MORAES, 2011).

2.1.3 Distinção entre direitos humanos e fundamentais

Consumada as considerações acerca dos direitos humanos e fundamentais, é feita, uma breve distinção entre esses institutos jurídicos, para melhor compreensão do tema.

De acordo com Aragão (2008) direitos humanos e direitos fundamentais têm a mesma essência. A diferença entre ambos é de forma (formal) e não de conteúdo (material), já que os direitos humanos são institutos jurídicos do direito internacional, ao passo que os direitos fundamentais são institutos jurídicos do direito interno, estes integram um sistema constitucional como norma fundante do ordenamento jurídico interno (BRANDÃO, 2014).

Fazendo referência ao caso brasileiro, Brandão (2014, p.27) diz que "a concretização da CF/88 (BRASIL, 1988) subordina-se, inescapavelmente, à efetividade dos direitos fundamentais".

Sarlet (2006) ensina que embora sejam os termos correntemente empregados como sinônimos, a dissonância é de que o vocábulo direito fundamental se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera constitucional de determinado Estado, enquanto a expressão direitos humanos revela direta relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas

2 Revisão da Literatura

posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma ordem constitucional, revelando um inequívoco caráter supranacional.

Ainda no tocante a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais Oliveira (2010) lembra que os direitos humanos reportam a categorias normativas destinadas a assegurar a dignidade da pessoa humana, com reconhecimento em âmbito internacional, independentemente de vinculação a uma ordem jurídica interna específica, já os direitos fundamentais referem - se a categorias normativas, tomando em conta os direitos humanos acolhidos no ordenamento jurídico de um Estado (OLIVEIRA, 2010).

Da coalização do que esclarece os autores supracitados, infere – se que direitos humanos são aqueles ligados a liberdade e a igualdade e estão positivados no plano internacional. Já os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no texto constitucional de um Estado. Desta feita, o conteúdo de ambos é fundamentalmente o mesmo, o que difere é o plano em que estão consagrados.

2.1.4 Direitos fundamentais sociais ou direitos sociais

Na esteira dos direitos fundamentais de primeira geração, atrelados aos ideais de liberdade, estão os de segunda geração ou direitos fundamentais sociais (DFS), que tem seu escopo diretamente ligado aos ideais da igualdade (TRINDADE, 1997).

A historicidade aponta a Revolução Industrial como marco a presença dos direitos fundamentais sociais na vida dos cidadãos, já que foi cenário para a consagração desses direitos, pois, apesar de trazer desenvolvimento econômico, sacrificou a classe trabalhadora e aqueles que estavam à margem da sociedade, fazendo com que fosse preciso a interferência estatal para execução de mecanismos capazes de realizar a justiça social (MAGALHÃES, 2008).

Para Meireles, os direitos sociais podem ser definidos como:

Aqueles direitos advindos com a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio de sociedade seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos; são direitos que têm por escopo garantir que a liberdade e a igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercer por completo a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana (2008, p. 88).

2 Revisão da Literatura

O conteúdo das normas definidoras de direitos sociais privilegia a igualdade material, ao considerá-la condição essencial para o exercício pleno de outros direitos (BONAVIDES, 2007). Bonavides (2007, p. 564) reforça essa ideia afirmando que os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Como os direitos fundamentais sociais se ligam ao direito de igualdade criam condições mais propícias para o alcance da igualdade real e do exercício efetivo da liberdade, além do que servem de pilares ao Estado Democrático de Direito (SILVA, 2004).

Silva (2000) outro eminente constitucionalista interpreta que os direitos sociais são direitos fundamentais humanos de caráter prestacional, e por serem de segunda geração, devem atuar de forma positiva, possibilitando melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem realizar a igualdade de situações sociais desiguais.

Importante lembrar, que quanto à geração ou dimensão dos direitos fundamentais há visível antítese acerca da natureza, enquanto os de primeira geração se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os de segunda tem natureza positiva, já que requerem prestações do ente Estatal (SARLET, 2001).

Para Lafer (1988, p.127-128) “os direitos sociais descritos na Carta Magna são mais que direitos exercitáveis pelos cidadãos, são exigências que não podem ser adiadas”, direcionadas à realização social, cuja efetividade se dá a toda a coletividade e não exclusivamente a um indivíduo.

Quanto à positivação dos direitos sociais tem – se que foram inscritos internacionalmente em importantes diplomas, sendo os de maior relevância: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que elenca tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) quanto direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28); e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), com ampliação de suas previsões neste último (BARCELOS, 1996).

Lembra Bonavides (2007, p. 325) que esses dois instrumentos legais acima citados, “elevaram os direitos sociais ao nível de direitos humanos, passando a ter

2 Revisão da Literatura

vigência universal, independentemente de reconhecimento pelas constituições, já que dizem respeito à dignidade da pessoa humana”. (BONAVIDES, 2007).

Explica Meireles (2008) que em 1966 o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. O pacto abrangeu um rol mais extenso de direitos que os elencados na Declaração (DUDH, 1948). O Brasil foi signatário e promulgou esse diploma, através do Decreto nº 591, em 1992.

Mas, para que os direitos fundamentais sociais sejam assegurados se faz necessária a sua positivação nos textos constitucionais, como forma de alcançar força e possibilitar a sua exigibilidade inicialmente perante o ente estatal e em um segundo momento em face aos indivíduos (SARLET, 2006).

No ordenamento jurídico pátrio os direitos sociais estão arrolados, na Constituição Federal (BRASIL, 1988), no Capítulo II do Título II, reservado aos direitos e garantias fundamentais. Em seu art. 6º estabelece:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CF, 1988).

Como pode ser observada, pela própria disposição estabelecida em seu texto, a CF/88 (BRASIL, 1988) assumiu firme posicionamento de que direitos sociais são essencialmente direitos fundamentais, já que estão sob a égide do Título II, que trabalha os direitos e garantias individuais (SILVA, 2002).

À vista disso, a esse direito é assegurado todas as benesses dos direitos fundamentais individuais, tais como: aplicabilidade direta e imediata (artigo 5º, § 1º, CF/1988) (BRASIL, 1988); normatividade potencializada (norma de hierarquia superior); irrevogabilidade (cláusula pétrea, art.60, parágrafo 4º, inciso IV, CF 1988) (BRASIL 1988).

Contudo, a questão dos direitos sociais como categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, ainda arvora celeuma em parte dos doutrinadores. Entretanto, a doutrina majoritária entende que os direitos fundamentais da pessoa humana abrangem também os direitos sociais, não apenas como matéria constitucional, mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana (BARRETO, 2003).

Vicente de Paulo Barreto destaca que:

2 Revisão da Literatura

O constituinte considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do Estado Democrático de Direito, ao listar os valores supremos da Constituição e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos. O legislador constituinte ao refletir um novo paradigma, tornou os direitos sociais, nos termos em que se encontram na Constituição de 1988, direitos fundamentais, mantendo relação de igualdade com os direitos civis e políticos (BARRETO, 2003, p. 58).

Como importante corolário da equiparação dos direitos sociais aos fundamentais, tem – se a inserção dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas, art. 60, § 4º, IV, da CF (BRASIL, 1988), blindando essa categoria de direitos contra reformas (SARLET, 2007).

Embora não nomeados, os incisos do art. 60, § 4º, da CF (BRASIL, 1988) recebem implícito cognome de cláusulas pétreas, também chamadas de cláusulas de eternidade ou de inamovibilidade. Em sentido constitucional, referidas cláusulas exprimem a ideia de que existem algumas normas que não podem ser alteradas, tornando-se irreformável o dispositivo, regulado pelo Poder Originário (SARLET 2007).

A irrevogabilidade as cláusulas pétreas revela um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a destruição ou profundas mudanças. São, portanto, limites fixados ao conteúdo de uma reforma constitucional e que atuam como verdadeiras limitações ao exercício do poder constituinte reformador (MENDES, 1990).

Para Bonavides (2004) tanto a emenda constitucional quanto a lei ordinária que abolirem ou afetarem a essência protetora dos direitos sociais, padecem da eiva da inconstitucionalidade.

Nesse contexto, chega-se à questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, que destaca a característica da vinculação dos poderes públicos, já que se qualificam, juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado. A garantia e a realização dos direitos fundamentais é um dever do Estado, que não pode ser afastado, sob pena de ofensa à constituição (GONET, 2005).

Nos termos do art. 5º, § 1º da CF (BRASIL, 1988) a realização dos direitos sociais, sem exceção, possui aplicabilidade. Porém Faria (2001) analisa que em termos práticos os direitos sociais não apresentam a mesma eficácia que os demais direitos fundamentais de primeira geração, pois aqueles são direitos prestacionais, exigindo prestações e atuação concretas do Estado. Segundo o autor (2001, p.76):

2 Revisão da Literatura

Não há como negar que a aplicabilidade imediata de determinados direitos sociais é de uma eficácia limitada, conforme classificação já que tais direitos são emanados de normas de eficácia limitada, isto é, versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social. Não se pode, contudo, afirmar que os direitos sociais são normativamente simples proposições programáticas políticas e não vinculantes. A falta de condições táticas (ou seria falta de vontade política?) para aplicá-las não condiz com os ditames extraídos da Magna Carta, na qual a dignidade humana impera como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Por fim, importante destacar que a maioria dos países acompanhou a tendência mundial, pós - segunda guerra, de inserir nas suas constituições além dos já tradicionais direitos fundamentais individuais os direitos fundamentais sociais, sendo certo que no Brasil não foi diferente (SILVA, 2004).

2.1.5 A saúde na esfera dos direitos fundamentais sociais

Antes de iniciar o tema propriamente dito, serão trabalhadas algumas ponderações acerca do conceito de saúde e como se deu a sua evolução.

A evolução do conceito de saúde fez trajetória do biomédico - tradicional para o ampliado, trazendo neste percurso importantes reflexões de quanto às questões sociais, econômicas e políticas influenciam quando o assunto envolve saúde (ROSEN, 1994).

Até meados do século XVIII, a doença era vista como um elemento pertencente ao ambiente, assim como qualquer outro elemento da natureza. De forma tal, que preponderavam as pesquisas com enfoque na análise da doença, enquanto o conceito de saúde era negligenciado, ou na melhor das hipóteses era tido como algo secundário, já que entendia – se por saúde a ideia da não doença (BATISTELLA, 2007).

Helmam (1994) logra da mesma concepção, pois ensina que ao inverso da doença que sempre esteve no centro da discussão, a saúde parecia ter sido preterida, ao segundo plano, por filósofos e cientistas. Sendo certo, que a visão da saúde entendida como ausência de doença era largamente difundida no senso comum.

Para Batistella (2007) a forte influência do modelo biomédico ou tradicional, centrado na doença, levou a maior parte das pessoas ao entendimento de que “saúde é não estar doente”. Contudo, defende Batistella (2007, p.89) “esta é uma definição extremamente limitada, de tal modo, que nem sempre a ausência de sinais e sintomas de doença indica uma condição saudável”. Diversos autores exerciam postura crítica ao que se entende por definição negativa de saúde.

2 Revisão da Literatura

Apesar das inúmeras críticas que pairavam sobre o conceito biomédico que centrava na doença e a latente necessidade de mudança, os estudiosos do assunto ainda se debatiam na elaboração de um novo conceito (BERNARDO, 2012).

Sciliar (2007, p.32) assevera que “alcançar um conceito de saúde que envolva toda a sua significação é tarefa tormentosa e quiçá de poucos resultados, tendo em vista o caráter subjetivista que tal conceito carrega”. Mas é preciso considerar que a conjuntura social, econômica, política e cultural de um povo têm de ser observadas, uma vez que saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Isso também cabe para as doenças, pois aquilo que é considerado e percebido como doença é algo extremamente variável.

Dificuldades e insucesso a parte, para a comunidade internacional era notória a necessidade de mudanças. Assim, alguns órgãos internacionais foram criados e ganharam legitimidade para debater e consumir um conceito de saúde que trabalhasse com o bem estar dos indivíduos (CAPONI, 2003).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) tem em seu documento datado de 1948, enunciado da saúde como “um completo estado de bem-estar físico, mental e social,” (Declaração do Conceito Mundial de Saúde - OMS, 1948). Logo, embutido no conceito de saúde, passaram a existir questões individuais e sociais (SCILIAR, 2007).

O novo conceito de saúde evidencia uma tentativa de superar a hegemônica visão negativa da saúde. Em que pese, ter havido um grande passo, críticas quanto à subjetividade, dinâmica do processo e concretização incidiram sobre este conceito (FONSECA E CORBO, 2007).

Caponi (2003, p. 94) contrapondo – se a visão de Fonseca e Corbo (2007.p. 57-8) adverte que “apesar de existirem imperfeições no conceito de saúde da OMS as críticas não devem recair sobre seu caráter subjetivo, vez que este é um elemento intrínseco à conceituação de saúde-doença”. Referido autor (2003) entende ainda ser a subjetividade inseparável a conceituação saúde- doença, sendo certo que estará presente tanto em uma concepção restrita quanto em uma perspectiva ampliada de saúde.

Nesta linha, Siqueira (2008) leciona que a complexidade e a amplitude do atual conceito legal de saúde, que reconhece a essencialidade do equilíbrio interno dos seres humanos com o ambiente (bem-estar físico, mental e social), fazem com

2 Revisão da Literatura

que ele somente possa ser determinado na realidade socioeconômica e cultural de cada nação.

Ao mesmo tempo, para ter saúde é preciso considerar as características individuais, físicas e psicológicas e, também, o ambiente social e econômico em que se vive, portanto ninguém pode, individualmente, ser totalmente responsável por sua saúde, já que a saúde é determinada por um conjunto de fatores concretos que orientam a vida do indivíduo (Siqueira, 2008).

Influem na saúde, portanto, fatores individuais, como as condições físicas e mentais, fatores sociais, como o ambiente urbano insalubre ou a ausência de serviços básicos; fatores econômicos, como a recessão e o desemprego; fatores políticos, como a discriminação e as guerras civis (Siqueira, 2008).

Na discussão sobre o conceito de saúde, não será demais apresentar as considerações feitas por Batistella (2007), na histórica VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), realizada em Brasília, no ano de 1986. Batistella (2007, p.15) leciona que:

Conhecido também como “conceito ampliado” de saúde, foi fruto de intensa mobilização política, que se estabeleceu na América Latina durante as décadas de 1970 e 1980, em resposta às ditaduras que dominavam boa parte dos países àquela época e à crise dos sistemas públicos de saúde. O amadurecimento desse debate se deu em meio ao processo de redemocratização do país, na seara do movimento da Reforma Sanitária Brasileira e representou uma conquista social sem precedentes ao transformar-se em texto constitucional no ano de 1988.

Siqueira (2008), afirma que o fruto do trabalho realizado na VIII CNS foi à criação de um sistema público de saúde com acesso universal e igualitário, fincado na promoção, proteção e recuperação da saúde. O texto final elaborado previa “como princípios e diretrizes para um novo e único sistema de saúde a universalidade, a integralidade, a equidade, a descentralização, a regionalização e a participação social” (BRASIL, 1986).

A última versão do conceito ampliado de saúde teve seu enunciado com os seguintes termos (Brasil, 1986):

Em sentido amplo, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, é principalmente resultado das formas de organização social, de produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 Revisão da Literatura

Referidos princípios e diretrizes foram posteriormente implantados no texto constitucional de 1988. E a partir desse ponto passa – se a analisar a positivação do direito fundamental social a saúde no ordenamento jurídico pátrio, com base no conceito definido pela OMS (1948) e defendido na VIII CNS (1986).

A influência do novo conceito ampliado de saúde, que passa a considerar causas biológicas e sociais da doença, tem como corolário a criação de uma nova acepção jurídica de saúde, bem como a sua contextualização no ordenamento como direito fundamental social. Desta feita, prestigia a saúde como um serviço de relevância pública, vinculando o Estado, de forma incondicional (SAMPAIO, 2003).

Para Dallari (2008), a partir de 1988 houve um novo momento para direito à saúde, porquanto, além de incluí-lo no rol de direitos sociais (caput, art. 6.º), também estabeleceu princípios e diretrizes no título da ordem social. Devido a sua relevância Barroso (2009, p.33), lembra que “oposto aos demais direitos sociais, o direito à saúde tem mais contornos pormenorizados na Constituição (arts. 196 a 200), e seu conteúdo foi delimitado com maior precisão”, o que oportunizou a densidade jurídica necessária para a sua implementação judicial.

Quanto à dimensão do direito a saúde Sampaio (2003), segue o raciocínio de que corresponde à classificação de direitos humanos fundamentais em gerações, ajusta-se na 2ª geração, que envolve os direitos sociais, culturais e econômicos.

Almeida (2011) adverte ainda, que de forma pioneira uma constituição brasileira trata a saúde como um direito fundamental social, mas retrata a necessidade de se promover políticas públicas para sua implementação. Sobre o assunto o mesmo autor (2001, p.33) preleciona que a carta magna de 1988 “tratou de definir um arcabouço jurídico intentando a promoção imediata do direito à saúde, reservando certos conteúdos para serem delineados pela legislação infraconstitucional” (ALMEIDA, 2001).

A reflexão acerca do exposto conduz à percepção de que a saúde foi promulgada na Constituição Brasileira com as vestes de um novo conceito e *status* de direito fundamental social, o que até hoje é considerado como uma das maiores conquistas dos movimentos sociais no período da redemocratização do país, mas ainda percebe – se que a norma está bastante distante de sua expressão real e sua aplicabilidade ainda depende da efetivação muitas políticas públicas (DALFIOR, 2015).

2.1.6 Principais normas que embasam o direito a saúde no Brasil

Inicialmente, é preciso ter em mente que o direito sanitário ou direito da saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas, destinado a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços. (OLIVEIRA, 2010).

Atualmente, apoiado e estruturado em um conjunto normativo hierárquico, o direito a saúde no Brasil tem como principais normas a Constituição Federal (1988) e outros tantos diplomas infraconstitucionais tais como leis, decretos, instruções normativas, regulamentos, entre outros (SANTOS, 2010).

Vale lembrar ainda, que a previsão do direito à saúde foi tratada em todas as constituições brasileiras, mas sempre associada a uma determinada classe e contribuição. Àquela época, não se pensava a saúde como um valor a todos os brasileiros, tão pouco, como um direito fundamental social. Entretanto, foi na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) que a saúde ganhou notoriedade, foi à primeira dentre as constituições a garantir esse direito no rol dos direitos fundamentais (ROCHA, 1999).

A Carta Magna de 1988 faz o prenúncio do direito fundamental a saúde como direito social (art. 6º) tratando ainda, de princípios e garantias que asseguram a consecução desse direito (art. 4º, 5º), todos em consonância com os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 2º), quais sejam, a dignidade da pessoa humana, o bem-estar e a justiça social (LOPO, 1993).

Logo, torna-se claro que a Constituição de 1988 busca impor, definitivamente, ao ente estatal zelar pela saúde de todos aqueles que estejam no território nacional, não importando a sua nacionalidade ou se estejam no país de forma temporária (LEAL, 2009).

Para localizar a saúde no texto constitucional basta ir ao Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde), no qual é possível encontrar cinco artigos, percorrendo sobre o tema. Inaugurando com o artigo 196, que dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao

2 Revisão da Literatura

acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A Seção II, da saúde, aberta pelo já citado art. 196 (BRASIL, 1988), constitui o ponto central do direito à saúde, esse artigo ao dispor que a saúde é direito de todos, define seus titulares, e dever do Estado, indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do disposto no art. 199, que torna a saúde livre à iniciativa privada (LIMA, 2006).

Acerca da sistematização dos serviços de saúde, estabelece o art.198 da CF, em linhas gerais, a forma de organização do SUS, ao determinar ações e serviços de saúde em rede regionalizada e hierarquizada que obedeça como diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral e participação da comunidade (LIMA, 2006)

O artigo 199 e seus parágrafos dispõem acerca da liberdade conferida à iniciativa privada para, de forma complementar, participar do sistema único de saúde, por meio de contrato ou convênio, seguindo as diretrizes do SUS, proibindo a ela auxílios e subvenções, como também vedando a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo expressa disposição legal.

Sem prejuízo das disposições que tratam sobre a participação complementar, o artigo 197 da CF, prevê participação de pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada, a chamada participação suplementar, que teve posterior regulação infraconstitucional com as leis 9.656/98 (Lei que trata dos planos e seguros de saúde) e 9.961/2000 (Lei que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar) (RAMOS, 2010)

O artigo 200, caput, estabelece a competência e atribuições do Sistema Único de Saúde, remetendo a sua disciplina à lei, nos termos dos artigos 23, II e 24, XII, todos da Constituição Federal (COHN; NUNES; JACOB, *et al.*, 2006).

2 Revisão da Literatura

Concebidas as linhas gerais na CF, regramentos infraconstitucionais foram necessários para orientar detalhadamente o Sistema Único de Saúde, havendo edição de diversos instrumentos legais que tratavam da matéria (CASTRO, 2005).

Cabe lembrar, que ao dispor acerca da saúde a CF ostenta muitas normas de natureza programática, demandando complementação legislativa ordinária. Assim, como pondera Henrique Hoffmann Monteiro Castro, (2005) “o Estado assume a responsabilidade na criação dos serviços necessários à saúde e o faz por via de normas infraconstitucionais”.

Nesse propósito, o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal 8.080/90 (BRASIL, 1990), e a sociedade passou a contar com a primeira versão da Lei Orgânica da Saúde, alterada, posteriormente, pela Lei nº 8.142/90 (BRASIL, 1990), prevendo precisamente, objetivos e atribuições, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, que ratificaram as disposições constitucionais (CARVALHO; CECÍLIO, 2007). Referidas leis são tratadas como as Leis Orgânicas de Saúde, já que regulamentam o SUS em todo território nacional.

Dentre algumas das importantes alterações procedidas, pelo legislador ordinário, no texto originário da Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990), tem – se: Lei n.º 8.142/90, que trata da participação da comunidade na gestão do SUS (BRASIL, 1990); Lei n.º 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos a portadores de HIV (BRASIL, 1996); Lei nº 10.424/02, que trata do Atendimento e Internação Domiciliar (BRASIL, 2002); Lei 12.466/11, Das Comissões Intergestores Bipartite/Tripartite (BRASIL, 2011); entre outras.

Além dessas, vários diplomas legais foram editados com a finalidade de adequar o texto primário, adaptando melhor o sistema às necessidades da população. Em que pese o texto constitucional trazer direitos e garantias importantes, as normas infraconstitucionais é que detalham meios e procedimentos para concretização daqueles (LENZA, 2011).

Aqui o Lenza descreve, pontualmente, acerca da eficácia das normas: “em face das normas constitucionais de eficácia limitada, a CF não é norma autoaplicável, sendo imprescindível regulamentação infraconstitucional” (LENZA, 2011, p.55).

Ramos (2010, p. 61) conclui que:

Parece claro também que não basta ao constituinte impor metas e estabelecer funções, se não for além, não fizer com que tais imposições sejam cumpridas, estabelecendo aplicabilidade e eficácia a estes

2 Revisão da Literatura

dispositivos. Caso contrário, tais dispositivos permanecerão inertes, permearão o ordenamento jurídico de forma ineficaz, apenas como meras estipulações, meras previsões de cunho constitucional, mas que na verdade, na prática, de nada servirão, e não surtirão efeito algum.

O atendimento à saúde requer a intervenção legislativa que o regulamente, fiscalize e controle, pois cabe a lei convergir à constituição formal com a real, ou seja, a que existe no texto escrito com a que é vivida pelo povo (TEPEDINO, 2016).

Assim, o direito à saúde está constitucionalmente consagrado e garantido por uma "pluritutela normativa, ou seja, proteções em microssistemas jurídicos hierarquizado" (RAMOS, 2012, p. 53). Referida leis, visam acima e tudo a realização da nova ordem social, já que tem como meta e ideal de promover o bem estar de todos aqueles que estão no território nacional de modo igualitário (RAMOS, 2010).

2.2 Aspectos relevantes acerca do atual sistema de saúde no Brasil

Deixando de lado o longo contexto histórico que envolve a criação e implementação dos sistemas de saúde no Brasil, serão tratados aqui, apenas, alguns aspectos pertinentes ao atual sistema de saúde – SUS, com ênfase na CF de 1988.

Em meio à ditadura, iniciada em 1964, engendrava – se, no Brasil, a criação de um novo sistema de saúde, nos moldes formatado nos países da Europa, dentro da política denominada *Welfare State* (Estado do bem estar social), esse sistema visava colocar a saúde como direito de todos os cidadãos e um dever consequente do Estado (BERTOLLI, 1996).

Cabe lembrar ainda, que historicamente, apenas em meados do século XX consolidou-se a ideia de universalização da saúde. A datar desse período, países com sistemas jurídicos tão diferentes como Inglaterra, França e Alemanha passaram a garantir progressivamente o acesso universal aos serviços de saúde, seja por meio da ampliação do sistema de seguros sociais ou por meio da criação de sistemas nacionais de saúde (MARQUES NETO, 2003).

Ensina Marques Neto (2003), que o Brasil seguiu o exemplo de países como Portugal e Espanha, já que o reconhecimento da saúde como direito de todos, a ser garantido por um sistema público apto a oferecer assistência a todas as pessoas que dele necessitarem, apenas foi consagrado em fins do século passado.

Bertolli (1996) lembra que o movimento em defesa desse sistema público, que acontecia em pleno regime autoritário no Brasil, tinha vários protagonistas, dos

2 Revisão da Literatura

quais se destacavam os movimentos populares, as universidades, os partidos políticos progressistas, prefeituras com bandeiras progressistas, entre outros.

O debate, da proposta inovadora entre comunidade e técnicos resultou no projeto da reforma sanitária que foi, posteriormente, apropriado como programa de saúde da Nova República (CARVALHO, 2013).

A proposta da reforma sanitária, referendada pela população, por técnicos e gestores na VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, foi entregue aos constituintes que absorveram parcela considerável da matéria ao definir na CF\88 a Ordem Social e, dentro dela, a Seguridade Social (MENDES, 1999).

Importante observar, que a conjuntura que alicerçou a Carta Magna (1988) influenciou na inserção da saúde no contexto da Seguridade Social, a qual reúne áreas submetidas a risco social, fundadas no tripé da previdência, assistência e saúde (MENDES, 1999).

A partir daí, a saúde passa a compor junto à assistência e previdência o aparato estatal de proteção social, dependendo, apenas aquela última de prévia contribuição para sua utilização. (FIGUEIREDO, 2007).

Para Coelho (2003) esta conformação do sistema de saúde caracteriza o de tipo universal ou seguridade social, na qual todos os cidadãos, independente de contribuição específica tem acesso ao sistema, afastando o caráter mercantil do acesso à saúde.

Dentre as inovações trazidas para saúde pela CF/1988, a de maior impacto é a criação do Sistema Único de Saúde com peculiares características, tais como universalização, integralidade e igualdade sem perder de vista as diretrizes da gratuidade, hierarquização, descentralização do poder decisório e participação social (COHN, 2001).

Ademais a relevância pública dada à saúde, declarada na CF/88, tem o significado do destaque e proeminência desta, entre tantas outras áreas e setores. Mas, o novo sistema –SUS - recebe o desafio de atender universalmente as necessidades de saúde da população com um número limitado de recursos (COHN, 2001).

Visando garantir o atendimento, a própria constituição brasileira faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde, compondo o cenário compartilhado entre o sistema público e a iniciativa privada (NEGRI; GIOVANNI, 2001).

2 Revisão da Literatura

Mas, para Bahia (2005) diversos são os interesses envolvidos, gerando constante conflito entre o sistema público de saúde e a assistência privada, baseada no lucro. A celeuma assevera - se ainda mais, face à ineficiência e precariedade do estado em organizar boas políticas públicas sociais. A realidade mostra, ainda, que várias etapas de desenvolvimento social devem ser alcançadas para que os direitos adquiridos sejam efetivados.

2.2.1 Do Sistema Único de Saúde (SUS)

A Constituição Federal de 1988 previu, em primeira mão, a estruturação das ações e serviços de saúde em um sistema único, o denominado Sistema Único de Saúde — SUS. Cinco artigos institucionalizavam o novo sistema de saúde, com as principais demandas dos setores defensores da reforma sanitária (PAIN, 2011).

Segundo Pain (2011), as determinações da Carta Magna versam sobre um sistema nacional de saúde público, universal, com a unificação dos órgãos de saúde dos três níveis de governo, e participação complementar do sistema privado à cobertura do setor público, reformulando os desenhos operacionais na área de saúde que estavam em vigor.

Para auxiliar o administrador público na sua importante tarefa, o legislador constitucional optou por, expressamente, inserir no texto da magna carta as linhas mestras que deveriam ser seguidas para que o SUS se concretizasse de maneira condizente com a dignidade da pessoa humana e com o pleno respeito aos direitos humanos (PAIN, 2011).

Vasconcelos e Pasche (2012, p.531), conceituam o sistema da seguinte forma:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o arranjo organizacional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes desta política. Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim. (VASCONCELOS e PASCHE, 2012, p. 531).

Na mesma linha de raciocínio, Weichert (2004) explica que os princípios do SUS fornecidos pela constituição federal servem de base para o sistema e constituem seus alicerces, uma vez estabelecidos os princípios, também foram apontadas as diretrizes que devem ser seguidas para que se alcancem os objetivos do sistema.

2 Revisão da Literatura

Assim, se os princípios são os alicerces do sistema e as diretrizes são os seus contornos, restam evidentes que os objetivos do SUS devem ser alcançados de acordo com princípios fundamentais e em consonância com as diretrizes, expressamente estabelecidas pela constituição e pelas leis orgânicas da saúde (8.080/90 e 8.124/90) (WEICHERT, 2004).

Tais princípios e diretrizes vinculam todos os atos realizados no âmbito do sistema (sejam eles da administração direta ou indireta, sejam eles serviços públicos prestados por terceiros privados). Pain (2011) considera existirem quatro grandes princípios norteadores do SUS, que podem ser extraídos do artigo 196 da CF: o da universalidade, igualdade, integridade e isonomia.

Para Weichert (2004) a universalidade e igualdade estão ligadas à garantia do direito de acesso aos serviços de saúde oferecidos pelo SUS, para todos os brasileiros, sem distinção no tratamento. O significado destes princípios é relevante para a consolidação da democracia, pois, a partir de então, não apenas as pessoas com carteira assinada (ligadas à previdência) poderiam contar com tais serviços, mas toda a população e com igualdade de tratamento (BARROS, 1996).

De igual grandeza o princípio da integralidade, que encabeça a ideia de oferecer todas as modalidades de atendimento que as pessoas e comunidades necessitam: das iniciativas e ações de promoção e prevenção, até aquelas mais especializadas. Assim, o SUS procura ter ações contínuas no sentido da promoção, da proteção, da cura e da reabilitação (WEICHERT, 2004).

Referido princípio da integralidade, determina que as ações e serviços de saúde do SUS, devem abranger a promoção (educação em saúde, espaços de lazer e esporte, por exemplo), a proteção (vigilância em saúde, vigilância sanitária, saneamento básico, por exemplo) e a recuperação (assistência médica hospitalar, ambulatorial e farmacêutica, urgências e emergências, por exemplo) da saúde individual e coletiva (WEICHERT, 2004).

Sobre o assunto asseveram Vasconcelos e Pasche (2006, p. 535):

..esse princípio orientou a expansão e qualificação das ações e serviços do SUS que ofertam desde um elenco ampliado de imunizações até os serviços de reabilitação física e mental, além das ações de promoção da saúde de caráter nacional intersetorial.

Mas para Elias (2008) é de máxima relevância que o SUS observe em sua organização o princípio da equidade, que para mencionado autor (2008, p.14) é um

2 Revisão da Literatura

princípio complementar ao da igualdade, “significa tratar as diferenças em busca da igualdade”. Premissa que veio ao encontro da questão do acesso aos serviços, acesso muitas vezes prejudicado por conta da desigualdade social entre os indivíduos. Neste sentido, fala-se em prioridade no acesso às ações e serviços de saúde por grupos sociais considerados mais vulneráveis do ponto de vista sócio - econômico (ELIAS, 2008).

Por força da equidade, preleciona Elias (2008, p. 24-25) “o Estado deve estruturar a sua rede pública de saúde de forma que trate desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam”. O tratamento desigual dado a quem precisa é uma exigência que o princípio da equidade impõe ao Estado, justamente para garantir o princípio da isonomia (ELIAS, 2008).

Se o serviço público de saúde fosse oferecido de forma igualitária a todos, sem considerar as diferenças sociais, biológicas, econômicas ou culturais existentes entre as pessoas, o princípio da isonomia, apenas serviria para esconder as iniquidades sociais e individuais e, com isso, preservar ou promover injustiças. Assim, em nome do princípio da equidade é que o SUS organiza serviços voltados à atenção especial de grupos sociais como os idosos, crianças, gestantes, entre outros (ELIAS, 2008).

Como já observado, além dos princípios, existem as diretrizes organizativas, que buscam viabilizar um melhor funcionamento do sistema, dentre as quais estão: a descentralização com comando único, a regionalização e hierarquização dos serviços e participação comunitária (FRANÇA, 1998).

O processo de descentralização tem como objetivo alcançar a municipalização da gestão dos serviços. Assim, para cada esfera de poder (União, Estado e Município) haveria um responsável local, articulado com as outras esferas (CARVALHO, 1997).

A descentralização é entendida como uma redistribuição de poder e responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre as esferas de governo, a partir da ideia de que quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maior a possibilidade do acerto (CARVALHO, 1997).

Ainda na interpretação de Carvalho (1997) cada esfera governamental (secretários de saúde, estaduais e municipais, e ministro da saúde), deverá promover as políticas públicas necessárias, com determinada autonomia, até para destinar recursos a programas de saúde específicos.

2 Revisão da Literatura

Além disso, a gestão do SUS se funda no comando único em cada esfera de governo, isto é, na União o comando é do Ministério da Saúde, nos Estados das Secretarias Estaduais de Saúde e nos Municípios das Secretarias ou Departamentos Municipais de Saúde (CARVALHO, 1997).

Ao se falar da descentralização faz-se necessário pensar na regionalização. Como apontam Vasconcelos e Pasche (2006), o objetivo da regionalização é ajudar na melhor e mais racional distribuição dos recursos entre as regiões, seguindo a distribuição da população pelo território nacional.

Já com relação à hierarquização, o que se almeja é ordenar o sistema por níveis de atenção e estabelecer fluxos assistenciais entre os serviços de modo que regule o acesso aos mais especializados, considerando que os serviços básicos de saúde são os que ofertam o contato com a população e são os de uso mais frequente (VASCONCELOS E PASCHE, 2006).

Outra diretriz muito importante ao SUS e que, certamente, está ligada também a uma mesma raiz democrática pertinente ao sistema é a participação comunitária e a criação dos conselhos (MENDES, 1999).

A participação comunitária foi assegurada por lei (8.142/1990), o que valoriza a ideia de democracia participativa, pelo entendimento de que esta é a forma pela qual os usuários vocalizam suas necessidades e demandas (TRAVASSOS; CASTRO, 2012).

Travassos e Castro (2012) observam que para dar peso à participação popular foram criados os conselhos e as conferências de saúde para o exercício do controle social, voltados à análise e aprovação das diretrizes, planos e programas de saúde e monitoramento, avaliação e fiscalização da gestão e execução dos mesmos.

No tocante às atribuições, estão previstas no art. 200, da CF/ 88, que vão desde controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde até colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Estas têm como objetivo a promoção (eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos), proteção (prevenir riscos e exposições a doenças) e recuperação (atuar sobre o dano já existente) da saúde (MENDES, 1999).

Já o financiamento do sistema conta com recursos das três esferas de governo, portanto supõe solidariedade dos entes federados. Na União com recursos

2 Revisão da Literatura

do orçamento da seguridade social, e nos Estados e Municípios recursos próprios (impostos estaduais e municipais) somados as transferências da União, principalmente, as referentes aos Fundos de Participações dos Estados (FPE) e aos dos Municípios (FPM) (LIMA, 2005).

Considerando-se que o montante de recursos para o financiamento conta a participação majoritária da União (aproximadamente 55%), o SUS exige um sistema de transferências entre as esferas de governo, consubstanciado pelos Fundos de Saúde (Nacional, Estadual e Municipal), espécies de contas que vinculam os recursos disponíveis ao setor de modo a dificultar sua aplicação em outras áreas da administração (NEGRI; GIOVANNI, 2001).

Em que pese às políticas públicas de saúde serem de responsabilidade dos três entes federativos (União, Estados e Municípios) a prestação desse serviço não é de exclusividade dos mesmos, podendo ser feita de forma complementar pela iniciativa privada, conforme previsão constituição (BAHIA, 2005).

Acerca dos serviços privados de saúde Figueiredo (2007), discorre que além de serem de relevância pública, estão subordinados à regulamentação, fiscalização e controle do SUS. Aí se incluem tanto o sistema privado lucrativo exercido por pessoas físicas ou jurídicas individuais ou coletivas, prestadoras ou proprietárias de planos, seguros, cooperativas e autogestões, quanto o sistema privado não lucrativo, filantrópico ou não.

Nesse sentido, a lei 8080/90, reafirma a permissão já efetuada pela Carta magna, que a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde – SUS, em caráter complementar (FIGUEIREDO, 2007).

Em análise a estrutura delineadora do sistema, cumpre observar que a institucionalização do SUS promoveu uma importante mudança no acesso à saúde do país. Sobretudo, para aquela parcela da população carente que não tinha condições de contratar os serviços médicos de instituições de saúde particulares (LIMA, 2005).

Na visão de França (1998), durante muito tempo, a saúde não foi considerada um direito de todos. Por essa razão, o acesso aos serviços públicos de saúde era restrito para os trabalhadores assalariados e seus dependentes, que representavam pequena parcela da população de brasileiros.

A população carente era excluída desses serviços, ficando a mercê de caridade ou filantropia para ter acesso a algum tipo de atendimento médico. Além

2 Revisão da Literatura

disso, as políticas governamentais de promoção à saúde eram deficientes, o que deixava essa população mais vulnerável (FRANÇA, 1998).

Assim a concepção de um sistema único de saúde e sua institucionalização por meio da constituição foram um dos maiores avanços na luta pela construção de um país mais justo e menos desigual. Se ainda existem problemas no atendimento público da saúde, e não são poucos, é inegável o fato de que, a despeito disso, o SUS contribuiu para o fortalecimento da cidadania nacional, uma vez que o direito ao atendimento à saúde é um importantíssimo direito social (LIMA, 2005).

2.2.2 Participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde

Ao mesmo tempo em que a CF/88 previu que o Estado possui o dever de garantir a saúde da população, via SUS, franqueou a participação da iniciativa privada, essa formalização legal é amparada pelo artigo 199 da CF, sem prejuízo do estatuído no artigo 24 a 26 da lei 8080/90 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

Referida participação é tida como complementar e concretizada por meio das ações e serviços de saúde que, embora sejam prestadas por pessoas de direito privado são consideradas ações e serviços públicos de saúde. Nesta há configuração de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas jurídicas e a União, os Estados ou Municípios, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (GERSCHMAN, 1995).

Explica ainda Gerschman (1995) que as pessoas de direito privado que firmarem contratos ou convênios com o Sistema Único de Saúde, integram esse sistema e submetem-se a todas as suas diretrizes, princípios e objetivos, notadamente a gratuidade, integralidade e universalidade.

Assim, os hospitais, as clínicas, os laboratórios, as organizações não governamentais, as organizações sociais de interesse público, enfim, todo o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado que tiver firmado contrato ou convênio com os órgãos e entidades que compõem o SUS serão consideradas, para todos os fins, instituições-organismos do SUS (GERSCHMAN, 1995).

Quanto ao limite de atuação da participação complementar, restringe -se somente a o campo em que a iniciativa privada pode atuar na assistência à saúde. Fora desse campo, às atividades de saúde são circunscritas ao Poder Público, não

2 Revisão da Literatura

podendo, sob pena de se ferir a Constituição, permitir que o setor privado venha participar da gestão pública da saúde (MARQUES, 2003).

Segundo Marque (2003, p. 129) “qualquer tentativa tendente transferir para o setor privado a gestão da saúde, seja parcial ou total, é inconstitucional e necessitará de ação da sociedade ou do Ministério Público para coibi-la”.

Nesse ponto, importa refletir sobre o conceito de assistência à saúde, demarcando o seu conteúdo para que não se corra o risco de passar para a iniciativa privada o que a ela não foi permitido constitucionalmente como campo de atuação (MARQUES, 2003).

Assistência à saúde, no entendimento de Marques (2003, p.129), são:

As ações e os serviços que se voltam para a assistência direta ao cidadão, usuário dos serviços de saúde. Não se pode considerar nesse termo assistência à saúde as demais ações e serviços que competem ao Poder Público no âmbito do SUS, como o planejamento, regulamentação, fiscalização, controle, monitoramento, avaliação, execução do fundo de saúde, elaboração do plano de saúde, definição das políticas de saúde em comum acordo com os conselhos de saúde, poder de polícia sanitária, ações das vigilâncias em saúde, entre outras.

Mas à contrário sensu e usando de interpretação mais extensiva DI PIETTRO (2005) defende que a iniciativa privada tem como atribuições tanto a prestação de serviços públicos de saúde quanto o desenvolvimento de uma série de outras atividades, denominadas ações de saúde, relacionadas na Constituição Federal e na Lei 8.080/90.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que o serviço prestado por meio da iniciativa privada deve contemplar todas as atividades de competência do SUS. Tal entendimento vai ao encontro do que dispõe ao artigo 199/CF, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços (DI PIETTRO, 2005).

No mesmo sentido, DI PIETTRO(2008) pauta seu parecer, já que para o autor a complementaridade da participação privada no setor de saúde determina a inclusão de todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais, também aquelas de controle e fiscalização.

2 Revisão da Literatura

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal, em voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, referindo-se ao artigo 197 da Constituição Federal, foi categórico:

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 (BRASIL, 2007).

Alguns tribunais pátrios, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sinalizam tal compreensão, segundo a qual no centro da esfera hermenêutica deve constar o direito fundamental à saúde, cuja garantia não pode ficar à mercê de entraves formais despidos de utilidade. Eis o que consignou o referido tribunal em decisão:

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 parceira. 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 (SÃO PAULO, 2007).

Fixadas tais considerações, pode-se perceber que a complementaridade da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, prevista na constituição, não se refere à hipótese de incentivo estatal à prestação privada de serviços de saúde, mas de serviços públicos de saúde prestados por particulares. A hipótese refere-se, pois, a delegação de serviço público, com todos os consectários legais atinentes ao regime jurídico de sua prestação (MULLER NETO, 1991).

2.2.3 Do Sistema Suplementar de Assistência Médica - SSAM

Afora a participação complementar das instituições privadas, o setor de saúde comporta a prestação de serviços por particulares fora do sistema público de saúde – SUS. Nessa hipótese, ocorre a prestação de serviços privados que é prevista nos artigos 20 a 23 da lei 8.080/90 (BAHIA, 1999).

2 Revisão da Literatura

O caput do artigo 197 da constituição foi além do que autoriza o 199/CF, que trata da atuação complementar no SUS, visto que permite também a atuação da iniciativa privada fora do SUS, configurando o setor de saúde suplementar, por meio do qual muitos cidadãos buscam ações e serviços de saúde (BAHIA, 1999).

Entretanto, afirma Bahia (1999, p.33), “a regulamentação do setor pelo Estado só ocorreu com a Lei 9.656/98, que obriga a prover cobertura mínima de procedimentos nos planos e dá outras providências para proteger os consumidores”.

A saúde suplementar é o setor que abriga os serviços privados de saúde prestados exclusivamente na esfera privada. Representa uma relação jurídica entre prestador de serviço privado de saúde e consumidor, e organizada por meio de planos de saúde, prevista nas Leis Federais 9.961/2000 e 9.656/1998 (ANDREAZZI, 2004).

Na saúde suplementar, as ações e serviços desenvolvidos não possuem vínculo com o SUS, exceto, obviamente, os vínculos advindos das normas jurídicas emanadas dos órgãos de regulação do Sistema, tais como: Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Saúde Suplementar, entre outros (ANDREAZZI, 2004).

Weichert (2004) destaca que o aparato jurídico para a regulação do setor se completa com a Lei 9.961/2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) vinculada ao Ministério da Saúde, tendo entre sua missão promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

A despeito da legislação cabe apontar ainda, que existem diplomas legais específicos que privilegiam exclusivamente a perspectiva dos consumidores desconsiderando a existência dos usuários do SUS, ferindo frontalmente a tradição dos sistemas de bem estar social que inspiraram a seção saúde da constituição. (WEICHERT, 2004).

O Sistema Supletivo de Assistência Médica (SSAM) se organiza em várias modalidades de natureza diversa, sendo as principais dentre as lucrativas os planos de saúde, seguro saúde e os planos odontológicos. Dentre, as não lucrativas a autogestão, as cooperativas médicas, as cooperativas odontológicas e os planos de entidades filantrópicas. Portanto, diferentemente do SUS, o objetivo do SSAM é o lucro (modalidades lucrativas) ou a auto-organização para prestação de assistência médica (modalidades não lucrativas) (ALBERTI; MOTTA; SARMENTO, 2001).

2 Revisão da Literatura

Alberti (2001) comenta que a criação destas modalidades concretizou a forma como a sociedade se protegeu frente aos riscos inerentes a saúde, principalmente o de adoecer e necessitar de assistência médica, e não ter condições de arcar com os gastos.

O financiamento do SSAM se dá por meio de dois mecanismos: desembolso direto (pagamento com recursos próprios pelo adquirente do plano/seguro) ou através de renúncia fiscal, na qual há abatimento do imposto devido para pessoa física e jurídica, como incentivo ao uso do sistema privado (ROSA, 2006).

Desta forma, possui um financiamento privado, mas com subsídios públicos e o montante financeiro exato desta renúncia é difícil de ser alcançado, principalmente, devido à profusão de medidas que regulamentam esta prática e da complexa contabilidade realizada pelos órgãos arrecadadores (ROSA, 2006).

Mas, em nome da universalidade não raramente os usuários do Sistema Supletivo de Assistência Médica (SSAM) utilizam o SUS em alguns procedimentos de alta complexidade e no atendimento de emergência. Esta faceta da relação público/privado promove um subsídio considerável ao funcionamento do setor que de outro modo teria que investir neste tipo de serviço de maior custo, para poder comercializar os planos de saúde (PORTO; SANTOS; UGA, 2006).

Justifica ainda Porto (2006), que parte dos procedimentos de alta complexidade é viabilizada através do SUS, de modo a favorecer as estratégias comerciais das operadoras privadas.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, órgão regulador de saúde suplementar no Brasil, vem normatizando o setor para que este passe a cumprir a sua função social da forma mais harmônica possível com os princípios e diretrizes do SUS, mas ainda há muito a caminhar (PINHEIRO, 2013).

Ainda que deva seguir os princípios determinados pelo SUS, as empresas de plano de saúde não vêm respeitando os direitos dos consumidores, causando-lhes danos e sofrendo a interferência do Poder Judiciário para que sejam afastadas as práticas abusivas e desleais, bem como sejam inseridas medidas que assegurem a proteção do direito fundamental à saúde (PINHEIRO, 2013).

Pochmann (2005) busca contraste entre os sistemas e aponta como principal elemento o acesso aos serviços, já que no SSAM o acesso é facilitado e quase garantido (mas há exceções que geram demandas ao Judiciário) e no SUS dependem da disponibilidade do momento, ainda que as necessidades de saúde e

2 Revisão da Literatura

recomendações técnicas, nem sempre sejam passíveis de serem programadas para coincidirem com as disponibilidades do sistema.

Outro diferencial entre os dois sistemas diz respeito aos estratos populacionais que os acessam, Pochman (2005, p. 78-79) explica que:

Enquanto o SSAM atende os segmentos populacionais vinculados ao Brasil produtivo, da globalização (setores de ponta na produção industrial, capital financeiro, entre outros), portanto relativamente mais aquinhoados social e economicamente, ao SUS compete aqueles vinculados ao Brasil profundo, representados por uma massa de trabalhadores dos setores produtivos não globalizados, além dos pobres (pobreza relativa adaptada ao Brasil).

2.3 Serviços Públicos

2.3.1 Conceito

Trata – se de um conceito amplo que sofreu mudanças com o decurso do tempo, em face das necessidades sociais de diferentes momentos históricos. O Estado, através do ordenamento jurídico, determina quais são as atividades necessárias e essenciais à coletividade e a rotula como serviço público (MARINELA, 2016).

Para Marinela (2016) no Brasil o entendimento do que seja serviços públicos não encontra consenso doutrinário. As concepções sobre serviços públicos possuem distinções, principalmente no que concerne a abrangência dos mesmos. Neste sentido, a maioria dos doutrinadores propõe uma interpretação ampla do termo, pela qual estariam inclusos nos serviços públicos, em geral, todos os serviços prestados pela administração pública, direta ou indireta, ou ainda, por seus delegados.

Em uma enunciação tradicional, bem como nas sapientes palavras do mestre Carvalho Filho (2013) pode ser considerada como serviço público, toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente, sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

Como se nota de pronto, serviço público diz respeito à faceta prestacional do Estado, caracterizando-se por ser uma técnica jurídica que vincula o Estado à prestação de comodidades diretamente à coletividade (PASQUOALOTO, 1992).

Para este fim, Mello (2005, p.43) dissemina o seguinte entendimento:

2 Revisão da Literatura

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já na definição adotada por Meirelles (2006, p.329) que aborda um conceito amplo da expressão, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Meirelles (2006) destaca também que o conceito de serviço público abrange qualquer serviço prestado pela administração pública ou por seus delegados, independente da possibilidade de mesurar ou não a quantidade de fruição individual, ou se o serviço traz benefícios diretos aos indivíduos ou não. Tal conceito inclui entre os serviços públicos tanto os serviços *uti singuli* (prestados ao indivíduo), quanto os serviços *uti universi* (prestados à coletividade).

Sabe-se que o verdadeiro titular dos serviços públicos é o Estado, que faz prestação via seus entes políticos, União, Estados e Municípios (direta), ou por aqueles que integram a administração (indireta). Contudo não são excluídos do campo de atuação os particulares, que executa em nome próprio ou em nome do Estado, em caráter principal ou complementar, ficando sujeito a um tratamento específico e ao controle do poder público (MEIRELLES, ALEIXO; BURLE FILHO, 2013).

O próprio Poder Público regulamenta e fiscaliza a execução do serviço público, o art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), determina que:

Art. 175: Cabe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (BRASIL, 1988).

2.3.2 Formas de prestação dos serviços públicos

O ente estatal pode prestar o serviço público direta ou indiretamente. A princípio, a prestação de serviços públicos obedece a um desmembramento, há a prestação direta, levada a efeito pela própria administração, mediante a atuação de

2 Revisão da Literatura

seus órgãos e a indireta que consiste na transferência da prestação a um terceiro, que pode ser outra pessoa integrada na estrutura da administração ou um particular (ALEXANDRINO, 2010).

Di Pietro (2009) comenta também, que será serviço público prestado diretamente, quando a própria administração realizar a execução (entes políticos: União, Estados, DF, Municípios e seus órgãos) ou indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e delegadas) os executar.

A prestação indireta quando realizada por particulares, se concretiza mediante delegação, nas modalidades de concessão ou de permissão de serviços públicos, ambas precedidas de licitação obrigatória, podendo ainda ocorrer a sua delegação por ato administrativo de autorização, em caráter excepcional, bem como via parceria público - privada (PPP). Por conseguinte há quatro modalidades de prestação indireta: permissão, concessão, autorização e PPP (JUSTEN FILHO, 2008).

Nessa linha, Justen Filho (2010), assevera que quando o serviço público é prestado via delegação, o Estado abandona a função de provedor e assume a de fiscalizador e regulamentador, nesse papel se preocupa em criar instrumentos para proteger, regulamentar e fiscalizar essa nova forma de prestação do serviço, eximindo – se de inúmeras responsabilidades.

O diploma normativo que trata sobre as delegações é a Lei Federal 8.987/95, que estabelece as normas gerais sobre concessão e permissão. No que tange a PPP, por tratar-se de modalidade específica de concessão, foi instituída pela Lei 11.079/04 com o intuito de possibilitar a realização de investimentos de grande vulto por parte do Poder Público, sobretudo em infraestrutura, através da parceria com a iniciativa privada. Tais diplomas possuem caráter nacional, uma vez serem aplicáveis a todas as esferas (MOREIRA, 2010).

Quanto à titularidade dos serviços, na prestação direta, há entes públicos que prestam os serviços, consequentemente a administração pública detém a titularidade e a execução do mesmo (MOREIRA, 2010). Na prestação indireta, há agentes privados encarregados de prestar o serviço público, a administração pública detém a titularidade do serviço público, mas a execução é de um agente privado (PEIXOTO NETO, 2013).

2 Revisão da Literatura

Como pode ser observada, a titularidade do serviço não se confunde com a da prestação (ALEXANDRINO, 2010). Segundo a lição de (DI PIETRO, 2009, p. 45):

Quando a titularidade é exclusiva do Estado a prestação pode ser realizada por ele ou por alguém e seu nome, admitindo – se à transferência da sua prestação para os entes da administração indireta (autarquias, fundações públicas, agências reguladoras, agências executivas, empresas públicas e entes de cooperação) e para os particulares, aqui o Estado mantém a titularidade do serviço e transfere somente a prestação, por meio da delegação dos serviços, que abrange a concessão, permissão, autorização, parcerias pública – privada, convênios e etc.

2.3.3 Serviços Públicos Individual - *Uti Singuli e Geral - Uti Universi*

Sob a ótica da interpretação e classificação dos serviços públicos, dentre as inúmeras, a que se mostra relevante para este trabalho é a que leva em consideração o usuário e se adere ao caráter geral ou individual dos serviços, já que referida categorização tem estreita ligação com o financiamento direto ou indireto dos serviços (PAULSEN, 2005).

Em regra, de acordo com a os destinatários desses serviços (individuais – determináveis ou coletivos - indetermináveis) e a forma de remuneração (pagamento direto ou tributo) classificam-se entre serviços públicos *uti universi* e *uti singuli* (CARRAZZA, 2015).

Carrazza (2015, p. 148) propõe a seguinte distinção para serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*:

[...] os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos. Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. [...]. [Esses serviços não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas, sim, das receitas gerais do Estado, representadas, basicamente, pelos impostos [...]. Já, os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. [...]. Estes, sim, podem ser custeados por meio de taxa de serviço.

Neste contexto, ensina Santos (2006, p. 407) que os serviços públicos podem ser classificados em serviços gerais e serviços individuais, descrevendo:

Os serviços gerais, também denominados *uti universi*, englobam os serviços prestados a coletividade em geral, sem ter um usuário determinado. São considerados indivisíveis, porque não é possível medir e calcular o quanto cada um utiliza, devendo ser mantidos pela receita geral do Estado, via

2 Revisão da Literatura

tributos, com a arrecadação de impostos, como é o caso da segurança pública, educação. Pela sua própria natureza esta espécie de serviço não é passível de corte, suspensão, má-prestação ou interrupção. Já os serviços individuais, *uti singuli* ou específicos, são aqueles que tem usuário determinado, individualizável, são exemplos: água, energia elétrica. Ressalte – se esses serviços também são prestados a todos, mas com possibilidade de identificação dos beneficiados. Nessa hipótese é possível medir e calcular o quanto cada um utiliza do serviço, portanto, considerando um serviço divisível. Pode ser suspenso ou cortado se o usuário, por exemplo, não realizar o pagamento da tarifa correspondente.

No entender de Machado (2005) os serviços *uti universi* são aqueles prestados à coletividade, serviços gerais, que a administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, sendo remunerados através de impostos, como os de polícia, iluminação pública, calçamento, saúde, entre outros.

Por sua vez os serviços específicos e divisíveis, também chamado de *uti singuli*, são aqueles prestados à usuário determinado, sendo sua utilização particular e mensurável, como telefone, água e energia elétrica. Podem ser remunerados por meio de taxas ou tarifas, que é um preço público e consiste numa cobrança pelo poder público, vinculada a uma contraprestação estatal, que não tem natureza tributária, podendo sofrer alterações sem os rigores do direito tributário (MACHADO, 2005).

Em face dessa classificação a doutrina extrai-se controvérsia quanto ao que seria serviço público propriamente dito, já que Mello (2005) põe em dúvida a inserção de ambas as atividades no âmbito do serviço público, através dos conceitos de serviços *uti singuli* e *uti universi*.

Para MELLO (2005) consoante exposto, somente seria serviço público a prestação que, embora destinada a satisfazer um interesse da população em geral, seja singularmente fruível pelos indivíduos. O mesmo autor (2005, p. 43) aponta que “não obstante sejam os serviços programados para indiscriminadamente, atender a comunidade deve existir a possibilidade de ser utilizado separadamente. Em suma: a oferta deve ser ampla, e o aproveitamento individualizado”.

Conforme leciona Mello (2005, p.105-106):

Para a atividade administrativa ser caracterizada como ‘serviço público’ deve existir a possibilidade de o administrado dela usufruir diretamente, ou seja, dela tornar-se usuário, sendo que o oferecimento dessa utilidade ou comodidade material é feita indistintamente, à toda coletividade.

2 Revisão da Literatura

Compartilhando do entendimento do referido autor, Di Piettro (2005) considera que somente aqueles serviços que a doutrina tende a classificar como *uti singuli*, em contraposição aos serviços *uti universi*, seriam, portanto, conceituados como serviços públicos.

Outro autor a seguir essa linha de raciocínio é Paulsen (2005), pois entende que a própria constituição abre espaço para ser instaurado todo o debate, já que ela mesma diverge ao tratar do termo serviço público, ora inserindo as prestações *uti universi*, ora excluindo-as.

A diferença essencial seria a de que, no caso das prestações diretamente aproveitáveis (*uti singuli*), há uma relação jurídica direta, que vincula o prestador ao usuário, enquanto nas demais (*uti iniversi*) existem apenas usuários difusos, ou seja, os beneficiários são todos os componentes da sociedade. Argumenta-se, por isso, que estes últimos serviços, em geral, muito mais se assemelham às obras públicas, pois tem implicações positivas sobre a sociedade como um todo (GASPARINI, 2005).

2.3.4 Peculiaridades da prestação do serviço público de saúde

Conforme já observado, a prestação do serviço público pode ser realizada de duas formas: direta ou indiretamente. Há a prestação direta, levada a efeito pela própria administração, mediante a atuação de seus órgãos e a indireta que consiste na transferência da prestação a um terceiro, que pode ser outra pessoa integrada na estrutura da administração ou um particular (ALEXANDRINO, 2010).

Com relação aos serviços de saúde, persiste a divisão supramencionada, havendo, entretanto, algumas especificidades no que tange a participação complementar do particular no SUS (RODRIGUES NETO, 2003).

Discorrendo sobre a prestação do serviço de saúde, Pivetta (2013) faz referência ao art. 6º da CF/88 (Brasil, 1988) que trata da saúde como um direito social, integrado ao conceito de Seguridade Social (art. 194, da CF/88), que compõe a Ordem Social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, da CF/88).

Rodrigues Neto (2003) explica ainda que a política de saúde e os serviços dela decorrentes são regidos pelos artigos 196 a 200 da CF, bem como por um conjunto de leis que lhes dão configuração técnico-administrativa, sendo bastante diferenciada dos demais setores públicos acerca da sua organização e do seu funcionamento. Seu principal marco legal é a Lei nº 8.080/1990, regulamentada pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 (BRASIL, 1990).

2 Revisão da Literatura

Por determinação constitucional, o SUS é um sistema que integra ações e serviços públicos de saúde, em rede regionalizada e hierarquizada, o qual pode contar de forma complementar com os serviços privados de saúde, com ou sem fins lucrativos, com preferência para estes últimos (RODRIGUES NETO, 2003).

Nesse sentido, o serviço de atenção primária ou atenção básica não deve ser objeto de transferência ao setor privado, tampouco complementado por este setor (regime da complementaridade), por envolver poder de autoridade do Estado, em razão de ser o que ordena os demais, incumbindo-se das referências sanitárias e dos registros primários e permanentes da atenção à saúde, os quais devem conter a história de saúde do cidadão, sua trajetória no sistema de saúde, com todos os seus itinerários terapêuticos (MODESTO, 2011).

Em um segundo momento, a rede regionalizada pública poderá ser complementada por serviços do setor privado, sempre que o poder público verificar que suas disponibilidades são insuficientes, com preferência para as entidades sem finalidades lucrativas (MODESTO, 2011).

Essa complementaridade, que permite ao poder público, em razão de sua insuficiência, garantir assistência à saúde à população mediante a conjugação de serviços de titularidade pública com os de titularidade privada, poderá ser realizada tanto por entidades privadas lucrativas como por entidades sem fins lucrativos, não havendo distinção entre elas no tocante ao objeto da prestação dos serviços. Ambas podem prestar os mesmos serviços, remunerados pelos mesmos valores, desde que os tenham e atendam aos requisitos técnicos impostos pela administração pública e se submetam às suas diretrizes quanto ao seu funcionamento (RODRIGUES NETO, 2003).

Sobre o tema Modesto (2011, p. 34) esclarece:

As normas sobre a participação complementar inseridas no capítulo II da Lei nº 8.080/1990, demandaria regulamentação para elucidar dúvidas que sempre permaneceram nessa relação, em especial a questão da preferência das entidades sem fins lucrativos, bem como a própria licitação nem sempre viável, posto que, na maioria das vezes, cabe a declaração de inexigibilidade de licitar em razão das características organizativas do SUS - determinam que, quando as disponibilidades públicas forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o SUS poderá recorrer aos serviços 'ofertados' pela iniciativa privada, devendo formalizar a relação jurídica, mediante 'contrato ou convênio', observadas as normas de direito público.

2 Revisão da Literatura

Contudo, vale lembrar ainda, que não há diferenciação dos serviços complementares de saúde prestados por entidades com finalidades lucrativas e por entidades sem finalidades lucrativas em seu sentido *lato*. Ambas complementam igualmente a rede pública de saúde, mediante prestação de serviços de assistência à saúde. São os mesmos serviços previstos em tabela de procedimentos diagnósticos, ambulatoriais, médicos, terapêuticos e hospitalares (RODRIGUES NETO, 2003).

Os artigos 24 a 26 da Lei nº 8.080/1990 tratam do tema no Capítulo II, referente à participação complementar (BRASIL, 1990).

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

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

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

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

O fundamento principal da complementaridade está na 'insuficiência' dos serviços públicos para a garantia da assistência à saúde ao cidadão, de uma determinada área. Havendo comprovada insuficiência, a rede pública poderá ser complementada pelos serviços privados, que passarão a integrá-la nos limites de sua insuficiência, com preferência na contratação dos serviços das entidades sem finalidades lucrativas. Isso significa dizer, que a instituição privada irá prestar os seus serviços nas suas próprias instalações, observadas as diretrizes do SUS (RODRIGUES NETO, 2003).

Tem sido usual firmar contrato para ajustar a relação obrigacional com a entidade lucrativa e o convênio com as sem fins lucrativos. O que tem fundamentado de forma equivocada essa escolha não é o objeto da relação jurídica, mas sim a 'finalidade' da entidade: se lucrativa, o contrato; se sem fins lucrativos, o convênio (CARVALHO, 2003).

Quanto ao regime jurídico, não há que se confundir a delegação de serviços públicos aos particulares (Art. 175 da CF), com a complementariedade uma rede de serviços já existente. Como traço distintivo tem – se que o serviço de saúde não é

2 Revisão da Literatura

exclusivo, não depende de delegação para existir, não tem tarifa e pode complementar uma rede de serviço público existente. Já, os serviços públicos exclusivos dependem de delegação; é remunerado diretamente pelo usuário por preço público (CARVALHO, 2003).

Entretanto, independente do regime jurídico a ser seguido importa considerar que ambos são serviços públicos em essência e tem natureza pública, pouco importa se sua titularidade é pública ou privada, concessão via delegação (Art. 175 da CF) ou por prévia autorização constitucional (Art. 199 da CF), integra ou não a rede SUS, mesmo que a titularidade dos serviços, não seja exclusivamente pública a natureza jurídica do serviço de saúde deve ser uma só para a proteção do cidadão (CARVALHO, 2003).

Como lembra Carvalho (2003), a redação do Art. 197 da CF deixa claro quatro questões que levam a considerar a sua natureza pública: 1. Os serviços de saúde públicos ou privados são de relevância pública; 2. Os serviços de saúde públicos ou privados estão inteiramente sob regulamentação, fiscalização e controle público; 3. Os serviços públicos devem ser executados diretamente ou através de terceiros; e 4. Os serviços privados podem ser executados por pessoas jurídicas ou físicas (BRASIL, 1988).

A criação da Agência Nacional de Saúde (ANS), reguladora do seguro e dos planos de saúde, reforça o entendimento de que o serviço, em sua essência, mesmo quando tem titularidade privada, é de natureza pública e deve estar inteiramente em regulação, fiscalização e controle público (CARVALHO, 2003).

Ademais, as características da saúde e o papel que o poder público desempenha para garantir a sua prestação, promoção e recuperação, demonstra o reconhecimento de sua essencialidade, garantindo-lhe natureza pública, independentemente de sua titularidade (CARVALHO, 2003).

É sua natureza pública que permite a complementaridade do sistema público por serviços privados, mesmo sendo os mesmos lucrativos. Trata-se de uma mesma natureza para um mesmo serviço, independentemente de sua titularidade, por não ser este o seu traço distintivo, mas sim a sua fundamentalidade e relevância pública (GRAU, 1992).

Para Grau (1992), todos os serviços públicos são de relevância pública, podendo, ainda, alguns serviços privados também o serem. É importante considerar que o Art. 197 da CF trata dos serviços de saúde, públicos e privados. Por isso, referiu-

2 Revisão da Literatura

se a eles como de relevância pública, por estarem os serviços privados compreendidos naquela norma, garantindo a todos, sem distinção, mesma natureza pública (GRAU, 1992).

Não poderia a rede pública de saúde ser composta por serviços privados 'destituídos' do peso da sua fundamentalidade, como se fossem um serviço de mero consumo e comércio, sem nenhuma consequência que não a sua proteção no campo dessas relações comerciais (MANICA, 2010). Referido autor alerta que “seria um contrassenso compor um sistema público com um serviço de titularidade privada, se esse serviço não fosse, em sua jusgenética, público” (MANICA, 2010, p. 39).

Esse debate foi travado no Supremo Tribunal Federal (STF), com os ministros Joaquim Barbosa e Eros Roberto Grau (ADI 1266-55 e 1007-76) defendendo a saúde e a educação como sendo serviços públicos em sua genética, independentemente de sua titularidade, não sendo a titularidade executiva o que caracterizaria a natureza do serviço, demarcada pela CF como direito fundamental, dever do Estado e de relevância pública (MANICA, 2010).

Pode-se afirmar que, em sede de direito fundamental, a natureza pública do serviço é consequência. Não se pode comparar a atividade de saúde, considerada na CF como direito fundamental e dever do Estado, com as demais atividades que não o são. A própria autorização constitucional (Art. 199, *caput*) para a iniciativa privada atuar na assistência à saúde é decorrência dessa natureza (MANICA, 2010).

A saúde não é serviço público exclusivo, mas é serviço de natureza pública. A fundamentalidade desse direito é que leva à legitimação da atuação do Estado, no sentido de disciplinar essa prestação. É a natureza pública do serviço que permite que seja o sistema público de saúde complementado por serviço de titularidade privada e sujeito a maior poder de intervenção (MANICA, 2010).

Manica (2010) pondera que o mesmo debate foi travado pelos mesmos Ministros do STF, na ADI 1007-7, de 2005, na discussão do direito à educação, tendo o Ministro Eros Grau, relator, defendido que se a constituição diz que a educação e a saúde são livres, é exatamente porque elas são livres e independem de concessão ou permissão, embora sejam serviços públicos. “Acrescentaria que eles são de natureza pública e dever estatal, com autorização constitucional para o setor privado nelas atuar” (MANICA, 2010).

2 Revisão da Literatura

2.3.5 Vulnerabilidade e hipossuficiência dos usuários do serviço público de saúde.

Ensina Kowarick (2003) que a conexão dos vocábulos em latim *vulnerare*, que significa ferir, lesar, prejudicar e *bílis*, suscetível, teria dado origem à palavra vulnerabilidade. Conformado na matriz discursiva da bioética, o conceito de vulnerabilidade diz do estado de ser/estar em perigo ou exposto a potenciais danos, em razão de uma fragilidade atrelada à existência individual (KOWARICK, 2003).

Conforme entendimento compartilhado pelas áreas da saúde e assistência social o ser humano vulnerável não necessariamente sofrerá danos, mas está a eles mais suscetível, já que porta desvantagens, inclusive de natureza socioeconômicas, não alcançando patamares mais elevados de qualidade de vida, em função de sua cidadania fragilizada (KOWARICK, 2003).

A saúde reconhece a preponderância das conjunturas sociais sem desconsiderar a dimensão pessoal, para o enfrentamento das situações vulnerabilizantes. Assim, a compreensão sobre vulnerabilidade reordena as práticas de prevenção e promoção de saúde para um prisma mais contextualizado e atento ao aspecto social (ALMEIDA, 2010).

A identificação dos fatores que causam a vulnerabilidade e a adoção de medidas efetivas, na atenção à saúde, de grupos sociais fragilizados são desafios impostos ao Estado para a garantia do direito à saúde de forma universal, igualitária e integral (ALMEIDA, 2010). Nesse contexto, Almeida (2010, p. 537 - 538) relata que “as políticas públicas de saúde organizadas têm trabalhado fortemente com o conceito e identificação de grupos em condição de vulnerabilidade”.

O conceito de vulnerabilidade vem sendo explorado por diversos autores, defende Neves (2006) que referido conceito está relacionado a grupos sociais marginalizados, excluídos dos benefícios e direitos que deveriam ser comuns a todos os cidadãos. Essa marginalização confere fragilidade a esses grupos, comumente formados por cidadãos que vivem em contextos socioeconômico-culturais mais precários e complexos (NEVES, 2006).

Questões práticas indicam, que quando se trata de pessoas em condição de vulnerabilidade na área da saúde, preponderam duas causas: vulnerabilidade por condições de saúde, que afeta aqueles que, por alguma condição biológica ou do ciclo de vida, necessitam de cuidado mais específico; e vulnerabilidades socioeconômico-

2 Revisão da Literatura

culturais oriundas da condição de vida de determinado grupo e/ou indivíduo, que o torna mais fragilizado e dependente de tratamento diferenciado, a ser dado pelo sistema público de saúde (NEVES, 2006).

Hoje no Brasil muito se discute sobre as iniquidades de saúde que atingem principalmente os grupos em condição de vulnerabilidades socioeconômico-culturais. A análise de alguns indicadores demográficos sociais permite perceber correlação da vulnerabilidade com o nível de alfabetização, cor, renda e moradia (NEVES, 2006). Esse autor (2006, p.168) acredita “ser um dos desafios do SUS superar as dificuldades instauradas por essas iniquidades, especialmente nos centros urbanos, que concentram grande parte da população”.

O SUS vem trabalhando na linha de construção de políticas estratégicas que visam contemplar e orientar as ações em saúde para grupos em situação de vulnerabilidade. Essas políticas podem ser diferenciadas em três tipos: 1) políticas de saúde voltadas a grupos em vulnerabilidade socioeconômico-cultural; 2) políticas de atenção à saúde indígena; 3) políticas de atenção por fases dos ciclos de vida (NEVES, 2006).

A divisão nesses três tipos considera o objetivo principal de cada política, sendo que o primeiro tem o foco principal na equidade da atenção e na quebra de preconceitos; o segundo visa à garantia do acesso à saúde de forma integral e respeito às diferenciações culturais; já o terceiro foca a orientação técnica e assistencial, no cuidado, em diferentes momentos do ciclo de vida ou em condições biológicas específicas, como os privados de liberdade, pessoas com necessidades especiais, entre outros. (NEVES, 2006).

No entanto, as condições socioeconômicas do Brasil, bem como o fato de o SUS ainda ser um projeto em andamento, fazem com que a atenção à saúde dos grupos populacionais em condição de vulnerabilidade fique muito aquém do desejado (SANCHEZ; BERTOLOZZI, 2007).

É bem verdade que muito se avançou na especificação de políticas públicas de saúde voltadas para esses grupos populacionais, porém a ausência de um sistema público de qualidade afeta diretamente o desenvolvimento dessas políticas específicas. Para que deem certo, é preciso que o SUS esteja estruturado adequadamente, pois grande parte das ações e serviços de saúde voltados aos grupos em condições de vulnerabilidade é prestada no âmbito da rede de serviço geral do SUS (SANCHEZ; BERTOLOZZI, 2007).

2 Revisão da Literatura

Mas, além das iniquidades socioeconômicas e biológicas, a vulnerabilidade na saúde também deve ser tratada sob o prisma do direito e de proteções legais específicas. Considerando – se que todo o usuário do SUS é um consumidor de serviço público e, nesta qualidade é tido como vulnerável, cabendo aplicação de legislação que proteja a sua frágil condição, enquanto usuário de um serviço público (CASTRO, 2013).

Em vista das peculiaridades existente na relação entre usuários - consumidores e prestadores - fornecedores de serviços públicos de saúde, serão abordados aqui os conceitos jurídicos de vulnerabilidade e hipossuficiência, convencionados pela doutrina e jurisprudência civil e consumerista.

De acordo com os ensinamentos de Tartuce e Neves (2012, p. 55) “vulnerável é a parte mais fraca da relação, sendo que, reconhecidamente aqui, o consumidor é o vulnerável”. Desdobra-se a vulnerabilidade em quatro faces: informacional, técnica, científica e socioeconômica (TARTUCE; NEVES, 2012).

A ciência jurídica considera a vulnerabilidade como importante princípio norteador do direito consumerista, previsto no artigo 4º, I, do CDC, que reconhece a existência de uma parte vulnerável nas relações abrangidas por este diploma legal (CASTRO, 2013).

Art. 4º. (...)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, 1990).

Segundo Marques (2013) a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta, pois sempre se reconhece ante ao estado que ele se encontra e no momento em que adquirir bens ou serviço (TARTUCE; NEVES, 2012). Nesta perspectiva, referidos autores (2012, p. 87) diz que vulnerabilidade é:

Uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Percebe-se então que a vulnerabilidade elimina a premissa de igualdade entre as partes envolvidas, logo, se um dos polos é vulnerável as partes são desiguais e, justamente por força da desigualdade, é que o vulnerável deve ser

2 Revisão da Literatura

protegido por legislação específica, com o fim de garantir os princípios constitucionais da isonomia e igualdade nas relações jurídicas, minimizando deste modo as diferenças (LEAL, 2009).

Vale ressaltar, que a vulnerabilidade é fenômeno de direito material, diferente da hipossuficiência se encontra no direito processual. No vocabulário jurídico, hipossuficiência é um termo usado para se referir à parte que é considerada mais frágil ou carente financeiramente em uma relação processual (TARTUCE; NEVES, 2012).

Tartuce e Neves (2012) concluem ainda, que a hipossuficiência por sua vez, não se confunde com a vulnerabilidade, pois se apresentará exclusivamente no campo processual devendo ser observada caso a caso, já que se trata de presunção relativa, então, sempre precisará ser comprovada no caso concreto diante do juiz.

Como explica Carvalho (2008, p.08):

Em caso de carência financeira comprovada é possível que a pessoa apresente em Juízo uma declaração de hipossuficiência econômica, popularmente conhecida como "declaração de pobreza". A partir dessa declaração o Juiz pode determinar que as custas de um processo sejam gratuitas (justiça gratuita).

Referido autor (2008) alerta acerca da duplicidade do instituto, já que a hipossuficiência é usado nas relações de direito do consumidor, bem como nas de direito do trabalho, pois considera - se que o consumidor e o trabalhador são as partes mais frágeis da relação, em comparação com empresas e empregadores. Por esse motivo são considerados hipossuficientes.

Segundo a lei, são duas as principais previsões de hipossuficiência: 1º) Aplicação do art. 4º da Lei n.º 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária), que concede o benefício da justiça gratuita aos que alegarem pobreza e comprovando-a na forma da lei então, considera-se a parte hipossuficiente; 2º) Relaciona-se à inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC, mas que não se relaciona necessariamente à condição econômica dos envolvidos (GIDI, 1995).

Elucida Gidi (1995, p. 36) que “no caso da fragilidade técnica da parte, a hipossuficiência pode ser usada para determinar a inversão do ônus da prova”. A inversão é uma exceção que impõe que a prova de uma alegação deve ser feita por

2 Revisão da Literatura

quem é processado, contrariando a regra geral, que determina que a prova deve ser feita por quem processa e alega um fato ou um dano (GIDI, 1995).

Neste raciocínio, cabe fazer referência ao conceito de Tartuce (2012, p.55 – 56):

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento. Trata-se de um conceito fático e não jurídico fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto.

Cabe ressaltar ainda, que não há que se confundir a vulnerabilidade, enquanto princípio orientador para a aplicação do CDC, com a denominada hipossuficiência econômica ou técnica da parte autora, eis que nem todo consumidor deverá ser coberto pelo véu da hipossuficiência, mesmo sendo sempre vulnerável (GIOSTRI, 2005).

Logo, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente. Isto ocorre porque processualmente o consumidor pode ou não possuir meios de obtenção de prova, cabendo ou não a inversão do ônus da prova (ALMEIDA, 2006).

Desta feita, cumpre observar que grande parcela dos usuários do SUS se enquadra nos requisitos da vulnerabilidade, uma vez que tendem a apresentar fragilidade socioeconômica, culturais, biológicas, técnicas, processuais, entre outras, podendo, ainda ser considerados como hipossuficientes, dentro de uma relação processual (MARQUES; BEIJAMIN; MIRAGEM, 2013). Segundo esses autores (2013, p. 87) isso “os qualificaria para o recebimento de tratamento estatal diferenciado e específico, via políticas públicas e comando legais mais protetivos”.

2.4 Da Responsabilidade Civil

As concepções de justiça que, tradicionalmente, regeram as sociedades antigas, embasavam o pensamento de que o dano injusto, decorrente do descumprimento de um dever contratual ou pela desobediência a um preceito legal, deveria acarretar ao devedor o dever de indenizar o ofendido (TEPEDINO, 1999).

2 Revisão da Literatura

No aspecto etimológico, Gonçalves (2013, p. 41) ensina que “a palavra responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Nessa lógica, teria, então, o significado de obrigação de restituir ou ressarcir.

A responsabilidade traz em si a ideia de restauração de equilíbrio, de reparação do dano em um universo de múltiplas atividades humanas, em síntese, é a restauração do *status quo* anterior (GONÇALVES, 2013). Para este autor (2013, p. 24) “responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Venosa (2013, p. 36), define tal tema da seguinte maneira:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

O Código Civil (BRASIL, 2002) traz um título exclusivo para tratar acerca deste instituto, especificamente no Título IX, do Livro I, da Parte Especial, arts. 927 a 954, além de contar com os arts. 186 e 187 da Parte Geral, que referem-se aos atos ilícitos, pautando a base para da reparação civil no ordenamento jurídico.

A doutrina classifica a responsabilidade civil em duas espécies: em razão da culpa, que se divide em responsabilidade objetiva e subjetiva; e quanto à natureza jurídica do bem violado, dividindo em responsabilidade contratual e extracontratual ou *aquiliana* (VENOSA, 2013).

2.4.1 Da responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Num primeiro momento, prevaleceu no Direito Romano a responsabilidade civil objetiva, pois não havia a exigência de comprovação do elemento subjetivo para a exigência das cruéis penas impostas. No entanto, a partir da percepção de que as penas corporais constituíam meio impróprio de satisfação do direito lesado e percebendo-se que a não exigência do requisito culpa acarretava situações injustas, surge à necessidade de comprovação desta (TARTUCE, 2011).

2 Revisão da Literatura

Tartuce (2011, p. 27) esclarece ainda, que a responsabilidade civil subjetiva passou a figurar como regra nas codificações influenciadas pelo direito de Roma, como bem se observa a partir das leituras dos Códigos Civis Brasileiro de 1916 e 2002.

Á contrário sensu do que traz a teoria objetiva, a teoria subjetivista indica que somente poderá ser condenado a arcar pelos danos causados pela prática do ato ilícito, o agente que aja com culpa (*lato sensu*). Devendo ainda, existir nexo causal entre a prática e o dano (CAVALIERI, 2012).

Nos dizeres de Cavalieri (2012, p. 17):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

A diferença entre essas duas responsabilidades está no fundamento que se dá a cada uma delas. A responsabilidade subjetiva está vinculada à culpa, ou seja, a culpa é considerada elemento essencial para caracterizar a obrigação de reparar o dano (NERY; NERY, 2008). Essa modalidade de responsabilidade é conhecida, também, como teoria subjetiva ou da culpa e se fundamenta na ideia de culpa (GONÇALVES, 2013).

A comprovação da culpa do agente é elemento essencial para a caracterização do dano indenizável, sendo certo, que a teoria clássica vê na culpa a essência primária da responsabilidade civil subjetiva (CAVALIERI, 2014).

Para Nery e Nery (2008) não existem dúvidas de que a aferição da culpa é o instrumento necessário para chegar-se à condenação pelo cometimento de atos ilícitos sob pena, de injustiças. Por conta disso, é que a responsabilidade objetiva torna-se exceção dentro do campo inerente à responsabilidade civil (NERY; NERY, 2008).

Os pressupostos ensejadores da responsabilidade subjetiva foram apresentados pela primeira vez na doutrina francesa, e posteriormente alocados dentro do Código Civil Brasileiro de 2002 (NERY; NERY, 2008). O art. 186 (BRASIL, 2002), determina que:

2 Revisão da Literatura

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

À vista disso, Nery e Nery (2008) elucidam que para a aplicação da responsabilidade subjetiva na ocorrência de determinado ato ilícito, deverão ser observados: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; c) dano, revelado nas expressões violar direito ou causar dano a outrem.

Consoante à obra de Cavalieri (2012) a partir do momento que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927, caput do Código Civil.

Vale lembrar ainda, que na teoria subjetiva (doutrina tradicionalmente majoritária), a culpa deve ser entendida de forma genérica ou *lato sensu*, já que abarca dolo e a culpa em sentido *stricto* (TARTUCE, 2011).

Venosa (2013, p. 36) é outro autor a tratar da matéria, leciona que “a culpa genérica ou *lato sensu* compreende o dolo e a culpa em sentido estrito”. O dolo refere-se à ação ou omissão voluntária disciplinada no art. 186, CC (BRASIL, 2002), em outros termos, significa dizer que a pessoa viola intencionalmente um dever jurídico na intenção de prejudicar a outrem (VENOSA, 2013).

Nesta esteira, conclui-se que enquanto no dolo o agente pratica o ato na intencionalidade de alcançar determinado resultado, isto é, a pessoa deseja a conduta e o resultado, na culpa quer a conduta, porém, não deseja o resultado (VENOSA, 2013).

Mas, contrapondo – se a teoria regra ou majoritária adotada pelo código civil brasileiro, que tem como fio condutor o dolo e a culpa em sentido estrito, tem – se a teoria objetiva, na qual a responsabilidade civil se pauta na conduta humana, somada à previsão legal de responsabilização, pela atividade de risco que constituem o nexo causal que exigem a reparação, nos termos do parágrafo único do art. 927, CC (TEPEDINO, 1999).

2 Revisão da Literatura

Para Tepedino (1999, p. 175) “a expansão da teoria objetiva na codificação e na jurisprudência ocorreu na insuficiência da técnica subjetivista, para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados”.

Diniz (2013) faz referência à responsabilidade objetiva, como aquela que carrega em seu núcleo o dano causado, em detrimento da aferição da culpa e do dolo do agente causador do ato ilícito. Tem como fundamento de validade a necessidade de segurança, esperada de determinadas atividades, que, caso tornem-se inseguras, poderão trazer riscos ao indivíduo e à coletividade (DINIZ, 2013).

Em sua valorosa lição, Venosa (2013, p. 13) ensina:

A questão tem a ver com os princípios de dignidade humana do ofendido e da sociedade como um todo. Muito cedo se percebeu no curso da história que os princípios da responsabilidade com culpa eram insuficientes para muitas das situações de prejuízo, a começar pela dificuldade da prova da própria culpa.

Essa situação de exceção tem como princípio a garantia dos valores dos indivíduos e da sociedade, caso sofram danos inerentes à atividade de determinadas pessoas. Diante dessa responsabilização, mesmo que inexistir relação jurídica entre as partes, bem como culpa ou dolo da pessoa constrangedora da norma civil, esta deverá arcar com os danos causados na prestação da atividade, respondendo objetivamente na reparação (DINIZ, 2013).

Essa teoria, conhecida como do risco ou objetiva, tem como ponto de partida que todo dano é indenizável, devendo ser reparado por aquele que a ele está vinculado por um nexo de causalidade, independente de culpa. O que se torna necessário para a obrigação indenizatória é a ocorrência do dano e o nexo causal com a conduta (DIAS, 1997).

Para esta teoria, toda e qualquer pessoa no exercício de uma atividade gera risco de danos a terceiros que, uma vez ocorrendo, tem o dever de repará-los, mesmo que sua conduta seja isenta de culpa ou dolo (GONÇALVES, 2013).

2.4.2 Da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Em que pese à constituição federal dispor sobre a responsabilidade civil, a legislação civilista é quem traz em seus artigos, importantes dispositivos relacionados à responsabilidade objetiva e subjetiva, como se depreende dos artigos 186, 187, 927 todos do código. (NERY; NERY, 2008).

2 Revisão da Literatura

Nesse contexto, a responsabilidade subjetiva se mantém como regra primária, sem prejuízo da eventual necessidade de se aplicar a responsabilidade objetiva (GONÇALVES, 2013). Os art. 186 e 927 do CCB (BRASIL, 2002) retratam a teoria subjetiva, dispondo que:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (art. 186, CCB/2002).

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (art. 927, CCB/2002).

Não obstante o artigo 927 do CCB, acima transcrito, ser referência para a aplicação da responsabilidade subjetiva, há que se evidenciar que o seu parágrafo único franqueia a aplicação da teoria do risco no ordenamento pátrio, conferindo a possibilidade de se empregar a responsabilidade objetiva (MONTEIRO, 2003). Assim dispõe o parágrafo único do art. 927 do CCB:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Da evolução da teoria subjetivista, com pressuposto de validade no dolo ou culpa, consagrou a teoria da responsabilidade objetiva, que aceita, apenas, a existência de nexo causal entre o fato e o dano como requisito para indenização (FIÚZA, 2013).

Em determinadas hipóteses e em caráter excepcional, o sistema jurídico dispensa a ilicitude para que se classifique o fato como indenizável, requerendo apenas que se constate ofensa a um bem juridicamente protegido. Eis, então, o que se denomina de sistema de responsabilização objetiva (FILOMENO; MUSETTI, 2001).

Monteiro (2003) esclarece que a tendência evolutiva do direito positivo brasileiro sugere cada vez mais a opção pela teoria objetiva, ainda que de forma muito tímida, abandonando o já arraigado elemento culpa, de difícil constatação, e que na maioria das vezes permite a irresponsabilidade do agente causador do dano.

Mas, não foi apenas a legislação civilista que tratou da responsabilidade civil, observam Nery e Nery (2008) que a lei 8.078/90 (CDC), cumprindo o mandamento constitucional estampado no art. 5º, XXXII, também normatiza a matéria, nos seus arts. 12 a 17, prescrevendo que “o fabricante, o produtor, o construtor,

2 Revisão da Literatura

nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores “(BRASIL, 1990).

A aplicação da teoria objetiva nos contratos consumeristas trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil, a chamada responsabilidade nas relações de consumo (NERY; NERY, 2008). Sob o pálio dessa norma Filomeno e Musetti (2001, p.44) aduzem que pelo fato de sua vasta aplicabilidade, “não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje à responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo”.

A objetividade, aplicada no campo das relações de consumo é baseada na chamada teoria do risco no desempenho de determinadas atividades, por conta do risco que tais atividades criam tanto para os seus beneficiários quanto para a população em geral (FILOMENO; MUSETTI, 2001).

2.4.3 Responsabilidade civil dos prestadores de serviços públicos

O direito administrativo, por seus próprios fundamentos, acolheu premissa há alguns anos de obrigar o Estado a indenizar os danos originados de sua atuação ou omissão, independente de culpa (CAHALI, 2012).

Cahali (2012) neste sentido, afirma que o constituinte ao arquitetar a Constituição Federal de 1988, manteve o Estado na seara da responsabilização objetiva, nos termos do seu artigo 37, § 6º, privilegiando a teoria do risco administrativo:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

De acordo com a norma constitucional, é dever do ente estatal, desde que verificada conduta prejudicial, o ressarcimento adequado para retirar o administrado da situação onerosa na qual foi colocado, independentemente da existência ou não de culpa (CAHALI, 2012).

Note que não se exige a comprovação do elemento subjetivo do agente que age em nome do Estado, na responsabilidade objetiva a obrigação de indenizar surge em razão de um procedimento lícito ou ilícito, que produza lesão na esfera juridicamente protegida de outrem (CAHALI, 2012).

2 Revisão da Literatura

Predita responsabilidade, do artigo 37§ 6º do CDC, na prestação dos serviços públicos é direcionada para os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), entidades da administração pública direta e indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas Sociedades de Economia Mista, entre outras) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (MELLO, 2015).

Quanto à responsabilidade imputada ao Estado pelos danos causados a terceiros, por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (na delegação), entende – se que é subsidiária, sendo-lhe conferido o benefício de ordem. Significa dizer, que o poder público só responderá pelo dano diante da circunstância se o responsável primário não tiver condições de reparar o dano por ele causado (CARVALHO FILHO, 2013).

Explica ainda Carvalho Filho (2013, p. 570) que “a responsabilidade do Estado será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes”. Entretanto, nas situações, em que pessoas jurídicas de direito privado exercem serviços públicos, como ocorre, por exemplo, com as delegatárias de serviços públicos, por força de contrato administrativo, o Estado responderá subsidiariamente (CARVALHO FILHO, 2013).

Nessas hipóteses, a responsabilidade primária há de ser imputada à pessoa jurídica causadora do dano, não admitindo - se responsabilidade direta ao Estado, certo é que também não será lícito eximi-lo inteiramente das consequências do ato lesivo. Nesses casos, sua responsabilidade será subsidiária, ou seja, somente nascerá quando o responsável primário não tiver mais forças para cumprir sua obrigação de reparar o dano que deu causa (CARVALHO FILHO, 2013).

Desta forma, considera – se a responsabilidade objetiva como regra, legitimada na teoria do risco administrativo (MELLO, 2015). Entretanto, para Fiúza (2013) existem os casos de exceção, pois a doutrina e jurisprudência admitem a possibilidade de compatibilizá-la com a responsabilidade subjetiva, nos casos de danos decorrentes da conduta omissiva do Estado, seguindo, nesse caso, a teoria da culpa do serviço.

2 Revisão da Literatura

Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2013) também entendem que o Estado pode causar danos aos particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, a teoria a ser seguida para responsabilização será a objetiva. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão está eivada de dolo ou culpa, já que nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013).

A interpretação mais correta é de que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só ocorrerá quando presentes os elementos que caracterizam a culpa. Somente quando o Estado se omitir, diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano, é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos, (FIÚZA, 2013).

Sobre o emprego da responsabilidade civil da administração pública, Meirelles (2006) esclarece ainda, quanto à culpa da vítima no resultado danoso. Para este autor, a legislação deixa evidente que o Estado responde única e exclusivamente pelos danos que seus agentes causarem a outrem. Assim, havendo um dano por culpa da vítima, ficará o ente estatal isento de indenizar (MEIRELLES, 2006).

No mesmo sentido, Cahali (2012, p.28-29) leciona “a análise da expressão seus agentes e nessa qualidade, utilizadas na CF não deixa dúvida de que a teoria adotada é a do risco administrativo, e não a teoria do risco integral”.

Meirelles (2006, p. 339), do mesmo modo, defende que:

A teoria do risco integral, que é uma modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, foi abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa doutrina a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Essa teoria jamais foi aceita entre nós, embora haja quem sustente sua admissibilidade no texto das constituições anteriores.

Oportuna à lição de Di Pietro (2009, p. 71) de que “a carta magna adotou a teoria da responsabilidade objetiva do poder público sob a modalidade do risco administrativo e não sob a modalidade do risco integral”. Enquanto, essa obriga sempre a indenizar, aquela minimiza a responsabilidade do Estado, uma vez provada à culpa parcial e concorrente da vítima excluí - se a responsabilidade do Estado (GONÇALVES, 2013).

Assim, vale dizer que se a vítima incorreu em culpa para ocorrência de um evento danoso não há que se falar em indenização. Se a Administração Pública

2 Revisão da Literatura

estivesse sob os influxos da modalidade do risco integral, caberia a esta, a obrigação de indenizar desconsiderando o elemento culpa exclusiva da vítima.

Importante ressaltar, que além da culpa da vítima, caso fortuito e força maior, desempenham o papel de excludente da responsabilidade civil do Estado (FIUZA, 2013).

No campo infraconstitucional, também, existem dispositivos legais acerca da responsabilidade nas prestações de serviços promovidos pelos entes estatais ou quem lhes faça às vezes (GONÇALVES, 2013). O assunto foi retratado no Código Civil, com o seguinte teor:

Art. 43 CC. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (BRASIL, 2002).

Como analisado por Gonçalves (2013), referida legislação civilista que tem como regra a aplicação da teoria subjetiva, não afasta o emprego da teoria objetiva, sob a modalidade do risco administrativo para responsabilização dos prestadores de serviços públicos, conforme também disciplina o texto constitucional.

A justiça inerente à escolha da responsabilidade do tipo objetivo não se resume, apenas à distribuição dos ônus e encargos sociais. É que em razão dela, as probabilidades de o particular ver seu prejuízo reparado é razoavelmente maior (MELLO, 2015).

Para Cahali (2012, p. 28-29) “a culpa, que constituiria elemento probatório de maior dificuldade nas relações com o poder público, seria prescindível na seara objetivista, afastando maior óbice processual para o administrado”, que com mais facilidade terá acesso à reparação de seus direitos (MELLO, 2015).

Acertada qualquer divergência quanto à necessidade da comprovação do elemento volitivo, fica evidente que, pela dicção da atual regra constitucional e, de acordo com o regime comum da responsabilidade civil, ressalvadas as exceções, basta a demonstração do evento danoso e o nexo de causalidade com a conduta estatal para que o administrado possa formular pedido indenizatório (MONTEIRO FILHO, 2006).

2 Revisão da Literatura

2.4.4 Responsabilidade civil na prestação do serviço de saúde

2.4.4.1 – Esfera Pública

Como já tratado em enunciados anteriores, a responsabilidade civil do Estado na prestação de serviços públicos é dividida em objetiva com base na teoria do risco, e subjetiva com base na teoria da culpa, sendo aquela proveniente de conduta comissiva e mais benéfica para os administrados, pois não há necessidade da comprovação do dolo ou culpa para responsabilização, e esta proveniente de omissão e menos benéfica para os administrados, pois necessita da comprovação do dolo ou culpa para responsabilização do Estado (MELLO, 2015).

Mello (2015) ressalta que o Estado tem maior poder e recursos do que o particular, sendo mais que justo aplicar a responsabilidade civil objetiva do Estado com regra, quando da prestação de serviços. Contudo, há entendimentos diversos nos tribunais pátrios quanto à aplicação da responsabilidade civil, seja objetiva ou subjetiva, seja por ação ou omissão (MELLO, 2015).

A celeuma se destaca principalmente na área da saúde, quando se trata da responsabilização do Estado quanto à omissão, quando não há prestação do serviço ou esse serviço é prestado, com qualidade inferior à que deveria ser oferecida, no caso quando ocorre a má prestação do serviço público de saúde (DIAS, 2002).

Dias (2002, p. 77), fazendo referência ao serviço público de saúde comenta que “o país passa por crise em diversos setores, em destaque o setor da saúde pública, pois o Estado não tem oferecido tal serviço com qualidade, ou sequer tem prestado, e muitas vezes se omite na prestação”. Reiteradamente o particular sofre danos causados pelo o Estado, seja pela má prestação do serviço público, seja pela omissão na prestação (DIAS, 2002).

Quando o Estado causa dano ao particular, por omissão ou má prestação do serviço público de saúde, deve indenizar. A questão é que os tribunais de segunda instância e os tribunais superiores divergem quanto à aplicação da responsabilidade, não havendo um padrão, pois alguns entendem pela aplicação da responsabilidade civil subjetiva, que há necessidade de comprovação do dolo ou culpa para que o Estado possa indenizar, e outros pela responsabilidade civil objetiva, que não há tal necessidade (SANTOS, 2006).

2 Revisão da Literatura

Nesse aspecto, Santos (2006, p. 56) chama atenção mencionando que “os tribunais superiores, em destaque ao Superior Tribunal de Justiça, são antagônicos, pois aplicam tanto a responsabilidade civil objetiva do Estado quanto à responsabilidade civil subjetiva do Estado, para casos semelhantes”.

Ilustra essa realidade as ementas abaixo transcritas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PACIENTE ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. INOCORRÊNCIA DO DANO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. IV - **No caso de ato omissivo praticado pelo Estado, por serviço que não funcionou ou funcionou de forma tardia ou ineficaz, deve-se enquadrar a responsabilidade estatal como subjetiva, mormente não ter sido o autor do dano, sendo necessário, para tanto, a comprovação do comportamento ilícito praticado pela Administração Pública.** (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006, Recurso Especial nº 684.906 – SC, Rel. Min. Correia Franco). Grifos acrescidos.

Em outro caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou com o mesmo entendimento na aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de **seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.** 2. **Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.** 3. **Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.** (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005, Resp. nº 602.102/RS, Rel. Min. Eliana Calmon). Grifos acrescidos.

A Ministra Eliana Calmon, no julgamento do Recurso Especial nº 602.102 – RS, quando proferiu o seu voto, trouxe à baila a divergência jurisprudencial sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Alegou que tal entendimento diverge tanto na doutrina quanto nos julgamentos dos tribunais, ainda mais em se tratando em omissão do Estado quanto à prestação do serviço público de saúde (SANTOS, 2010).

2 Revisão da Literatura

Apesar da Ministra ter tratado de ambas as responsabilidades, deu voto no recurso especial, supracitado, favorável à aplicação da responsabilidade civil subjetiva do Estado, na qual deve ser demonstrado o dolo ou culpa do Estado para indenizar o particular (SANTOS, 2010).

No entanto, há posições divergentes das decisões acima mencionadas, as quais se aplicam a responsabilidade civil objetiva do Estado:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. MORTE DE PACIENTE EM SESSÃO DE HEMODIÁLISE. HOSPITAL ESTADUAL. DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO VALOR. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA PARCIALMENTE. APELO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 2 - O cerne do presente apelo se concentra na pertinência da indenização por dano moral e concedida à apelada pelo juízo a quo que entendeu pela responsabilidade objetiva do Estado de Pernambuco na morte do seu filho, ocorrida quando se submetia à sessão de hemodiálise, no Hospital dos Servidores do Estado. 3 - In casu, o Estado através de seus prepostos deixou de propiciar as condições mínimas necessárias ao tratamento do paciente, levando-o, por isso, a óbito. Os documentos colacionados aos autos, às fls. 24/28, informam o falecimento do enfermo por choque durante a hemodiálise. Note-se, também, às fls. 29 e 29 v, o jornais de grande circulação noticiando o fato ocorrido, equivalente à narração dos autos, acerca da morte dos dois pacientes que encontravam-se ligados à mesma máquina de tratamento renal, apontando problemas no seu funcionamento. Configurou-se, assim, o nexos causal a ensejar o dano moral, conforme o correto convencimento do juízo de piso. Pois bem, a hipótese submete-se ao comando do § 6º, do art. 37, da CF/88, que contempla a teoria do risco administrativo, pela qual o Poder Público tem o dever de indenizar os danos que as suas atividades e serviços causarem aos particulares. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015, Resp. n.º 510.469/ PE. Rel. Min. Assusete Magalhães). Grifos acrescentados.

A Ministra Assusete Magalhães, em decisão no agravo em recurso especial, manteve decisão do tribunal que aplicou a responsabilidade civil objetiva do Estado em se tratando de má prestação do serviço público de saúde, haja vista, que o Estado, através de seus prepostos, deixou de propiciar as condições mínimas necessárias ao tratamento do paciente, que veio a óbito. Por tal motivo o Estado tem o dever de indenizar, seguindo a teoria do risco administrativo, ou como conhecido, a responsabilidade objetiva do Estado, por suas atividades causarem danos ao particular (SANTOS, 2010).

No mesmo sentido, vale ressaltar outro acórdão, vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SANITÁRIO. INDENIZAÇÃO. CONTAMINAÇÃO POR HEPATITE C EM UNIDADE DE

2 Revisão da Literatura

SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA 'C'. ART. 255 DO RISTJ. TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. NÃO CONHECIMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO DA UNIÃO. ART. 4º DA LEI 4.701/65 E ART. 4º, § 1º, DA LEI 8.080/90. PROVIMENTO. HONORÁRIOS. AUMENTO. PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES. 5. **Considerando o provimento do recurso especial no que toca à inclusão da União no polo de responsabilização, localizo proporção de que este pessoa jurídica de direito público também arque com sucumbência em patamar idêntico ao suportado pela HEMOPE.** (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014, Resp. 1.423.483/PE. Rel. Min. Humberto Martins).

Como bem, percebe Santos (2010, p. 281 - 282):

O Ministro Humberto Martins, no julgamento do recurso especial, supracitado, além de manter a decisão do tribunal de origem, o qual condenou o Estado do Pernambuco ao pagamento de indenização ao particular pela má prestação do serviço público de saúde, aplicando a responsabilidade civil objetiva do Estado, ainda acrescentou a União no polo passivo da lide para arcar também com os custos da má prestação do serviço público de saúde.

A ilação que se faz acerca da incompatibilidade de posicionamento dos tribunais, é que o usuário, por ser a parte mais fraca na relação, deve ser indenizado de maneira mais consolidada, no caso pela responsabilidade civil objetiva do Estado (SANTOS, 2010).

Santos (2010) adverte ainda, que o Estado deve sim ser responsabilizado objetivamente pela má prestação do serviço público de saúde ou por sua omissão. Referido autor (2010) preceitua ser “necessário que os tribunais se posicionem de maneira mais favorável ao cidadão, pois, se o Estado é causador de dano ao particular, que seja responsabilizado de maneira objetiva”.

Nessa linha, no campo da responsabilidade civil do Estado, Gagliano (2011) entende que a responsabilidade pelos danos sofridos em hospitais públicos, bem como naqueles que têm convênio com o INSS, deverá ser informada pela teoria objetiva, pois se trata de responsabilidade de agente do Poder Público. Já decidiu a suprema corte que “não se concebe que o Estado moderno, que cuida de toda gente, deixe ao desamparo precisamente os que sofrem prejuízos decorrentes de má organização e funcionamento dos serviços públicos” (BRASIL, 1992).

2 Revisão da Literatura

2.4.4.2 Esfera Privada

Atualmente a responsabilidade civil na prestação dos serviços de saúde pelo sistema suplementar, iniciativa privada, deve ser analisada sob duas óticas distintas: a primeira refere-se à responsabilidade proveniente da prestação de serviço direta e pessoal do médico como profissional liberal; a segunda diz respeito à responsabilidade médica fruto do exercício de uma atividade empresarial, tal como hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, planos de saúde, entre outros. (CAVALIERI FILHO, 2014).

No que tange aos planos de saúde, a relação estabelecida entre esses e o contratante é nitidamente e inequivocamente de consumo, visto que preenche todos os requisitos presentes no Código de Defesa do Consumidor (CDC), tanto no artigo 2º quanto no artigo 3º (MENDES, 2013). Assim estabelecido:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 1990).

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Mendes adverte (2013, p. 737) que para extinguir qualquer dúvida que ainda possa restar, “após inúmeros recursos no Superior Tribunal de Justiça, este órgão editou em 24/11/2010 a súmula 469, que determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

A súmula consolidou o entendimento há tempos pacificado no STJ, de que as operadoras de serviços de assistência à saúde que prestam serviços remunerados à população têm suas atividades regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota (MENDES, 2013).

Sob este aspecto, interessante frisar que o CDC em sua essência, se preocupa com o consumidor em todos os aspectos, inclusive na proteção à vida e a saúde do cidadão (BACELAR FILHO, 2010). Note - se o artigo 14 do CDC, que assim estabelece:

2 Revisão da Literatura

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BRASIL, 1990).

Do mesmo modo, a lei que regulamenta os planos de saúde (9.656/1998) trata dos direitos e deveres das empresas que oferecem os serviços de assistência à saúde. Assim, a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços e empresas que administram os planos de saúde, é objetiva, seja por conduta comissiva ou omissiva (MENDES, 2013).

Se a conduta do fornecedor gerar algum dano ao consumidor, seja físico, seja psicológico, o plano de saúde pode ser condenado ao pagamento de indenização por dano ao consumidor lesado (MARQUES; LOPES; PFEIFFER, 1999). Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA NO ATENDIMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULAS STF/282 E 356. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. **Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica - se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. (...)**”. (STJ. Agravo Regimental no REsp. 1229872/AM, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, terceira turma, julgado em 17/05/2011).

Havendo prestação do serviço de saúde incorporada a uma relação de consumo, estabelecida entre consumidor – fornecedor, configura – se inquestionavelmente a tutela consumerista, bem como, a responsabilidade objetiva (teoria do risco) como regra. Necessitando, apenas, ser comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço.

Também se ajusta na linha consumerista a responsabilidade dos profissionais liberais, porém dotada de algumas peculiaridades, nos termos prescritos pelo § 4º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990):

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

2 Revisão da Literatura

Como já verificado, no “caput” do artigo está descrita a responsabilidade objetiva, utilizada como regra. Sendo exceção a de cunho subjetivo, descrita no parágrafo 4º do mesmo artigo. Assim, Na hipótese do dano advir de conduta praticada por profissional liberal, autorizado está, o emprego da responsabilidade subjetiva, teoria da culpa (MARQUES; LOPES; PFEIFFER, 1999).

MARQUES; LOPES; PFEIFFER (1999, p. 43) consentem que “a nossa legislação consumerista ao dispor sobre a responsabilização da atividade do profissional liberal, consagrou a necessidade de se perquirir a presença de culpa no seu agir, em qualquer das modalidades (negligência, imprudência ou imperícia)”, para responsabilizar os profissionais por eventuais danos causados ao consumidor.

A responsabilidade médica também é aferida no Código Civil Brasileiro, como se extra do artigo 951:

Art. 951 Aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2002).

Para os profissionais liberais a prova da culpa é essencial para o deslinde da responsabilidade civil. Mas, conforme Marques (2013) elucida na seara médica, notória é a dificuldade do vitimado, para fazer prova do dano sofrido. Por essa razão, em determinadas circunstâncias, o juiz pode inverter o ônus *probandi*, nos termos do art. 6º, VIII do CDC (MARQUES, 2013).

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990a).

Caracterizada a hipossuficiência do paciente, em face do desequilíbrio substancial entre as partes na relação jurídica, cabe ao órgão jurisdicional à justa intervenção para parear os polos (SILVA, 2007).

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Erro médico. Inversão do ônus da prova. **Saneador que afasta preliminar de ilegitimidade passiva e que, ao inverter os ônus da prova em ação de ressarcimento de danos por erro médico, não só valoriza a função do Judiciário no quesito ‘perseguição da verdade real’, como faz absoluto o princípio da igualdade substancial das partes, suprimindo a inferioridade da parte hipossuficiente.** (STJ. 3ª Turma. REsp. 668.216/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 02/04/2007).

Gonçalves (2013) faz notar, que o médico não responde somente por seus próprios atos, mas também pode vir a responder por atos danosos praticados por terceiros que estejam sob sua responsabilidade, como por exemplo, uma enfermeira, auxiliar.

2.4.5 Das proteções jurídicas do CDC

A proteção do consumidor no direito brasileiro é imputada ao Estado, assim o artigo 5º, inciso XXXII da CF/88 estabelece: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, de maneira que, neste momento, o consumidor passou a ser identificado constitucionalmente como agente a ser necessariamente protegido de forma especial (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008).

Como observado, inicialmente a proteção ao consumidor foi instituída em nível constitucional, com força de direito fundamental. Sob esse comando, em 1990 foi promulgada a lei de defesa do consumidor - Lei nº 8.078/90, passando a entrar em vigor no ano seguinte (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008).

Referido diploma legal é um notável instrumento para a regulação das relações de consumo, pois é através dele que se respaldada grande parte da proteção jurídica que os consumidores carecem para garantir seus reais direitos. Enquanto norma o CDC viabiliza igualdade, proteção e equilíbrio nas relações contratuais de consumo, bem como inibe abusos de fornecedores (ALMEIDA, 2006).

Neste quadro, a proteção à vida, saúde e segurança do consumidor é um direito que nasce atrelado ao princípio maior da dignidade, também constitucional e repetido no caput, do artigo 4º, do CDC, ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo (ALMEIDA, 2006).

O Código de Defesa do Consumidor está dividido em parte geral e parte especial ou parte introdutória e parte dispositiva. A parte geral ou introdutória do CDC vai do artigo 1º ao 7º, e a parte especial ou dispositiva se inicia no artigo 8º, se ocupando, juntamente com os artigos 9º e 10, da proteção à saúde e segurança dos consumidores. Certamente, esta ordem foi estabelecida em razão da importância do bem jurídico tutelado aqui: a vida do consumidor (NUNES JÚNIOR; MATOS, 2014).

Entende Nunes Júnior e Matos (2014) que o fornecimento de produtos e serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança do consumidor é

2 Revisão da Literatura

responsável pela maior parte dos chamados acidentes de consumo, como resultado da produção e do consumo em massa, de maneira que pelo sistema do CDC, estes danos contam com proteção: 1) civil, envolvendo a responsabilidade dos fornecedores perante os consumidores por danos decorrentes da nocividade ou periculosidade dos produtos ou serviços; 2) administrativa envolvendo a sua responsabilidade perante a administração federal, estadual ou municipal, pelo descumprimento de deveres previstos em normas legais ou regulamentares e 3) penal envolvendo a responsabilidade dos fornecedores perante a Justiça Pública pela prática de crime.

Para Almeida (2006, p.57) “com o CDC ocorreu à grande mudança, ou seja, foi criado um novo contrato capaz de resguardar os direitos dos consumidores, protegendo-o em relação aos abusos e lesões”. Daí dizer-se que o contrato passou a ter função social, pois não mais cuidava de preservar exclusivamente os interesses dos fornecedores, passando também a considerar a pessoa do consumidor (ALMEIDA, 2006).

Dessa forma, o consumidor passou a obter mais vantagens nos contratos de consumo, resultando em proteção integral e apreciação de seus direitos com mais facilidade (BACELAR FILHO, 2010).

Importantes princípios também vieram balizar a norma protetiva, dentre eles o dever de informar, que é uma das maneiras de proteção aos consumidores contra esses abusos, trata-se de um princípio fundamental na Lei n.8.078/90, aparecendo no inciso II do art. 6º, formulando uma nova formatação aos serviços e produtos que são oferecidos no mercado (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2008).

Por esse princípio o fornecedor é compelido a prestar todas as informações necessárias sobre cada produto e serviço oferecido, tais como, preço, qualidade, as características, os riscos, entre outras, de forma clara e objetiva, sem falhas ou omissões (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2008).

Trata-se de um dever exigido, antes do início de qualquer relação, sem ter sido efetuado qualquer compra, fazendo com que não possa ser oferecido produto ou serviço, sem as devidas informações (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2008).

2 Revisão da Literatura

Inferem Benjamim, Bessa e Marques (2008) que outra maneira de proteção é o princípio da transparência, expresso no *caput* do art. 4º do CDC, que tem como objetivo a obrigação do fornecedor de prestar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos, fazendo com que gere no contrato a obrigação de fornecer o conhecimento prévio do seu conteúdo.

Proibições de práticas abusivas são também formas de proteção ao consumidor, incluindo dentre essas práticas as cláusulas abusivas presentes nos contratos de consumo. Esta norma encontra amparo no inciso IV do art. 6º do CDC, e corresponde basicamente à proibição de abuso de direito por parte dos fornecedores, inclusive no conteúdo presente dos contratos, por meio das cláusulas inseridas (AMARANTE, 2008).

A nulidade de pleno direito (nulidade absoluta) é a sanção específica para as cláusulas abusivas. Em homenagem ao princípio da conservação do contrato, expresso no § 2º do art. 51 do CDC, o primeiro esforço do juiz deve ser no sentido de afastar unicamente a cláusula abusiva, mantendo-se os efeitos jurídicos das demais disposições contratuais (BENJAMIN; BESSA; MARQUES 2008).

Assim, o magistrado primeiramente deverá observar a presença de cláusulas abusivas nos contratos de consumo e, se existentes, ocorrerá à nulidade absoluta dessas cláusulas, permitindo assim que as demais disposições contratuais mantenham seus efeitos jurídicos (NUNES, 2005).

Em face da sua importância, o princípio da conservação está amparado de forma implícita no inciso V do art. 6º, e explícita no § 2º do art. 51, disposições legais que determinam a manutenção do mesmo contrato, mesmo após a ocorrência de alguma modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como o direito à revisão das cláusulas em função de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (NUNES, 2005).

O CDC tem também como forma de proteção adotada, a boa-fé, através do seu art. 51, inciso IV, que se trata de uma regra de conduta, ou seja, corresponde à forma de agir das partes conforme as atitudes de honestidade e lealdade com o propósito de firmar o equilíbrio nas relações de consumo (NUNES, 2005).

2 Revisão da Literatura

Explicam Benjamin, Marques e Bessa, 2008, p. 119 que:

No direito contratual, a boa-fé objetiva molda a nova teoria contratual, exigindo das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. O contrato, embora legítimo instrumento para a circulação de riquezas e a satisfação de interesses pessoais, não deve mais ser visto sob ótica individualista. Importa analisar sua função econômica e social.

Dessa maneira, a boa-fé objetiva é um dos princípios que norteiam os contratos, e exige das partes que propiciem um ambiente favorável a satisfação de ambos, durante aquele acordo que desejam firmar sobre determinado produto ou serviço (NUNES, 2005).

O princípio da equivalência contratual é outra forma de proteção utilizada pelo CDC, o qual está inserido no art. 4º, inciso III, tendo como função o equilíbrio entre as prestações e contraprestações em relação às partes, devido à forma como o consumidor é vulnerável e hipossuficiente (NUNES, 2005).

Outro contorno de proteção adotada pelo CDC é por meio do princípio da igualdade, regra fixada no art.6º, inciso II, para Nunes (2005, p. 127) “esse princípio tem como objetivo obrigar os fornecedores a oferecer condições iguais a todos os consumidores”, sem nenhuma distinção entre eles, com exceção dos que possuem proteção especial, como nos casos dos idosos, gestantes e deficientes, entre outros.

Diante dos contratos estabelecidos nas relações de consumo, o CDC reconhece em seus arts. 4º, I, e 6º, VIII, que o consumidor é vulnerável, devido à desinformação quanto aos serviços e produtos oferecidos no mercado (NUNES, 2005).

O consumidor torna-se frágil, por obra de aspectos de ordem técnica e econômica. Por não ter conhecimento técnico sobre o conteúdo das cláusulas, o consumidor também é reconhecido como hipossuficiente, já que não detém a sabedoria necessária para identificar o significado das cláusulas impostas nos contratos pelos fornecedores (AMARANTE, 2008).

A inversão do ônus da prova é também um dos meios de proteção ao consumidor, que é a parte mais frágil da relação, segundo o art. 38 do CDC. Em regra, toda pessoa que alega algo contra alguém tem a obrigação de produzir a prova, mas

2 Revisão da Literatura

nos processos originados pelos conflitos das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor permite ao julgador decidir sobre a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, ou seja, no caso que o consumidor alegar algo contra o fornecedor, este tem a obrigação de provar o contrário (CAVALIERI FILHO, 2013).

Esta regra se aplica sob duas conjunturas, uma é se o legislador reconhecer a verossimilhança dos fatos alegados pelo consumidor, tendo ele entendimento que seja verdadeira tal alegação, outra é quanto ao reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, no sentido de desconhecimento técnico e informático quanto ao serviço ou produto ofertado (CAVALIERI FILHO, 2013).

A inversão do ônus da prova se concretiza a partir do momento, que o magistrado reconhece e se manifesta em um caso concreto. Nunes (2005, p.73) ensina que:

Vale dizer, deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência e hipossuficiência técnica. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

Portanto, somente o juiz é o responsável pela apreciação e determinação da inversão do ônus da prova, através da presença da verossimilhança ou hipossuficiência, estando este obrigado a aplicar esta norma quando ocorrer a existência de pelo menos uma das duas alternativas estipuladas (CAVALIERI FILHO, 2013).

No que tange a responsabilização civil no CDC, há exceção à regra estabelecida no direito brasileiro, a responsabilidade civil patrocinada pelo Código de Defesa do Consumidor é objetiva (teoria do risco) que, em função da dinâmica do consumo, passou a ter uma área maior de incidência do que a responsabilidade subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2014).

A modalidade de responsabilidade subjetiva (culpa) é a regra no Código Civil, sendo exceção a responsabilidade objetiva, contida no art. 927, parágrafo único do CC e a disposta no art. 37, §6º da CF/88. Em âmbito consumerista, a concepção é outra, ou seja, no Código de Defesa do Consumidor a regra é de responsabilidade

2 Revisão da Literatura

objetiva, exceção é a responsabilidade subjetiva, aplicada só aos casos que envolvam profissionais liberais (MELO, 2010).

O conceito de responsabilidade objetiva, nos termos do CDC, foi edificado sobre três aspectos: a) a existência de um defeito no produto ou serviço; b) o efetivo dano sofrido (moral ou material); c) o nexo causal que vincula o defeito do produto à lesão sofrida. Para que seja configurado o dever jurídico de indenizar do fornecedor, necessário se faz a presença desses três elementos (MEIRA, 2013).

Melo (2010) ainda discorre que as prestações de serviço a título gratuito, noutras palavras, aquelas atividades em que não se vislumbra lucro nem vantagem financeira para aquele que a exerce, não estarão sob o pálio do Código de Defesa do Consumidor. Malgrado esse entendimento, atenção deve ser dada aquele serviço que à primeira vista parece ser gratuito, pois pode ocorrer de o fornecedor obter alguma vantagem patrimonial, ainda que indireta, que, nestes casos, reclama pela aplicação do CDC.

Nesse sentido, Souza (2012) ensina que quando o Código de Defesa do Consumidor se valeu da expressão mediante remuneração, assentada em seu §2º, do art. 3º, não quis se limitar à forma direta de pagamento, mas também alcançar a forma indireta de remuneração.

Para o autor supracitado, há fornecedores que se utilizam de estratégias comerciais para atrair o consumidor, valendo-se de serviços pseudo-gratuitos, quando na verdade a chamada remuneração encontra-se embutida, de forma sorrateira, em outros custos; é o caso do fornecedor que almeja algum interesse patrimonial na prestação de serviço, mas não torna explícita essa sua intenção. Nesses casos, aplicar-se-á o CDC (SOUZA, 2012).

Independente da área do direito pátrio, sempre que ocorrer a formação da relação de consumo, com a figura do consumidor e fornecedor, a legislação a ser utilizada é a do Código de Defesa do Consumidor (MELO, 2010).

Entende Cavalieri Filho (2014, p.15) que “na realidade, o CDC criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, normas aplicáveis em todos os ramos do direito onde ocorrem relações de consumo”.

2 Revisão da Literatura

Para sedimentar a questão da responsabilidade civil no âmbito consumerista, o Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvidas quanto à caracterização dos protagonistas na relação de consumo: consumidor e prestador de serviço ou fornecedor (BRASIL, 1990a).

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo - art. 2º, CDC.

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, **pública** ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços - art. 3º, CDC. (Grifo acrescido)

Quando o referido diploma consumerista elencou, dentre os seus dispositivos, as figuras do consumidor e do fornecedor, certamente, não estava limitando a relação à apenas duas personalidades, distintas (SOUZA, 2012).

A malha da responsabilidade do fornecedor é lançada, de forma solidária, sobre todos os que integram o elo básico da relação de consumo, quando autores da ofensa. De outro lado, equipara - se a consumidor todas as pessoas vitimadas por força da relação de consumo instituída, tal como a família que se contamina ou desenvolva patologias em decorrência dos vícios do produto (GONÇALVES, 2013).

Acerca da responsabilidade solidária do fornecedor, oportuna a transcrição do parágrafo único do art. 7º do CDC:

Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão **solidariamente** pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo - art. 7º, CDC - grifos acrescidos (BRASIL, 1990a).

O art. 3º do CDC, ao conceituar “fornecedor”, observa que este não se limita à esfera privada, eis que o próprio Estado, no exercício de suas atividades, também pode ser caracterizado como fornecedor (MELO, 2010).

2 Revisão da Literatura

Por fim, cumpre esclarecer que a CF reconheceu no consumidor a parte mais vulnerável da relação de consumo. Porquanto, o Estado, por intermédio de todos os seus órgãos e funções, deve ter como concepção básica que na relação consumerista o consumidor é a parte vulnerável promovendo intervenção protetiva, seja para garantir direitos ou para instituir um organismo que se oponha ou coíba danos aos consumidores (ARAÚJO, 2012).

2.4.6 Da legislação protetiva aplicada aos usuários dos serviços públicos

Diante da necessidade de um código que regulasse medidas protetivas aos usuários de serviços públicos e com base no projeto de reforma administrativa, foi promulgada a Emenda Constitucional 19/98, em cujo artigo 27 determinou-se, expressamente, a elaboração de lei de defesa aos usuários de serviços públicos pelo Congresso Nacional, em cento e vinte dias a contar da sua promulgação (VERONESE, 2011).

Ressalte -se que a carência de um eficaz código de defesa dos usuários de serviços públicos tem por consequência indireta uma judicialização exacerbada de conflitos advindos do acesso de milhares de pessoas a serviços insatisfatórios, segmentados e oferecidos de modo controlado e sob a lógica de estruturas estatais (GROTTI, 2003).

Quando da prestação dos serviços públicos, não pode ser deixada de lado a ideia de proteção do usuário em relação às ações e omissões do Poder Público, ou daqueles entes que façam as suas vezes. E, acima de tudo, há de ser buscar a eficiência naquela atividade (GROTTI, 2003).

Compreende Grotti (2003) que nesse aspecto a solução mais adequada para esses objetivos estaria na oferta pelo Estado dos meios efetivos de proteção ao destinatário do serviço público, o que se poderia consolidar em um código compreensivo de tudo o que se relaciona com a prestação de serviços públicos e o controle da omissão.

A ideia de um código protetivo aos usuários de serviços públicos encontrou lastro na experiência legislativa estrangeira. Portugal já dispõe do Decreto-Lei 135/99, que define os princípios gerais que devem obedecer os serviços e organismos da

2 Revisão da Literatura

administração pública na sua atuação face ao cidadão, bem como reúne normas vigentes no contexto da modernização administrativa. Nos fundamentos da lei portuguesa estão dois pontos centrais: unificar as fontes normativas e criar meios de solução de conflitos que sejam transparentes, efetivos e céleres (JUSTEN, 2003).

No Brasil, quatorze anos após a vigência da Constituição Federal foi apresentado o Projeto de Lei (PL) 6.953/02, que dispôs sobre a proteção e defesa do usuário dos serviços públicos, prestados pela administração direta, indireta. A normativa reconhecia aos usuários uma série de direitos básicos que eram reconhecidos em leis esparsas, regulamentos administrativos, normas de agências reguladoras e tantos outros que não saíram do papel ou não existem no mundo normativo (PEREIRA JÚNIOR, 2012).

Na versão primitiva do PL 6.953/2002, estavam enunciados direitos tais como: exigência de urbanidade e respeito no atendimento aos usuários; atendimento prioritário a idosos, gestantes, doentes e portadores de deficiência; vedação a obrigações, restrições e sanções não previstas em lei, além do uso da proporcionalidade em sua aplicação; d) igualdade no tratamento dos usuários, vedada espécie de discriminação; e) respeito a prazos e a procedimentos; entre outras (PEREIRA JÚNIOR, 2012).

Essas normas, a par de outras indicadas no projeto de lei, conjugavam preceitos favoráveis aos usuários, muitos dos quais ausentes até hoje, nos locais onde os usuários buscam uma resposta a suas demandas. Todavia, são direitos que jamais poderiam estar ausentes do espectro das relações administração-usuário (PEREIRA JÚNIOR, 2012).

A mora legislativa conduziu a situação ao Poder Judiciário. Assim, o PL 6.953/2002, tramitou na Câmara dos Deputados em regime de urgência, o qual lhe foi atribuído efeito em 2013, por força de uma medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (STF, 2ª Turma, ADIN 24/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, DOU, deferida em 1.7.2013).

O ministro Dias Toffoli, na liminar, reconheceu a existência de um estado de mora do Congresso Nacional e determinou que o presidente da República, o presidente do Senado e o presidente da Câmara adotassem, no prazo de 120 dias,

2 Revisão da Literatura

as providências legislativas necessárias o cumprimento do dever imposto pelo artigo 27 da Emenda à Constituição 1998 (PASSARELLI, 2017).

A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pediu de modo secundário, que fosse adotado o Código de Defesa do Consumidor para as relações envolvendo usuários de serviços públicos enquanto persistisse a mora. O juiz relator reservou-se para posterior análise do segundo pedido, o que revelou um prejuízo aos usuários, já que poderiam estar sob a égide de tutela mais favorável (PASSARELLI, 2017).

Como resultado da pressão social e da decisão imposta pelo judiciário foi criada a Lei nº 13.460/2017, denominada Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente. Mas, apesar dos méritos da referida lei, seu conteúdo ficou aquém das necessidades protetivas dos usuários, já que apresenta inúmeras defasagens (OLIVEIRA, 2018).

Ao que tudo indica a nova lei não contempla todas as formas de prestação de serviços públicos, adequada proteção aos idosos e portadores de necessidades especiais e traz regras incipientes acerca da reclamação de usuários. Ademais, o diploma legal, supramencionado está mais voltado para ritos do processo administrativo de reclamação, em detrimento a proteção de direitos dos usuários (PASSARELLI, 2017).

Dos 25 artigos do PL em questão, 15 são referentes a rito de processo administrativo, portanto somente dez artigos tratam efetivamente do direito material envolvidos. Inexiste ainda, disposição quanto a contencioso no judiciário, responsabilização do Estado, vulnerabilidade, hipossuficiência, inversão do ônus da prova.

Quanto a aplicação do CDC aos serviços públicos, a nova legislação acompanhou a tradicional postura dos tribunais permitindo a possibilidade, apenas, quando concretizada a relação de consumo (OLIVERIA, 2018).

Resta a conclusão de que o país precisa, o quanto antes, da emissão de um novo diploma que concretize a satisfatória proteção e defesa dos usuários de

2 Revisão da Literatura

serviços públicos. Somente com um código, que priorizasse a defesa dessa classe de vulneráveis, é que algumas falsas questões poderiam ser retiradas de cena, principalmente, as que oprimem os usuários (especialmente os mais humildes) e levam o poder Judiciário a decidir precipitadamente aquilo que demandaria soluções planejadas e de longo prazo (OLIVERIA, 2018).

3 Proposição

3 Proposição

3. PROPOSIÇÃO

3.1 Objetivo Geral

O objetivo deste trabalho é realizar uma revista da literatura a fim de verificar a legislação aplicada aos usuários do serviço público de saúde, tendo em vista atender a defesa e proteção destes, enquanto vulneráveis e hipossuficientes. Fomentar discussão e críticas sobre a atual interpretação do ordenamento jurídico, que tem possibilitado a aplicação de norma mais protetiva, apenas, aos usuários do sistema de saúde prestado pela iniciativa privada.

3.2 Objetivo Específico

O presente trabalho tem como objetivo específico apresentar argumentos lastreados na lei, doutrina e jurisprudência que justifiquem a aplicação do CDC como diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde, nos mesmos moldes aplicados aos usuários do sistema privado, permitindo, assim, o uso de maiores salvaguardas legais aqueles usuários, bem como garantindo a consecução de direitos e garantias previstos no texto constitucional.

3 Proposição

4 Material e Métodos

4. MATERIAL E MÉTODOS

O presente estudo consiste de uma revisão de literatura que se desenvolveu a partir de pesquisas em material existente na literatura nacional, com um estudo exploratório e descritivo, abordagem qualitativa acerca da prestação do serviço de saúde no Brasil, sua organização e estruturação, a responsabilidade civil suscitada em face dos sistemas de saúde público e privado e do diploma legal aplicado a ambos, e também com os benefícios existentes na aplicação do código de defesa do consumidor como diploma protetivo a esses usuários.

Especificamente, a fundamentação teórica se deu sobre artigos científicos, livros-texto, monografias, dissertações, teses e legislação nacional, tais como, a constituição federal, código de defesa do consumidor e leis esparsas que regulamentam a saúde. Doutrina e jurisprudência pertinente à seara do direito constitucional, administrativo e civil também foram consultadas. As referidas fontes de pesquisa foram impressos e digitais, ambas consideradas cientificamente autênticas.

Referente às bases de dados utilizadas, parte do material de apoio foi extraída de sites como: Pubmed, Scielo, Lilacs, Google Acadêmico e Google. Valeu - se, também, de sites dos Tribunais de Justiça, inclusive dos Superiores Tribunais, para a extração de julgados pertinentes à pesquisa. Foram utilizadas as bases de dados Pubmed, Scielo, LILACS, Dedalus, Google Acadêmico, Google e Tribunais de Justiça, com a combinação dos seguintes descritores: serviço público de saúde, saúde como direito social, defesa do consumidor, visão publicista – consumerista. Para o desenvolvimento deste trabalho a questão temporal restou indefinida, não havendo razão para sua delimitação.

4 Material e Métodos

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO**5.1. Entendimento da doutrina e jurisprudência acerca da aplicabilidade do CDC na prestação do serviço público de saúde**

Compreendem Araújo e Nunes Júnior (2002) que para a prestação estatal da saúde ser efetuada a contento, dando aplicabilidade plena a direitos assegurados pela constituição, são necessários instrumentos legais e jurídicos que possibilitem e facilitem reivindicações por parte dos usuários, principalmente, no que concerne a realização das políticas públicas e o efetivo fornecimento dos serviços.

Mas, neste sentido, a aplicação de um diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde ainda é matéria controversa. A ausência de lei eficaz que, vise a efetiva proteção dessa categoria de vulneráveis, trouxe à tona a celeuma sobre a aplicação supletiva do CDC. Apesar do CDC trazer dispositivos legais que versam sobre esse tema, sua aplicação não é considerada como absoluta e não foi pacificada pelos tribunais (ARAGÃO, 2008).

Correntes doutrinárias e jurisprudenciais trilham entendimentos diversos em relação ao tema. Existindo uma linha de autores que não faz qualquer discriminação quanto aos serviços públicos de saúde e os serviços prestados pela iniciativa privada, admitindo-se, com tal postura, a aplicação da norma consumerista a todas as espécies de serviços públicos, bem como aquela, que a contrário sensu, veda a aplicação do CDC para os serviços prestados pelo Estado (ARAGÃO, 2008).

Todavia, o posicionamento seguido pela doutrina e jurisprudência majoritária tem assento na negativa, utilizando – se para tanto, dos mais variados argumentos (CASTRO, 2013). No entender do citado autor, referida vedação está sob o argumento que o poder público ao prestar serviços atua com poder de império, inexistindo consensualismo, e por inexistir este requisito básico, não haveria relação de consumo (CASTRO, 2013).

Quanto à aplicabilidade do direito consumerista aos serviços públicos Aragão (2008) também consente que a disciplina do direito do consumidor será empregue, somente, na omissão do direito administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em que pese os prejuízos que esta solução pode gerar, tem – se por certa a

5 Resultados e Discussão

impossibilidade de aplicação pura e simples e de modo automático, do CDC, no âmbito dos serviços públicos (ARAGÃO, 2008).

O principal fundamento da corrente que defende a não incidência do CDC aos serviços públicos, está no caráter coletivo e na remuneração indireta dos serviços prestados, tomando – se como base a classificação de serviços públicos fornecida pelo direito administrativo (Aragão, 2008).

Assim, salvo posicionamento doutrinário isolado, entende-se que não se aplica o CDC se o serviço for ofertado *uti universi*, já que são serviços prestados à coletividade, em geral, sem usuário determinado ou específico, como: a iluminação pública, a segurança pública, a defesa nacional e os serviços de ensino e saúde prestados por estabelecimentos públicos (DI PIETRO, 2005). São geralmente remunerados pela espécie tributária imposto, que não leva em conta a utilização do serviço. Diametralmente, contrária a concepção do *uti singuli* (MUSETTI, 2002).

Autores como Benjamin, Marques e Bessa (2008), do mesmo modo, sustentam que não são tutelados pelo CDC os serviços públicos próprios ou *uti universi*, aqueles que atendem necessidades coletivas, sem usuário específico, e que o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus órgãos e agentes), visto que tais serviços são mantidos com produto da arrecadação de tributos em geral, faltando-lhes o requisito essencial da remuneração específica.

Segundo essa mesma corrente, na qual afilia – se Pasquoloto (1992) limitar-se-ia a tutela do CDC apenas aos serviços públicos impróprios ou *uti singuli* - aqueles que embora também atendendo a necessidades coletivas, não são assumidos nem executados pelo Estado, direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados, ficando a titularidade e execução dos serviços, a cargo da iniciativa privada.

Na dicção de Pasquoloto (1992) os serviços públicos impróprios ou *uti singuli* prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação a concessionários, como previsto na CF (art. 175), são remunerados por tarifa, sendo somente a estes aplicáveis os respectivos comandos do CDC. No que concerne aos serviços tarifados, via preço público ou tarifa, não existe qualquer discussão, o entendimento é unânime quanto à permissão do diploma consumerista (ARAGÃO, 2008).

5 Resultados e Discussão

Paulsen (2005) do mesmo modo assevera que a tarifa não possui natureza tributária, é receita originária e facultativa. Em razão da facultatividade e do consensualismo entende pela possibilidade de incidência do CDC, apenas, nos serviços tarifados. São, pois, serviços públicos prestados mediante remuneração decorrente de relação contratual consumerista (PAULSEN, 2005).

Para a corrente que ampara a não aplicação ao CDC, o artigo 3º da norma consumerista é claro ao afirmar que somente os serviços pagos, isto é, mediante remuneração, caracterizam uma relação de consumo, de sorte a atrair a sua aplicação (FILOMENO, 2003).

A definição de serviço é extraída do artigo 3º do CDC, que em seu parágrafo 2º (BRASIL, 1990) dispõe:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim como a doutrina majoritária, a jurisprudência dos tribunais superiores vem firmando posicionamento, que só é cabível aplicar o CDC nas prestações de serviços públicos específicos, de caráter individual e pagos mediante tarifas ou preço público, os chamados *uti singuli*, afastado o emprego ao *uti iniversi*, prestado de forma indireta, ou seja, universal e custeado por meio de arrecadação de tributos, já que desses não derivam relação de consumo (ARAGÃO, 2009).

Castro (2013) interpreta que o STJ desempenha a função de equilibrar a interação entre direito público e direito do consumidor. Essa posição intermediária do STJ, reunindo o entendimento que se aplica o CDC ao serviço público, desde que *ut-singuli* e remunerado por tarifa, normalmente ocorre por ser um tribunal que lida com matéria de ordem pública e de direito privado e, muitas vezes, busca proporcionar equilíbrio, fazendo o diálogo entre as fontes e tentando buscar a melhor aplicação possível ao caso concreto (CASTRO, 2013).

Referida distinção entre os serviços é vista com tranquilidade na doutrina majoritária e também, na jurisprudência, com diversas decisões no Superior Tribunal de Justiça, para o qual o conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração direta (FILOMENO, 2013).

5 Resultados e Discussão

Sobre esse aspecto Mussetti (2002), igualmente dá sua contribuição, entendendo que aos serviços remunerados via tributo (sejam eles impostos ou taxas) não seriam aplicados o Código de Defesa do Consumidor, haja vista o caráter compulsório do mesmo, o que não coaduna com a relação jurídica de consumo contratual, isto é, de caráter facultativo.

Com base neste entendimento, apenas aos serviços públicos remunerados por tarifas (caso sejam prestados por concessionárias ou permissionárias) ou por preço público (caso sejam prestados em regime de mercado pela administração) seriam aplicados os preceitos consumeristas (MUSSETTI, 2002).

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cediço, não ostenta natureza tributária. (STJ. 2ª Turma. REsp. 976.836 - SP. Relator Ministro Luiz Fux. DJE 5.10.2010).

No mesmo sentido, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça que afasta expressamente a incidência do CDC aos serviços públicos remunerados através de taxa. Tal posicionamento fica claramente evidenciado na ementa do julgamento do Recurso Especial 463.331/RO abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL - PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO (ENERGIA ELÉTRICA), PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA. **1. Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN, sendo nítido o caráter tributário da taxa. 2. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remuneradas por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.** (STJ, 7ª Turma. R. Esp 463.331. Relator Ministro Ilmar Correia. DJE. 09.08. 2009). Grifo acrescido.

Ainda as súmulas 469/ 2010 do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e 100/2013 do TJ (Tribunal de justiça de São Paulo) confirmam a aplicação do CDC, para as relações de consumo e aos contratantes dos planos de saúde (FILOMENO, 2013).

FILOMENO (2013) lembra ainda, que SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor) e Ministério da Justiça também corroboram com o entendimento dos tribunais, dispondo que a contratação de planos privados de saúde, tanto coletiva

5 Resultados e Discussão

como individual consiste em uma relação de consumo e deve ser amparada pelos direitos e garantias previstos no código.

Cabe lembrar, que referidas decisões contrariam a pretensão das empresas de prestação de serviços de saúde, que defendiam a aplicação da lei 9865/98 (BRASIL, 1998), que dispõe sobre planos e seguros privados de saúde, já que é uma norma especial e de caráter tendencioso a estabelecer vantagens aos prestadores desse serviço (CASTRO, 2013).

De outro turno, uma parcela menor da doutrina, entende que a legislação consumerista prescinde do elemento “remuneração” para tutelar o usuário consumidor diante da prestação de um serviço público, considerando o teor do art. 6º, inciso X, do CDC, que elenca dentre os direitos básicos do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (AMARANTE, 2008).

No entender desses doutrinadores, o legislador optou por utilizar algumas expressões de forma ampliativa com a intenção de abarcar tanto os serviços públicos prestados mediante remuneração, como aqueles não remunerados diretamente ou os obrigatoriamente gratuitos, como a saúde e a educação (MANICA, 2010).

Para Manica (2010) essa corrente defende que os preceitos do CDC não são normas estabelecidas apenas para defender o consumidor não-profissional, haja vista o que preceitua o art. 2º e seu parágrafo único do CDC, acerca do conceito de consumidor, devendo as mesmas serem interpretadas de forma extensiva.

Na mesma vertente, explica Carvalho (2005, p. 34) que:

O art. 2º deve ser interpretado o mais extensivamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica, tem ou não o fim de lucro, quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza ou consome.

Peixoto Neto (2013) é outro defensor da corrente minoritária, já que conclui que a proteção ao usuário consumidor não pode ficar adstrita somente àqueles que tenham a capacidade de pagar pelo serviço público recebido.

Consoante assevera Peixoto Neto (2013), considerar que um serviço de saúde ou de educação prestado pelo Estado não está abrangido pelas regras protetivas do CDC só pelo fato de não ser remunerado, afronta o princípio isonômico,

5 Resultados e Discussão

visto que somente aqueles consumidores com capacidade econômica para remunerar o fornecedor seriam albergados pela lei consumerista.

A respeito do tema, Bessa (2009) compreende que a opção pela expressão remunerado significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo, remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o benefício gratuito que está recebendo.

Sobre o mesmo tema, assolapando qualquer dúvida leciona Nunes (1997, p. 123-124):

Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto... Note-se, ainda, quanto aos serviços, que são privados e também públicos, por disposição do art. 22 do CDC... Assim, estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. Se se levar em consideração que as duas exceções para a não abrangência do CDC no que respeita aos serviços (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei 8.078/90. Vale um comentário sobre o aspecto de gratuidade. Não é porque algum tipo de serviço público não esteja sendo pago diretamente ou nem sequer esteja sendo cobrado que não está abrangido pelas regras do CDC. Os comentários que já tivemos oportunidade de fazer quanto ao custo e à remuneração do serviço privado valem também quanto ao serviço público. Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos. Há os serviços públicos que são cobrados, mas, ainda que não o sejam, repita-se, são serviços típicos da relação de consumo que se instaura com o cidadão consumidor.

Vedar o acesso a um diploma legal mais benéfico para maioria da coletividade, usuária do serviço público de saúde, levando em conta o caráter remuneratório da relação é no mínimo contraditório, para um ordenamento jurídico que elegeu no seu epicentro, como valor maior a dignidade da pessoa humana, a isonomia e os direitos fundamentais sociais, entre outros (PEREIRA JÚNIOR, 2012).

Assim, na visão de Pereira Júnior (2012) cumpre ponderar se a primazia deve estar nos valores constitucionalmente consagrados, com vista a proteger e

5 Resultados e Discussão

prestigiar os cidadãos, ou em critérios financeiros e tributários, privilegiando interesses da administração pública.

Mas para Pereira Júnior (2012) a tese apresentada pela doutrina majoritária cai por terra ao verificar - se que o ente estatal não financia os serviços públicos para a população, bem como não os disponibiliza gratuitamente e por mera liberalidade. A prestação e manutenção desses serviços são custeadas com recursos obtidos via tributação, recolhida aos cofres públicos, de patrimônio dos administrados (CARRAZZA, 2015).

Como assevera Paulsen (2005) tal assertiva pode ser verificada em face da natureza social do tributo, visto que este desempenha função arrecadatória com finalidade social, financiando bens e serviços regularmente dispostos a população.

Outra corrente mais recente, defendida por Cavalieri Filho (2014), não entende que a natureza tributária da relação afastaria a aplicação do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa, uma vez que o critério relevante repousaria na existência de certa correlação entre o pagamento indireto e o serviço prestado.

Cumprе esclarecer ainda, que para boa parte da doutrina minoritária, se estabelece uma relação de consumo apenas, com a utilização do produto ou serviço na condição de destinatário final (MANICA, 2010). Exemplo ofertado, por referido autor, está no consumo de produtos e serviços adquiridos como presente, brindes. Em que pese não haver remuneração ou pagamento haverá fruição do bem pelo consumidor, que será o destinatário final (MANICA, 2010).

Relativamente ao aspecto remuneratório, cabe frisar, que a maioria esmagadora da população brasileira, por falta de recursos não pode utilizar de serviços que não sejam aqueles prestados pelo Estado (sem remuneração direta), restando desamparada por conta de discriminação residente em suas capacidades econômicas (PEIXOTO NETO, 2013). Ademais, como bem argumenta Nunes (2005), em nenhum momento o CDC trata de remuneração direta, sendo substancialmente iguais, nessa codificação, a direta e indireta (via tributo).

Nunes (2005) também propõe amparo à tese minoritária, quando assevera que todo e qualquer serviço público passível de execução por particular deve se sujeitar aos regramentos do CDC. Não há que se falar no quesito remuneração, visto que mesmo em relação àqueles serviços prestados pelo Estado e tidos como gratuitos, como a saúde, existe uma contraprestação, a qual é suportada por toda a sociedade, com o pagamento dos tributos (NUNES, 2005).

5 Resultados e Discussão

Para autores como Carvalho (2005), mesmo diante da prestação de um serviço pelo Estado é fácil visualizar a existência de duas figuras descritas pelo CDC: o prestador de serviço (SUS) e o consumidor (usuário do sistema). No campo conceitual e prático, essas duas figuras se encaixam perfeitamente na relação de consumo prevista no CDC, sendo inaceitável, a vedação do CDC aos usuários do serviço público (CARVALHO, 2005).

A defesa de Carvalho (2005) a corrente minoritária também toma assento em dispositivos do CDC, art. 3º e 22, parágrafo único, que preveem expressamente a aplicação da norma consumerista a entes públicos.

No mesmo diapasão Cavalieri Filho (2014) partindo de uma visão integracionista e do diálogo entre as fontes, entende pela inafastabilidade dos preceitos estatuídos no CDC aos serviços públicos, mas com a ressalva de que estarão a este diploma legal submetidos, tão-somente, os serviços delegados ou delegáveis à iniciativa privada.

Assim, como exposto acima, há atualmente divergência na doutrina, dividida entre aqueles que orientam – se pela possibilidade de aplicação do CDC pelos usuários do serviço de saúde, os quais tem como foco principal a isonomia entre as partes e uso de hermenêutica mais flexível, bem como os que se baseiam na vedação das proteções consumeristas fora de uma relação tipicamente contratual, tendo como foco a preservação de interesses estatais e o apego a técnicas hermenêuticas rígidas (MELO, 2015).

Mas, ao que tudo indica a tese majoritária, da compulsoriedade, está perdendo sua força, já que cada vez mais doutrinadores tem se valido da concepção de que a natureza tributária da remuneração não afastaria a aplicação do CDC aos serviços públicos financiados indiretamente, uma vez que o critério relevante repousaria na existência de certa correlação entre o pagamento, direto ou indireto e o serviço prestado (BESSA, 2009).

5.2 O Desafio Social: A aplicação da norma consumeristas como diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde uma conversão á nova visão publicista – consumerista

A ausência de equilíbrio na relação estabelecida entre usuário e prestador, e a demanda por eficiência na prestação dos serviços públicos têm gerado várias

5 Resultados e Discussão

discussões jurídicas e doutrinárias, no que tange a aplicação de norma mais protetiva, tal como a legislação consumerista, aos destinatários finais da prestação estatal (JUSTEN FILHO, 2008).

Nesse sentido, estudiosos do direito visam estabelecer as vantagens de uma nova visão publicista – consumerista, qual seja da prestação de serviço público inserida em uma relação de consumo, viabilizando a aplicação do CDC. A adoção de tal medida facilitaria garantir do Estado prestação de melhores serviços (NUNES, 2005).

Para tanto, como observa Nunes (2005), a tarefa de corrente doutrinária minoritária, acima citada, tem sido trazer subsídios que transmudem o entendimento adotado nos tribunais, para que a prestação de serviço público de saúde seja equiparada a uma relação de consumo, sob a ótica, de o Estado ser considerado um fornecedor e o usuário um consumidor (elementos subjetivos da relação de consumo) de produtos e serviços (elemento objetivo da relação de consumo).

A hermenêutica utilizada por alguns autores, no intuito de alcançar a norma mais favorável, flexibiliza conceitos, como por exemplo: de serviço público, consumidor e remuneração, empregando - os de forma ampla, independentemente da limitação de aplicação defendida pela doutrina e jurisprudência majoritária, que reza pela não aplicação do CDC (NUNES, 2005).

Desta feita, se aos usuários de serviços públicos fosse permitida a sujeição ao CDC, além de estarem amparados pelos princípios e regras do regime jurídico específico de direito público, estariam abarcados pelas regras protetivas do consumidor, a fim de equacionar a sua vulnerabilidade diante dos órgãos públicos ou privados prestadores de tais serviços (CARVALHO, 2013).

A respeito da aplicação, ora confrontada, deve – se utilizar como base os artigos 2º 3º, II, do referido Código (BRASIL, 1990) que assim dispõe:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

5 Resultados e Discussão

2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Considerando o debate desenvolvido pelas duas correntes doutrinárias e analisadas as definições de consumidor, fornecedor e produto, dos artigos 2º e 3º do CDC, percebe - se perfeita adequação e possibilidade de aplicação dessa norma, a prestação de serviços públicos (NUNES, 2005).

Como já observado, a possibilidade de aplicação do CDC para todos os serviços públicos tem sido exaustivamente defendida sobre a premissa de que o requisito da contraprestação, remuneração, exigido na legislação consumerista, para aplicação do CDC ao serviço público encontra - se presente, sendo incontestável para essa finalidade o caráter remuneratório do tributo (CAVALIERI FILHO, 2013). Como exemplo, têm-se os administrados que ao praticarem o fato gerador do ICMS, nos Estados, são compelidos ao recolhimento do mesmo ao Erário e, conseqüentemente contribuem no financiamento de vários serviços públicos que serão disponibilizados, entre eles o de saúde. Trata - se, nesta circunstância de dinheiro público, pertencente à coletividade (PAULSEN, 2005).

O doutrinador Bacelar Filho (2010) faz interessante correlação entre o financiamento dos sistemas, pois destaca que SUS é integralmente financiado com recursos públicos enquanto que parcela significativa do SSAM também o é, por meio da renúncia fiscal, neste caso pela desoneração fiscal concedida pelo Estado que deixa de arrecadar o que lhe seria devido pelo contribuinte, através de abatimentos no Imposto de Renda.

Assim, pode-se considerar que o financiamento de ambos os sistemas se apoia em recursos públicos, em contrapartida, a apropriação dos serviços disponíveis, bem como as melhores proteções jurídicas existentes beneficiam aqueles melhor aquinhoados social e economicamente, revelando - se em sistemas bastante desiguais (BACELAR FILHO, 2010).

Tecidos os argumentos da doutrina que viabilizariam a aplicação do CDC aos serviços públicos, cabe enfatizar que a lei também fornece amparo a tal assertiva.

O CDC enquanto norma protetiva faz inúmeras previsões pertinentes à prestação de serviços públicos, é o que se depreende do seu art. 4.º, VIII, que estabelece com princípio da política nacional de relações de consumo a

5 Resultados e Discussão

racionalização e melhoria dos serviços públicos, do art. 6.º, X, que alinha como direito básico do consumidor a eficaz prestação dos serviços públicos em geral. O art. 3.º, caput, também faz referência expressa à prestação de serviços públicos por pessoas jurídicas de direito público (HERMAN, 1999). Sem prejuízo do prescrito no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código (BRASIL, 1990).

Em rasa análise, o dispositivo legal acima trasladado faz disposição expressa de que órgãos públicos, empresas concessionárias, permissionárias e as que se encontram em qualquer outra forma de empreendimento, quando fornecedores de serviços essenciais e contínuos, como os de saúde, são atingidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CASTRO, 2013).

Além disso, constituição federal e código de defesa do consumidor são unânimes ao agasalhar a isonomia como regra de conduta e interpretação, a ser seguida por todo o ordenamento jurídico, tratando-se, ainda, de direito básico assegurado a todos os consumidores no art. 6º, inciso X e 7º, do Código de Defesa do Consumidor (GIOSTRI, 2005).

Do ponto de vista da hermenêutica jurídica a equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o direito, mas sendo o mais próximo possível do justo para as duas partes (MENDES, 2002).

Essa adaptação, contudo, não pode ser de livre-arbítrio e nem pode ser contrária ao conteúdo expresso da norma. Ela deve levar em conta a moral social vigente, o regime político estatal e os princípios gerais do direito (MENDES, 2002). Além do mais, como bem assevera Reale (2004, p.53) "o uso da equidade não corrige o que é justo na lei, mas completa o que a justiça não alcança".

Sem a presença da equidade no ordenamento jurídico, a aplicação das leis criadas pelos legisladores e outorgadas pelo chefe do executivo acabariam por se tornar muito rígidas, o que beneficiaria grande parte da população e ao mesmo tempo

5 Resultados e Discussão

prejudicaria alguns casos específicos, aos quais a lei não teria como alcançar (MENDES, 2002).

Esta compreensão pode ser verificada no texto de Reale (2003, p.56):

O legislador permite ao juiz aplicar a norma com equidade, ou seja, temperar seu rigor naqueles casos em que a aplicação da mesma (no caso, "a mesma" seria "a lei") levaria ao sacrifício de interesses individuais que o legislador não pôde explicitamente proteger em sua norma.

A defesa de usuários enquanto consumidores fomenta a concretização da igualdade devendo prevalecer, com foco nas suas fragilidades e jamais em sua capacidade financeira para remunerar o serviço, sendo tal postura indispensável para assegurar a esses dignidade, igualdade e justiça social (MENDES, 2002).

Não se nega que o acesso a um serviço público adequado e eficaz é um direito básico de qualquer cidadão brasileiro, consoante a disposição da Lei nº 8.078/90 em seu artigo 6º (BRASIL, 1990). E, é justamente com relação às ações de assistência terapêutica integral, farmacêutica, medicamentos, produtos de interesse para a saúde, bem como, à oferta de procedimentos terapêuticos, incluídas no campo de atuação do SUS, que se apresentam as maiores insatisfações dos consumidores usuários, perante o poder público fornecedor (BAHIA, 2013).

Supraditas insatisfações, atualmente, tem originando inúmeras demandas ao poder judiciário, dando ensejo à denominada judicialização do direito à saúde ou justiça terapia, contexto no qual se revela de extrema importância o uso de instrumentos processuais, tal qual a inversão do ônus da prova prevista no CDC, em prol da proteção da parte vulnerável (CRUZ; SALES, 2011).

Exsurge aqui, o debate acerca do controle jurisdicional das políticas públicas, frequentemente observado na atualidade, quando os poderes legislativo e executivo não são capazes de implementar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, compete ao judiciário suprir o comportamento comissivo ou omissivo do Estado (CRUZ; SALES, 2011).

Com a judicialização na saúde, o poder judiciário desempenha, em tese o papel do executivo, o que é prejudicial ao país, pois faz isso sem o menor preparo de planejamento orçamentário (VERONEZ, 2011).

Todavia, no que tange a garantia de acesso à saúde tem sido cada vez mais frequente sua concretização por meio de demandas judiciais, em que se

5 Resultados e Discussão

pretende determinar ao poder público, as mais variadas prestações, dentre as quais se destacam: a realização de cirurgias e exames; o custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior; a criação de vagas de UTI(s) e leitos hospitalares; e o fornecimento de remédios, suplementos alimentares, órteses e próteses (LEAL, 2009).

Neste sentido, o uso de ações individuais e coletiva tornou – se recorrente, sendo imprescindível que haja uma instrução processual, com ampla produção probatória, a fim de viabilizar inclusive a concessão de medida liminar (PIVETTA, 2013). O STF assentou entendimento sobre a prova na seara médica

...há a clara necessidade de instrução probatória das demandas de saúde, a fim de se verem contempladas as especificidades do caso concreto examinado, permitindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. (STF. Agravo Regimental 363943/DF. 3º Turma. Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10/12/2003, DJ 01/03/2004).

A inversão do ônus da prova e outros comandos processuais, previstos no CDC, enquanto meio de facilitação da defesa do consumidor, tem por fim de assegurar o devido processo legal nos termos do art. 5º, inciso LV, da CF/88 (BRASIL, 1988), mediante a paridade de armas entre o consumidor e o fornecedor especialista, para a concretização do contraditório e da ampla defesa (AMARANTE, 2008). Neste contexto, prevê o CDC como um dos requisitos para inverter as regras de distribuição do ônus probatório a hipossuficiência do consumidor, cujo significado não deve se restringir apenas à diminuição de capacidade deste sob a ótica econômica, mas também sob o prisma educacional, social, cultural e do acesso à informação (AMARANTE, 2008).

Nos casos em que a assistência à saúde é postulada judicialmente em face das pessoas jurídicas de direito privado, que prestam os serviços de saúde por atuação suplementar ou de forma complementar, fica reconhecida uma relação de consumo, incidindo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando, na avaliação do juiz, for verificada a verossimilhança da alegação do autor ou quando for ele hipossuficiente, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC. (CRUZ, SALES; 2011).

Porém, quando quem busca a mesma tutela jurisdicional é o usuário do SUS, as garantias processuais não são reconhecidas, restando refletida no processo judicial a vulnerabilidade do autor em face do ente estatal demandado (PIVETTA, 2013). Diante disso, parece inconcebível adotar-se uma interpretação restritiva da

5 Resultados e Discussão

legislação consumerista, a fim de proteger o poder público fornecedor, em detrimento das premissas da igualdade e da consecução de direitos fundamentais.

A atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde tem sido indispensável, sendo essencial a integração de dispositivos de diversas áreas do direito público, como as normas constitucionais, administrativas e consumerista. Já que na grande maioria dos casos, depende de vasta e complexa instrução probatória, principalmente por parte do demandante, que é o simples e desprovido usuário do SUS (PEIXOTO NETO, 2013).

Para aqueles que entendem que o Estado deve servir a sociedade e não o contrário, a possibilidade de direcionar maiores proteções legais aos usuários do SUS, resulta na materialização da isonomia, entre o direito à saúde pública e à assistência privada e do equilíbrio na relação (ao menos processual) entre o cidadão e o poder público (CARVALHO, 2005).

Ademais, o posicionamento adotado pelos tribunais e pela doutrina majoritária representa velado desprestígio e descaso social com a maioria da população brasileira, bem como disfarçado mecanismo *de apartheid*, a marcar o sistema de saúde em pleno século XXI, de um país que tem na desigualdade o seu grande desafio social, inclusive para a sua consolidação como nação moderna e civilizada (PAIM, 1995).

Sob esse aspecto Paim (1996) registra, também que a dignidade humana, princípio e fundamento do Estado Brasileiro, só pode ser efetivamente conquistada quando o povo brasileiro alcançar os níveis de saúde propostos pelos organismos internacionais, riscando o cenário ora assistido para a saúde.

Assim, persuadir doutrina e jurisprudência a tomada de novos posicionamentos frente aos direitos e interesses dos usuários do serviço público de saúde, dentre eles o de permitir a aplicação de normatização mais protetiva, no caso em tela o CDC, é medida que se faz necessária para propiciar dignidade e equidade a esta categoria de vulneráveis que em muitos momentos fica a margem de direitos e garantias previstos no texto constitucional de 1988 (CAVALIERI FILHO, 2014).

6 Conclusões

6 Conclusões

6 CONCLUSÕES

A partir da revisão da literatura nacional, que se baseou no sistema legal vigente, doutrina e jurisprudência, pode – se concluir que:

- A legislação atual aplicada para dar proteções e garantias aos usuários do serviço público de saúde *não* atende a esta finalidade, em face das vulnerabilidades e hipossuficiência evidenciadas pelos assistidos do serviço público de saúde;

- Há debate e posicionamentos antagônicos pelos doutrinadores do direito, no que tange ao uso de uma legislação mais protetiva, o CDC, aos usuários do serviço público de saúde, sendo adotado pela doutrina majoritária e tribunais superiores o posicionamento que veda aplicação aos usuários do serviço público, permitindo uso da norma consumerista, somente, aos usuários de serviços prestados pela iniciativa privada;

As críticas apresentadas, à interpretação restritiva adotada, são no sentido de que maiores proteções jurídicas, garantias e direitos estão assegurados, apenas, a pequena parcela da população, prestigiando interesses de uma minoria e do Estado em detrimento da isonomia, dignidade da pessoa humana e justiça social, previstas amplamente no texto constitucional;

- E que finalmente, justifica - se através da lei e doutrina, o uso da aplicação do CDC como diploma protetivo aos usuários do serviço público de saúde, nos mesmos moldes aplicados aos usuários do sistema privado, tendo em vista que: leis como CF e CDC têm disposições que protegem vulneráveis e hipossuficientes, bem como preveem expressamente a sua aplicação na defesa de direitos e garantias dos usuários de serviços públicos; e que doutrina minoritária faz uso de hermenêutica jurídica ampla, flexibilizando conceitos pertinentes a relação de consumo, principalmente o de remuneração, para que usuários de serviços públicos sejam equiparados a consumidores, alcançando o fundamento axiológico da lei.

6 Conclusões

Referências

Referências

REFERÊNCIAS

(Formato Vancouver)

Agência Nacional de Saúde Suplementar. Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002 [acesso em 2017 jan 17]. Disponível em: <http://www.ministeriodasaude.gov.br/ms_09/regulacao/saudesuplementarcompilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

Alberti V, Motta MS, Sarmento CE. Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil. 2a ed. Rio de Janeiro: FGV; 2001.

Alexandrino M. Resumo de direito administrativo descomplicado. 2ª ed. São Paulo: Método; 2010.

Almeida AM, Teixeira SDN. Doutrina Nacional: A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. Rev. Dir. Cons. 2006;13(3):53– 8.

Almeida ES. Gestão de serviços de saúde. 3ª. São Paulo: Edusp; 2001. p. 13-50.

Almeida LD. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. Rev. Bioét. 2010; 18 (4):537-48.

Amarante MCN. Justiça ou equidade nas relações de consumo. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.

Andreazzi JL, Marco AR, Pinheiro CCM. Mercado de saúde suplementar: amplitudes e limites na arena da regulação. Rev. ANS. 2004; 1(2):14-5 [Acesso em 2017 dez 10]. Disponível em: http://www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf.

Aragão AS. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. Rev. Eletrônica de Dir Administr [revista na internet]. 2009 [Acesso em: 20 de janeiro de 2017];

Referências

22(5):5-9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-2009ALEXAN DRE%20ARAGAO.pdf>>.

Aragão AS. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidade e limites da aplicação do CDC. Rev. Eletrônica de Dir Administr. [revista na internet]. 2008; [acesso em: 05 jan. 2017]; 22(7): 34-7. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. /REDAE-16-2009ALEXAN DRE%20ARAGAO.pdf>.

Araújo EN. Curso de direito administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva; 2012. p.98 – 9.

Araujo LAD, Nunes Júnior VS. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Verbatim; 2002, p.145.

Bacelar Filho RF, Hachem DW. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: Limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. In: Castro, RPA. Lei de Responsabilidade Fiscal: Ensaio em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar nº 101/00. 1ª. Belo Horizonte: Fórum; 2010. p. 45-98.

Bahia L. Seguros e planos de saúde uma saída à brasileira: estudo da organização da oferta a partir de noções das teorias de seguros [tese]. Rio de Janeiro (RJ): Escola nacional de saúde pública Sergio Arouca; 1999 [Acesso em 2018 dez 13]. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciaadaregulacao/AA10.pdf.

Bahia L, Luiz RR, Salm C, Costa AJL, Kale PL, Cavalcanti MLT. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: uma abordagem exploratória sobre a estratificação das demandas. Rev. Ciênc e Saúde Colet. 2013; 11 (4): 451-66.

Bahia L. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. In: Lima, NT. et al. Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2005. p.49 - 54.

Referências

- Barcellos FAI. Teoria geral dos direitos humanos. 4º ed. Porto Alegre: Fabris; 1996.
- Barreto VP. Reflexões sobre os direitos sociais. Rev. Boletim de Ciências Econômicas. 2003; 10 (1):51-8.
- Barros E. Política de saúde no Brasil e a universalização tardia como possibilidade de construção do novo. Rev. Ciênc. Saúde Colet. 1996; 1(1):34 - 38.
- Barroso LR. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rev. Atualid. Juríd. Cons. Fed. OAB [Revista Eletrônica]. 2009 [Acesso 2018 mar 14]; 4(1); 33. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.
- Batistella C. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde: território e o processo saúde-doença. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007. p.15 - 89.
- Beltramelli Neto, S. Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo: Jus Podium; 2018.
- Benjamin AHV, Marques CL, Bessa LR. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008. p. 24 – 137.
- Bernardo C. Evolução histórica da saúde no mundo. Rev. Saúd. Public. [revista eletrônica]. 2012 [Acesso 2018 nov 09]; 12 (4):18-21. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAA-HEAA/historia-saudepublica-no-mundo-final>.
- Bertolli CF. História da saúde pública no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Ática; 1996.
- Bessa LR. Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2009. p. 77.
- Bobbio N. A era dos direitos. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus; 1992.
- Bobbio N. Teoria da norma jurídica. 6 ed. Bauru/SP: EDIPRO; 2001.

Referências

Bonavides P. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Malheiros; 2007. p. 563 – 74.

Bonavides P. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros; 2004.

Brandão C. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: Brandão C. Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo: Atlas; 2014. p.27-49.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnica, Brasília, DF (1988 out 5) [acesso em 2017 jan 20]. Disponível em: <<http://www.senadofederal.gov.br/constituicao/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência da República, Poder Executivo, Brasília, DF, (1990 set 11) [acesso em 1990 set 19]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n 1 a 6/94. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, (2004) [2017 jan 17]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, (1990 set 19) [acesso em 2018 mar 9]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>.

Brasil. Lei nº 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

Referências

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, (1990 dez. 28) [acesso em 2018 mar 9]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>.

Brasil. Lei nº 9.313/96, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Presidência da República, Brasília, DF, (1990 nov 13) [acesso em 2018 mar 9]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm>.

Brasil. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República, Poder Executivo, Brasília, DF, (2002 jan 10) [acesso em 2017 fev 19]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

Brasil. Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde. Presidência da República, Brasília, DF, (2002 abr 15) [acesso em 2018 mar 10]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10424.htm>.

Brasil. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Presidência da República, Brasília, DF, (2011 abr 28) [acesso em 2018 10 mar]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12401.htm>.

Brasil. Lei nº 12.466, de 24 de agosto de 2011. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, (2011 agos 24) [acesso em 2018 mar 10]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12466.htm>.

Referências

Brasil. Lei nº 12.864, de 24 de setembro de 2013. Altera o caput do art. 3º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluindo a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde. Presidência da República, Brasília, DF, (2013 set. 24) [acesso em 2018 mar 10]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12864.htm>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 130.764-1-PR. In: Supremo Tribunal Federal. Relat. Minis. Moreira Alves. Brasília/DF: Diário Oficial da União, (1992 agos) [acesso em 2017 jan. 16]. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 363.943 - DF. In: Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2004, mar 01) [acesso em 2019 jan 05]. Disponível em:<<http://www.sff.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial -122.9872/AM - DF. In: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Brasília/DF: Diário Oficial da União, (2011, mai 05) [acesso em 2019 jan 05]. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 602.102 – RS. In: Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2005 fev 21) [acesso em 2018 nov 03]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 684.906 – SC. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Correia Franco. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2006 mai 25) [2018 out 28]. Disponível em:http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia.

Referências

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 668.216-SP. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2007 abr 02) [acesso em 2018 nov 05]. Disponível em:http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. In: Supremo Tribunal. Acórdão. Relat. Minis. Carlos Brito. Brasília/DF: Diário Oficial da União, (2007 agos 01) [acesso em 2017 jan 16]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 3.972.335-RJ. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Benedito Gonçalves. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2009. agos 02) [acesso em 2017 jan 22]. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo nº 1.216.590-PR. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Benedito Gonçalves. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2009 nov 12) [acesso em 2017 jan 05]. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 463.331-RO. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Ilmar Corrêa. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2009 nov 12) [acesso em 2018 jan 05]. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 976.836 - SP. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Luiz Fux. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2010 out 05) [acesso em 2018 mar 30]. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/julgados/constituicaocompilado.htm>>.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.423.483 – PE. In: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Humberto Martins. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2014 dez 05) [acesso em 2018 out 27]. Disponível

Referências

em:http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 510.469 – PE. In: Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília/DF: Diário da Justiça, (2015 mar 26) [acesso em nov 03] Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADIN 24 - DF. In: Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF: Diário Oficial da União, (2013 jul 01) [acesso em 2019 jan 05]. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/julgados/constituicao/compilado.htm>>.

Cahali YS. Responsabilidade civil do Estado. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2012. p. 28-57.

Caponi S. A saúde como abertura ao risco. In: Freitas CM. Promoção da Saúde: conceitos, reflexões e tendências. Rio de Janeiro:Fiocruz, 2003.

Carvalho AI. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária como reforma do Estado. In: Fleury S. Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos; 1997. p. 77-105.

Carvalho EB, Cecílio LCO. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. Cader de Saúd Públ. 2007; 23 (9): 216-9. Carvalho Filho JS. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas; 2013.p.570 - 593.

Carvalho G. A saúde pública no Brasil. Estud. Rev de Direi Sanit [revista na internet]. 2013 [acesso em 2018 set 27];14(7):13 - 22. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>.

Referências

Carvalho JCM. Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008. p. 08 - 40.

Carvalho M. Princípios gerais do CDC e direitos básicos do consumidor: cadernos do curso de extensão de direito do consumidor [livro na internet]. 1. ed. São Paulo: Jus Brasil; 2005. [acesso em 2017 jan 6].p:18-39. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_9.pdf.

Carvalho MS. A saúde direito social fundamental na constituição federal de 1988. Rev. de Direi Sanit. 2003; 4 (2):25 - 43.

Carrazza RA. Curso de direito constitucional tributário. 19. Ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2015. p. 148.

Castro CFP. Da aplicabilidade do direito consumerista aos serviços públicos. Rev. Conteúdo Jurid [revista da internet]. 2013 [acesso em 2018 jan 19]; 5(1):45-7. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44334&seo=1>>.

Castro HHM. Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. Rev. Cont Juríd [revista da internet]. 2005 [acesso em 2018 mar 17]; 7(3):14 - 9. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>.

Cavaliere Filho S. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas; 2012. p. 17.

Cavaliere Filho S. A equidade no código do consumidor. Rev. Just & Cidadan [revista da internet]. 2014 [acesso em 2017 ago 27]; 2(6):3-17. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2013/08/a-equidade-no-codigo-do-consumidor/>.

Coelho VSP. A reforma da previdência social na América Latina. Rio de Janeiro: Editora FGV; 2003.

Referências

Cohn A. Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços. 1. ed. São Paulo: Cortez; 2001.

Cohn A, Nunes E, Jacobi P, Karsch U. A saúde como direito e como serviços. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora; 2006.

Comparato FK. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2003. p.76.

Cruz PM, Salles AFC. Considerações sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais e a sua concretização pelo poder judiciário. Revista Eletrônica Direito e Política [revista na internet]. 2011 [acesso 2017 fev 4]; 6(3):54 - 7. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Dalfior ET, Lima RCD, Andrade MAC. Implementação de políticas públicas: metodologia de análise sob o enfoque da política institucional. Rev. Saúde e debate. 2015; 39(4):283-97.

Dallari SG. Direito Sanitário. 1 ed. São Paulo: Verbatim; 2008. p.33.

Dias HP. Direitos e obrigações em saúde. 3.ed. São Paulo: Atlas; 2002. p. 77.

Dias JA. Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997; p. 28.

Dias MC. Os direitos básicos: uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos direitos humanos. Porto Alegre: EDIOUCRS; 2004.

Diniz MH. Curso de direito Civil, volume 7. Responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva; 2013.p.13

Di Pietro MSZ. Parcerias na administração pública. 5. ed. São Paulo: Atlas; 2005.

Di Pietro MSZ. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas; 2009.p. 45 - 80.

Referências

Elias PEM. Por uma refundação macropolítica do SUS: a gestão para a equidade no cotidiano dos serviços. *Rev. Saúd e Socied.* 2008;11(1):24-36.

Faria JE. O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas. 1. ed. São Paulo: LTr; 2001. p. 76.

Figueiredo MF. Direito à saúde. 2. ed. Salvador: Juspodivm; 2007.

Filomeno JGB. Código brasileiro de defesa do consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária; 2013. p. 44 - 98.

Filomeno JGB, Musetti DA. O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros; 2001.

Fiuza C. Direito civil curso completo. 16. ed. Belo Horizonte: Saraiva; 2013.

Fonseca AF, Corbo ADA. O território e o processo saúde-doença. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2007. p. 57-8.

França SB. A presença do estado no setor saúde no Brasil. *Revi Serv Públic.* 1998; 49(3):86 - 9.

Gagliano PS. Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva; 2011.

Gasparini D. Direito administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva; 2005.

Gerschman S. A democracia inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 1995.

Gidi A. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Rev Dir Consum.* 1995; 13(7):36 - 38.

Giostri HT. A responsabilidade médico-hospitalar e o código de defesa do Consumidor. In: Aldaci CC. *Repensando o Direito do Consumidor - 15 anos do CDC.* 2. ed. Rio de Janeiro: Acadêmica; 2005; 1. p. 144- 169.

Referências

Gonçalves CR. Direito civil brasileiro. 8^a ed. São Paulo: Saraiva; 2013. p. 24 -41.

Gonçalves JFM. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva; 1987. p. 39.

Gonet PG. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros; 2005.

Grau ER. O conceito constitucional de relevância pública. 4. ed. Brasília: OPAS; 1992.

Grotti DAM. O serviço público e a constituição brasileira de 1988. 1. ed. São Paulo: Malheiros; 2003.

Helman CG. Cultura, saúde e doença. 1. ed. Porto Alegre: Artes Médicas; 1994.

Herkenhoff JB. Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Acadêmica; 1994. p. 80.

Herman AV. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária; 1999. p. 67.

Justen Filho M. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público/exploração de atividade econômica. In: Figueiredo M, Ponte Filho V. Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello, 9. ed. São Paulo: Malheiros; 2010.

Justen Filho M. Curso de direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Saraiva; 2008.

Justen MS. A noção de serviço público no direito europeu. 5. ed. Rio de Janeiro: Dialética; 2003.

Kersten IM. A constituição do brasil e os direitos humanos. Rev. Âmbito Juríd. 2005; 22(7):10 - 3.

Kowarick L. Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil: Estados Unidos, França e Brasil. Rev. Brasilei Ciênc Soci. 2003; 25(18):61-76.

Referências

Lafer C. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras; 1988. p.127 – 128.

Leal RG. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2009.

Lenza P. Direito constitucional esquematizado. 15 ed. São Paulo: Saraiva; 2011. p.55.

Lima L, Machado C. Política de saúde nos anos 90: relações intergovernamentais e o papel das normas operacionais básicas. Rev. Ciênc. Saúde Coletiva. 2006; 6(2):269-293.

Lima NT. Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ; 2005.

Lopo P. Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 1993.

Machado HB. Curso de direito tributário. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros; 2005.

Magalhães JQ. Direito constitucional e direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método; 2008.

Mânica FB. O setor privado nos serviços públicos de saúde. 2. ed. Belo Horizonte:

Marinela F. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva; 2016. p. 75.

Marques CL, Lopes JRL, Pfeiffer RAC. A regulamentação dos planos de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1999. p.43 - 57.

Marques CL, Benjamin AHV, Miragem B. Comentários ao código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: RT; 2013. p.87.

Marques Neto FA. Público e privado no setor de saúde. Rev Dir Públ Econ. 2003;3 (9):129-132.

Referências

Meira HVM. Aspectos relevantes da responsabilidade civil nas relações de consumo. Rev Âmbit Juríd [revista eletrônica]. 2013 [acesso em 2018 mar 20];20(109).Disponívelem:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12763>.

Meirelles HL. Direito administrativo brasileiro. ed. 32. São Paulo: Malheiros Editores; 2006, p. 329.

Meireles ACC. A eficácia dos direitos sociais. 4. ed. Salvador: Editora Podium; 2008. p. 88.

Meirelles HL, Aleixo DB, Burle Filho JE. Direito administrativo brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2013.

Mello CAB. Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros; 2005. p. 43 - 109.

Mello CAB. Curso de direito administrativo. 32 . ed. São Paulo: Editora Malheiros; 2015. p. 105-6.

Melo LH. Responsabilidade civil nas relações de consumo. Rev Âmbit Juríd [revista eletrônica]. 2010 [acesso em 2019 jan 23]; 17(80):89-91. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8371>.

Mendes GF. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 11 ed. São Paulo: Saraiva; 1990.

Mendes GF. et. al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2002. p. 205.

Mendes GF, Gonet PGB. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva; 2013. p. 137.

Referências

Mendes EV. Distrito sanitário: o processo social de mudanças das práticas sanitárias do SUS. 4. ed. Rio de Janeiro: Abrasco; 1999.

Mendes KR. Curso de direito da saúde. 16. ed. São Paulo: Saraiva; 2013. p. 737.

Ministério da Saúde. Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde. Brasília: MS; 1986 [acesso em 2018 out 23]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final

Ministério da Saúde. A construção do SUS: histórias da reforma sanitária e do processo participativo. Brasília: MS; 2006 [acesso em 2018 abr 21]. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/construcao_do_SUS.pdf.

Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília: MS; 2003 [acesso em 2017 jan 16]. Disponível em: <<http://www.ministeriodasaude.gov.br/constituicao/constituicaocompilado.htm>>.

Modesto P. O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. In: Modesto P, Cunha Júnior LAP. Terceiro Setor e parcerias na área da saúde. 3. ed. São Paulo: Fórum; 2011. p. 26 – 87.

Monteiro Filho CER. Problemas de responsabilidade civil do Estado. 9. ed. São Paulo: Malheiros; 2006.

Monteiro WBM. Curso de direito civil: direito das obrigações. 34. São Paulo: Saraiva; 2003.

Moraes A. Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. In: Silva JGT. Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 10. ed. São Paulo: LTr; 2003. p. 229 - 252.

Moraes, A. Direitos humanos fundamentais. 9. ed. São Paulo: Atlas; 2011. p. 20-21.

Referências

Moreira EB. Direito das concessões de serviço público. 9. ed. São Paulo: Malheiros; 2010.

Muller Neto JS. Políticas de saúde no Brasil: a descentralização de seus atores. Rev. Saúde em Debate. 1991; 31 (3):54-66.

Musetti DA. Teoria do serviço público e a sua regulação. In: Sunfeld, CA. Direito Administrativo Econômico. 7. ed. São Paulo: Malheiros; 2002. p. 158-173.

Negri B, Giovanni GDI. Brasil: radiografia da saúde. 2. ed. São Paulo: Atlas; 2001.

Nery N, Nery RMA. Código Civil Comentado e legislação extravagante. 3. ed. São Paulo: RT; 2008.

Neves MP. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição e princípio. Rev Brasilei de Bioét. 2006; 10(3):157-72.

Nunes R. Comentários ao código de defesa do consumidor. 5. ed. São Paulo: Saraiva; 1997. p. 23- 144.

Nunes Júnior VS, Matos YAPS. Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Editora Verbatim; 2014. p. 438.

Nunes LAR. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva; 2005.p.13-140.

Nygren KH. Saúde e direitos humanos na Organização Mundial da Saúde. Rev Dir Hum e Saúd. 2004; 1(1):13-8.

Oliveira CA. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. 1 ed. São Paulo: Jus Podium; 2010.

Oliveira RCR. A lei de defesa do usuário do serviço público: promessa ou realidade. Rev Âmbit Jurid [revista eletrônica]. 2018 [acesso em 2018 jun 26];24(98):100-1.

Referências

Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/06/26/lei-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-promessa-ou-realidade/>.

Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque: ONU; 1948.

Organização das Nações Unidas. Declaração de Alma-Ata delinea o direito à saúde. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Alma-Ata. República do Cazaquistão: OMS; 1978.

Organização das Nações Unidas. Comitê dos Direitos Sócio- Econômicos e Culturais Declaração que reafirma o direito à saúde. OMS; 2000.

Paim JS. Políticas de saúde no Brasil ou recusando o *apartheid* sanitário. Ver Ciênc. Saúde Colet. 1996 [acesso em 2018 dez 15];1(1):64-69. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-812319961100882014>.

Paim JS. O que é o SUS. 5. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2011.

Pasquolotto A. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. Rev. Dir. Consum. 1992;1(8):22-27.

Passarelli LL. Breves apontamentos sobre a aplicação da Lei 13.460/2017 no direito registral imobiliário. Rev. Jus Navegand [revista eletrônica]. 2017 [acesso em 2017 set 18];18(7):89-94. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

Paulsen L. Direito tributário – constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005. p.655.

Peixoto Neto FB. Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ. São Paulo: Editora Juspodivm;2013, p. 90.

Pereira Júnior JT. Relações entre concessionárias de serviços públicos e seus usuários: do regular exercício ao abuso do direito. In: Pereira Júnior JT, Oliveira RV.

Referências

Revista de direito da procuradoria geral.4. ed. Rio de Janeiro: Abrasco;2012. p.159-174.

Pinheiro CCM. Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar. Rev. ANS [revista eletrônica]. 2013;8(3):22–7 [acesso em 2018 maio 5]. Disponível em: http://www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol8t3.pdf.

Pivetta SL. Direito fundamental à saúde: Regime jurídico constitucional, políticas públicas e controle judicial [dissertação]. Curitiba (PR): Universidade Federal do Paraná; 2013.

Pochmann M. Atlas da exclusão social: agenda não liberal da inclusão social no Brasil. 6. ed. São Paulo: Cortez; 2005. p. 78-9.

Portal Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova Iorque: ONU; 1948. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/acl_users/credentials_cookie_auth/require_login?came_from=http%3A//www.brasil.gov.br/saude.

Porto SM, Santos IS, Uga MAD. A utilização de serviços de saúde por sistema de financiamento. Ver Ciênc e Saúde Colet. 2006;4(11):895-910.

Ramos AC, Oliveira ES. Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2012. pág. 19.

Ramos MCS. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. Rev Juríd Procurad Geral do Est Paraná [revista eletrônica]. 2010 [acesso em 2019 jan 25];5(1):53-92. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf.

Reale M. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva;1994.

Reale M. Lições preliminares de direito. 27. ed. rev. atual. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva; 2004. p. 53 - 6.

Referências

Reale M. Variações Sobre a Dialética. Rev. Dialect [revista eletrônica]. 2003 [acesso em 2018 ago 25];18(9):45-59. Disponível em Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vdialectica.htm>>.

Rocha JCS. Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 1.ed. São Paulo: LTr; 1999.

Rodriguez Neto E. Saúde: promessas e limites da constituição.11. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2003.

Rosa JRG. Demonstrativos de benefícios tributários. Rev Tributaç [revista eletrônica]. 2006 [acesso em 2017 dez 10]; 24(6):5-13.

Rosen G. Uma história da saúde pública. 3. ed. São Paulo: Hucitec; 1994.

Sánchez AIM, Bertolozzi MR. Pode o conceito de vulnerabilidade apoiar a construção do conhecimento em saúde coletiva? Rev Ciênc Saúd Colet [revista eletrônica]. 2007 [acesso em 2018 abril 20]; 12 (9):319-24.

Santos FMS. Direito administrativo. 10 . ed. Salvador: JUS PODIVM; 2006. p. 50-407.

Santos L. Direito da saúde no Brasil. 12. ed. Campinas: Editora Saberes; 2010. P. 17-301.

Sampaio JAL. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

Sampaio NR. A saúde como direito fundamental no Estado democrático de direito [dissertação na internet] Lisboa (Portugal): Universidade de Lisboa; 2003 [acesso em 2018 maio 19]. Disponível em: epositorio.ul.pt/bitstream/10451/9617/1/686606_Tese.pdf.

Sarlet IW. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: Sarlet IW. Interesse Público. 3. ed. Sapucaia do Sul: Notadez; 2001. p. 91-107.

Referências

Sarlet IW. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Livraria do Advogado; 2006.

Sarlet IW. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2007.

Sarmiento D. Dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum; 2016.

Sciliar M. História do conceito de saúde: Rev. Saú Colet [revista eletrônica]. 2007 [acesso em 2017 fev 19];17(1):29-41. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03>. Acesso em 19 de fevereiro de 2017.

Siqueira DP. O direito fundamental à saúde: dos direitos humanos à constituição de 1988. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.

Silva JA. Curso de direito constitucional positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2000.

Silva JA. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros; 2004.

Silva JA. Poder constituinte e poder popular. 15. ed. São Paulo: Malheiros; 2002.

Silva RBT. Planos e seguros de saúde: responsabilidade civil na área da saúde. 2. Ed. São Paulo: Saraiva; 2007. p.293.

Sousa JAG. Os serviços públicos e o CDC. 4.ed. Rio de Janeiro: EMERJ; 2012.

Tartuce F. Manual de direito civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2011. p.27.

Tartuce F, Neves DAA. Manual de direito do consumidor: direito material e processual.14. ed. São Paulo: Editora Método; 2012. p.55 – 89.

Tepedino G. Temas de Direito Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar; 1999.p.175 - 9.

Tepedino G. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Rev Juríd. 2016;54(341):11-26.

Referências

Travassos CMR, Castro MSM. Determinantes e desigualdades sociais no acesso e na utilização de serviços de saúde. In: Giovanella L. et al. Políticas e sistemas de saúde no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2012. p. 56-67.

Trindade AAC. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 6.ed. Porto Alegre: Fabris; 1997. p. 17 - 67.

Vasconcelos CM, Pasche DF. O Sistema Único de Saúde. In: Campos GWS et al. Tratado de Saúde Coletiva. 2.ed. São Paulo: Hucitec; 2012, p. 531 - 570.

Venosa SS. Responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas; 2013. p.36.

Ventura M. Direitos humanos e saúde: possibilidades e desafios. Rev Saúde e Dire Hum [revista eletrônica]. 2010 [acesso em 2018 out 28];7(7):87-101. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/bvs>.

Veronese AI. A reação judicial às mudanças: direito militante dos consumidores nas telecomunicações do Brasil. In: Motta LE, Mota M O Estado democrático de direito em questão: teorias críticas judicialização da política. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; 2011. p. 299-330.

Weichert MA. Saúde e federação na constituição brasileira. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 2004.