

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO ECONÔMICO E DIREITO DO TRABALHO

ALEXSANDER RAFAEL DE BORBA

**A GRATUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE ENQUANTO PRINCÍPIO
IMPLÍCITO E A (IM)POSSIBILIDADE DE CO-PAGAMENTO PELO USUÁRIO**

Porto Alegre

2017

ALEXSANDER RAFAEL DE BORBA

**A GRATUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE ENQUANTO PRINCÍPIO
IMPLÍCITO E A (IM)POSSIBILIDADE DE CO-PAGAMENTO PELO USUÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Sonilde Kugel Lazzarin

Porto Alegre

2017

ALEXSANDER RAFAEL DE BORBA

**A GRATUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE ENQUANTO PRINCÍPIO
IMPLÍCITO E A (IM)POSSIBILIDADE DE CO-PAGAMENTO PELO USUÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 7 de julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Profª Dra. Kelly Lissandra Bruch

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra Santos

Profª Dra. Sonilde Kugel Lazzarin (orientadora)

Ao eterno Vô Chico,
que na sua simplicidade e com seu amor
notou, respeitou e apoiou,
a sua maneira,
as minhas ambições e meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Gratidão: não apenas uma reação comemorativa da rede social Facebook nos dias das mães, mas também um exercício pessoal, necessário quando reconhecemos que não somos ilhas no mundo. Mas pelo que e a quem agradecer? Como não ser injusto com aqueles que mereciam gratidão, porém serão esquecidos ou não mencionados neste pequeno texto? É inevitável, mas injustiça maior seria não agradecer aos que durante anos me auxiliaram.

Primeiramente, agradeço por ter sido parte de um projeto de popularização das universidades públicas federais, que abriu suas portas aos que historicamente foram excluídos desse espaço. Fazer parte da primeira turma “barra dois” do Direito UFRGS, fruto do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), foi uma grande honra e um grande aprendizado, mesmo que para isso tivesse que sistematicamente ser vivido as maiores e mais perversas violências simbólicas que uma faculdade pode proporcionar em relação a quem ela julga que não deveria estar ali.

Iguais, mas separados? Tantas promessas, tantas desculpas e tanto cinismo passaram ao redor de uma turma que só queria o básico: estrutura física adequada, professores qualificados, respeito e oportunidades. Tudo isso sem soar como um favor, uma caridade, mas sim como um direito, legitimamente conquistado.

Em que pese todo esse cenário hostil, os cinco anos chegaram ao fim, indo contra todas as previsões apocalípticas feitas com a entrada dos “cotistas”: profissionais qualificados se formando, inúmeros prêmios na pesquisa e extensão conquistados, aprovações na OAB, entre outras conquistas que julgaram preconceituosamente que não seria atingidas, com base em um preconceito regado a ideia de meritocracia. Mas a chegada da formatura deixa evidente, com pesar, que muitos colegas frutos das ações afirmativas ficaram para trás ou abandonaram o curso. Ora, de nada adianta o acesso sem que sejam prestadas as condições de permanência. Não que haja um tempo certo e necessário para a conclusão de um curso, mas a evasão demonstra que a mera alteração dos critérios de avaliação do vestibular não basta. É necessário o reconhecimento de que ao longo de gerações a Universidade Pública foi construída e preparada para um perfil “diferenciado”, aos que nasceram com a certeza de possuir uma cadeira reservada dentro do, assim chamado, Castelinho.

Nesse sentido, toda essa trajetória teria sido mais árdua caso não houvesse a presença de queridos e fantásticos colegas. Não citarei nomes, vez que cada um foi uma parte importante da minha história no Direito UFRGS, deixando sua marca em mim e proporcionando momentos únicos.

Claro, não foi fácil manter a união de uma turma tão diversa, cheia de histórias e com vivências tão particulares. O encontro de mundos diferentes tende a ser um desafio, com altas chances de atritos. Entretanto, a turma 2012/2 conseguiu, na medida do possível, utilizar dessas diferenças para estabelecer laços de amizade, de compreensão e de solidariedade.

Em relação aos meus familiares, embora os agradecimentos sejam imensos a todos os que me apoiaram ao longo dos anos, seria injusto não direcionar uma homenagem especial a ela: minha mãe, a Dona Silvia. Por mais clichê que possa parecer, esse ser iluminado, corajoso e forte é uma das melhores mães que alguém poderia pedir. Crescemos juntos, vivemos muitos anos separados e hoje os dois na Universidade Pública é um exemplo de concretização de um projeto de vida (ou de vidas) que quebrou inúmeros paradigmas e que teve que ser provado a todo custo aqueles que não o apoiavam. Mas a sua pertinência fez com que inúmeras portas fossem abertas para mim e deixou a minha trajetória na faculdade com menos percalços. Serei eternamente grato a esse amor incondicional e generoso que sinto todos os dias de minha vida e que a ela dá significado.

Agradeço, ainda, ao Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul pelos dois anos intensos de estágio. Tive a oportunidade de desenvolver todas as minhas habilidades nesse ambiente magnífico que é o *Parquet* Federal e espero que eu tenha prestado serviços à altura da instituição. Mas uma instituição não é feita sem recursos humanos, não é? Por isso, em verdade, o agradecimento se dirige aos servidores da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Além da minha gratidão, ofereço-lhes os meus mais sinceros parabéns: competentes, íntegros, humanos, com força de vontade, justos e, principalmente, generosos.

Por fim, um agradecimento especial é devido àqueles que - por não ter outra palavra mais certa - aturaram a minha existência nos últimos meses. Cada “vai dar tudo certo”, “para de surtar”, “tu escreve bem, sim”, “tu precisa dormir” e “não vejo a hora de sairmos de novo” me deu forças para seguir na escrita deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo teve como escopo compreender a natureza jurídica da gratuidade no Sistema Único de Saúde e, por conseguinte, investigar a possibilidade de implementação de sistema de co-pagamento. A Constituição Federal de 1988 inovou ao positivizar um direito social fundamental à saúde, a ser garantido a todos por meio de uma política pública denominada Sistema Único de Saúde. Contudo, a gratuidade destas prestações estatais na área da saúde não se encontra expressamente prevista na legislação brasileira, ensejando debate doutrinário sobre a cobrança direta dos usuários e possibilitando tentativas de implementação de financiamento direto, especialmente, de co-pagamento. Objetivando-se solucionar o problema posto, foram apresentadas, inicialmente, as principais características do direito social fundamental à saúde, bem como do Sistema Único de Saúde. Além disso, após revisão de a bibliografia nacional a fim de identificar as principais teses quanto ao assunto, foram sistematizados os resultados em duas correntes distintas: a) a gratuidade trata-se de norma implícita decorrente dos princípios expressos do Sistema Único de Saúde; b) não há em relação aos princípios constitucionais norma implícita impondo a gratuidade nas prestações estatais em saúde. Em seguida, partindo-se da ideia de gratuidade enquanto princípio implícito decorrente da interpretação dos dispositivos constitucionais de forma sistêmica e histórica - neste último caso considerando principalmente a influência do Movimento pela Reforma Sanitária ao tempo da Assembleia Constituinte -, analisou-se a viabilidade de ser instituído no âmbito do Sistema Único de Saúde o co-pagamento pelos usuários, concluindo-se pela impossibilidade de ser implementada esta modalidade de financiamento direto.

Palavras-chave: Gratuidade; Princípio implícito; Sistema Único de Saúde; Direito à saúde; Co-pagamento; Financiamento direto.

ABSTRACT

The purpose of this study was to understand the legal nature of gratuity in the Unified Health System and, therefore, to investigate the possibility of implementing a co-payment system. The Federal Constitution of 1988 innovated by positivizing a fundamental social right to health, to be guaranteed to all through a public policy called the Unified Health System. However, the free provision of these state health services is not expressly provided for in Brazilian law, leading to a doctrinal debate about the direct collection of users and making attempts to implement direct financing, especially copayment. In order to solve the problem, the main characteristics of the fundamental social right to health, as well as the Unified Health System, were initially presented. In addition, after reviewing the national bibliography in order to identify the main theses on the subject, The results were systematized in two different streams: a) the gratuitousness is an implicit norm resulting from the expressed principles of the Unified Health System; b) there is no implicit norm in relation to the constitutional principles imposing gratuitousness in state health services. Then, starting from the idea of gratuitousness as an implicit principle arising from the interpretation of constitutional provisions in a systemic and historical way - in this last case, considering mainly the influence of the Movement for Sanitary Reform at the time of the Constituent Assembly -, it was analysed the viability of the user's co-payment to be instituted under the Unified Health System, and it is concluded that it is impossible to implement this type of direct financing.

Keywords: Gratuity; Implicit principle, Unified Health System, Right to health; Copayment;

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CSLL - Contribuição Sobre o Lucro Líquido

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INSS - Instituto Nacional de Seguro Social

INPS - Instituto Nacional de Previdência Social

LOS - Lei Orgânica da Saúde

MS - Ministério da Saúde

MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social

OIT - Organização Internacional do Trabalho

OMS - Organização Mundial da Saúde

PEC - Projeto Emenda à Constituição

PL - Projeto de Lei

RE - Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A SAÚDE NO PANORAMA JURÍDICO-NORMATIVO PÓS-1988	11
2.1 A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	11
2.1.1 O gênero direitos fundamentais e a espécie direitos sociais	11
2.1.2 O Estado Social brasileiro: garantidor de direitos sociais	17
2.1.3 Os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais do direito à saúde ..	21
2.2 A SAÚDE COMO ESPÉCIE DO GÊNERO SEGURIDADE SOCIAL	33
3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS: DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LEI Nº 8.080, DE 1990	40
3.1 A TRANSIÇÃO DE MODELOS BRASILEIROS DE SISTEMAS DE SAÚDE PÚBLICA.....	40
3.2 DEFINIÇÃO.....	46
3.3 FINANCIAMENTO.....	51
3.4 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	55
3.4.1 Princípio da Integralidade.....	58
3.4.2 Princípio da Igualdade	60
3.4.3 Princípio da Universalidade	63
4 A NATUREZA JURÍDICA DA GRATUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A (IM)POSSIBILIDADE DE CO-PAGAMENTO.....	69
4.1 CONCEITO DE CO-PAGAMENTO E TENTATIVAS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL	69
4.2 CO-PAGAMENTO E COMPLEMENTAÇÃO: ESPÉCIES DISTINTAS DE CUSTEIO DIRETO.....	79
4.3 A GRATUIDADE DAS AÇÕES E SERVIÇOS ESTATAIS EM SAÚDE.....	83
4.3.1 A inviabilidade de cobrança no âmbito do Sistema Único de Saúde em face do implícito princípio da gratuidade.....	85
4.3.2 A possibilidade jurídica de cobrança pelas ações e serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde	88
4.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE GRATUITO E UNIVERSAL COMO ESCOLHA POLÍTICA DO CONSTITUINTE	99
3 CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde trata-se de uma das maiores conquistas da Constituição Federal de 1988 que, ao inovar em relação às cartas anteriores com a positivação de um direito à saúde, determinou a implementação de políticas públicas sociais e econômicas a fim de garanti-lo, isso tudo sob a influência do Movimento pela Reforma Sanitária da década de 1980.

O impulso para realização do presente estudo foi uma constatação pelo autor durante pesquisa destinada à elaboração de minuta de parecer no Ofício da Seguridade Social da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Verificou-se que o Programa Aqui Tem Farmácia Popular apresentava sistema de co-pagamento, modalidade de financiamento que seria aparentemente vedada no Sistema Único de Saúde, inclusive sob pena de inconstitucionalidade, diante de um suposto princípio da gratuidade.

Embora não fosse o objeto principal daquele caso concreto analisado durante o estágio não obrigatório, a constatação serviu para trazer à tona um fato até então desconhecido do autor: a gratuidade não se encontrava expressamente prevista no ordenamento brasileiro e era, por conseguinte, objeto de divergência doutrinária.

A partir de então, verificou-se uma necessidade de maior pesquisa sobre a questão. Decidiu-se, desse modo, a realização de pesquisa monográfica sobre o assunto da gratuidade no âmbito da saúde pública Brasil, questão recorrentemente discutida, especialmente em tempos de crise econômica, como a atualmente vivida no Brasil que, somada à crise ética e política, tem resultado em diversos retrocessos sociais em várias áreas, como, por exemplo, trabalhista e previdenciária.

Diante desse cenário nacional, entende-se deveras pertinente a análise da natureza jurídica da gratuidade no Sistema Único de Saúde e a averiguação da possibilidade de co-pagamento que, em certa medida, já é verificada, inclusive, no mundo fático, conforme evidenciado pelo Programa Aqui Tem Farmácia Popular, que possui sistema de subsídio parcial e pagamento direto pelo cidadão.

Tem-se, enquanto hipótese do supracitado problema, a impossibilidade de co-pagamento diante do princípio implícito da gratuidade, inerente ao Sistema Único de Saúde, que prevê o acesso universal e igualitários às suas ações e serviços. Para tanto, no primeiro capítulo será analisado o direito à saúde sob a perspectiva da Constituição da República de 1988, dando-se enfoque à saúde enquanto direito

fundamental social e, posteriormente, como espécie do gênero seguridade social. Serão considerados tanto os aspectos doutrinários quanto os normativos, bem como os jurisprudenciais.

Já o segundo capítulo será destinado ao estudo do Sistema Único de Saúde, averiguando-se os aspectos, os motivos e os efeitos da transição de modelos de sistema público de saúde no Brasil ocasionado pela promulgação da Constituição de 1988. Ademais, será brevemente exposta a definição de Sistema Único de Saúde, incluindo-se na análise os aspectos da participação complementar pela iniciativa privada.

Além disso, será objeto neste capítulo o financiamento do Sistema Único de Saúde, vez que o co-pagamento inclui-se nesta questão, sendo necessária a compreensão atual do custeio do sistema. Por fim, mas não menos relevante, o estudo será focado nos principais princípios específicos do Sistema Único de Saúde, dando-se destaque ao princípio da integralidade, da igualdade e da universalidade.

No terceiro e último capítulo, a natureza jurídica da gratuidade no Sistema Único de Saúde será abordada, expondo-se as teses doutrinárias referentes à gratuidade das ações e serviços estatais em saúde. Objetiva-se, assim, sistematizar os achados de modo a que se tenha uma corrente que se vislumbra a inviabilidade de pagamento direto pelo usuário no âmbito do Sistema Único de Saúde diante da gratuidade como princípio implícito e outra que reconheça a possibilidade jurídica de cobrança pelas ações e serviços.

Por fim, o Sistema Único de Saúde gratuito será investigado como escolha política realizada pelo constituinte de 1988, influenciado pelas ideias da Reforma Sanitária brasileira, que impede a modalidade de financiamento direto co-pagamento.

O público-alvo do presente estudo engloba os estudantes de diversas áreas de conhecimento, especialmente das ciências jurídicas e sociais, de medicina, de enfermagem, de saúde pública, bem como os profissionais em saúde, os gestores de saúde e a sociedade civil.

Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica enquanto método no presente trabalho, consultando-se livros, artigos, periódicos, sites de jurisprudência, documentos oficiais dos órgãos internos e organismos internacionais relacionados à Seguridade Social.

2 A SAÚDE NO PANORAMA JURÍDICO-NORMATIVO PÓS-1988

2.1 A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Quando se propõe a análise do direito social à saúde na perspectiva dos direitos fundamentais, necessariamente se deve investigar, sintetizar e relacionar cinco conceitos principais: a) a saúde, b) o direito à saúde, c) direitos fundamentais, d) direitos sociais, e) o Estado Social brasileiro.

Com esses conceitos delimitados, obtêm-se os elementos conceituais necessários para que seja realizada a investigação principal a que este estudo propõe-se, tendo em vista que poderá ser verificado se a saúde como direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro implica ou - ao menos - influencia na gratuidade das ações e serviços estatais realizados com o objetivo de garanti-la.

2.1.1 O gênero direitos fundamentais e a espécie direitos sociais

Em sua abordagem sobre os direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet¹ reconhece que diversas outras expressões seguem sendo utilizadas como seu sinônimo. Advoga, contudo, pela necessidade de se adotar uma terminologia de acordo com a classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente. Nesse sentido, entende o termo “direitos fundamentais” como o mais adequado, conceituando-o como aqueles direitos positivados pela constituição de determinado Estado, sendo, portanto, limitados temporal e especialmente².

1 SARLET, Ingo; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296-297.

2 Para o autor, o termo “direitos humanos” estaria relacionado aos direitos independentes de vinculação com ordens constitucionais, expressos nos documentos de direito internacional, motivo pelo qual assumiriam caráter supranacional e universal. Cf. SARLET, Ingo; MITIDIEIRO, Daniel. *Op.cit.* 2015, p. 297. José Afonso da Silva, a seu turno, faz o mesmo diagnóstico no sentido de serem empregadas diversas expressões para designar os direitos fundamentais. A única distinção que o autor citado reconhece e dedica-se a expor é entre direitos fundamentais e direitos humanos, utilizando, para tanto, as lições de Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. P. 528) e Antonio-Henrique Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995). SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Direito Constitucional Positivo. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 177-180

Com base nas lições de Konrad Hesse, Paulo Bonavides³ igualmente compreende os direitos fundamentais de acordo com o direito positivo, vez que seriam direitos fundamentais, numa acepção estrita, aqueles direitos assim qualificados pelo sistema normativo vigente.

José Afonso da Silva⁴, com base nos ensinamentos de Pérez Luño, elenca a expressão direitos fundamentais do homem como mais adequada, uma vez que:

além de referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Explica, ainda, que a partícula “fundamentais” indica que os referidos direitos fazem alusão a “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Já o termo “do *homem*” faz referência ao homem-indivíduo, à pessoa humana, e não ao gênero masculino da espécie humana.

Dos autores citados, verifica-se um consenso em torno da necessidade de positivação no estatuto normativo maior de um país para que haja a qualificação de determinados direitos como fundamentais. E, nesse sentido, a Constituição brasileira vigente expressamente positivou o termo “Direitos e Garantias Fundamentais” como gênero que abrange as demais espécies de direitos, quais sejam, os direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos⁵, razão pela qual adota-se no presente estudo a expressão consagrada pela Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se, por oportuno, que a positivação de um direito não precisa ser necessariamente expressa e no âmbito da Constituição Federal. Tanto é assim que o art. 5º, §2º, da Constituição Federal, adotou uma “espécie de cláusula de abertura

3 HESSE, Konrad. **Grundzuges des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 13.ed. apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 574.

4 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. P. 180, citando PÉREZ LUNO, Antonio Enrique et al. **Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979. p. 23-24.

5 SARLET, Ingo; MITIDIEIRO, Daniel. *Op.cit.* 2015, p. 296.

material”, que permite ao intérprete a extração de outros direitos e garantias do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal. E para Sueli Dallari e Vidal Nunes Júnior:

(...) essa cláusula de abertura material parte do pressuposto de que a Constituição Federal, ao enumerar os direitos que expressamente denomina de direitos fundamentais, permite ao intérprete extrair destes um conjunto de características que lhes demarcam um perfil diferenciado dos demais direitos, inclusive de outros que tenham assento constitucional. Deste modo, pode-se decalcar uma espécie de arquétipo a cuja moldura outros direitos, ainda que não catalogados formalmente como fundamentais e mesmo que constantes de documentos infraconstitucionais ordenados (tratados, leis etc), estejam adequados, viabilizando, nesta oportunidade, a conclusão de que a estes também se deva atribuir a natureza e, portanto, a inclusão na categoria dos direitos fundamentais.⁶

Qual, então, seria esse conjunto de características que lhes demarcam um perfil diferenciado dos demais direitos? Com base em Jorge Miranda e J. J. Canotilho, os autores Sueli Dallari e Vidal Nunes Júnior lecionam que “a principal característica dos direitos fundamentais é o escopo de concretização do princípio da dignidade humana” e, nesse sentido, sendo a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social os valores que informam a dignidade humana, se dado direito incorpora esses valores poderá ser, por consequência, considerado fundamental, ainda que fora do Título II ou, até mesmo, se infraconstitucionalmente previsto⁷.

Evidentemente, todos esses elementos que caracterizariam os direitos fundamentais são mutáveis no tempo e no espaço, porquanto, conforme afirma Gilmar Mendes, resulta da maturação histórica a sedimentação dos direitos fundamentais como normas positivadas, razão pela qual esses direitos não se tratam dos mesmos em todas as épocas⁸. Embora os direitos fundamentais não necessariamente correspondam a imperativos de ordem lógica quando formulados, certo é que a Doutrina costuma classificá-los em gerações⁹.

6 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 35-36.

7 Idem. p. 36-37.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135-136.

9 É costumeiro na Doutrina a divisão em três gerações de direitos fundamentais, embora haja autores, como Paulo Bonavides, que vislumbram número maior que três. No presente trabalho, serão expostas apenas três gerações, já que suficientes ao que aqui se discute. Além disso, cumpre mencionar o entendimento de Paulo Bonavides em considerar que “o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração, caso este último venha a induzir apenas

Conforme leciona Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira geração tratam-se dos:

direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente¹⁰.

Enquanto direitos dotados de subjetividade e que valorizam o homem-singular, são oponíveis pelo indivíduo, que possui a sua titularidade, contra o Estado, caracterizando-se, assim, como direitos de resistência ou de oposição¹¹. Por buscarem fixar uma esfera da autonomia do indivíduo, o Estado passa a ter o dever de abstenção, de não fazer, de não intervir nesta esfera individual reservada ao cidadão¹².

Os direitos de segunda geração, por sua vez, “são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades”, nascidos “abraçados ao princípio da igualdade”¹³. Frutos do ideal antiliberal do Século XX e constitucionalizados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e igualmente no constitucionalismo da social-democracia, em especial, a de Weimar, passaram, a partir de então, a dominar as cartas políticas do segundo pós-guerra.

Sobressai nesta geração de direitos fundamentais a imposição de um papel ativo ao Estado, que se torna obrigado a prestações positivas a fim de estabelecer uma liberdade real e igual aos membros da sociedade, já que o ideal absenteísta do Estado liberal não mais satisfazia as angústias da sociedade¹⁴.

Observa-se que houve período inicial no qual a eficácia de tais direitos restou questionada, sendo remetidos à esfera programática, mas posteriormente superados com a adoção de medidas a fim dar executividade aos preceitos, abandonando-se

sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 586.

10 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. P. 577.

11 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. P. 578.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 137.

13 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 578-579.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 137.

anoção de que apenas os direitos de primeira geração possuíam aplicabilidade imediata¹⁵.

Citam-se, ainda, os direitos de terceira geração, surgidos no final do século XX, dotados de alta dose de humanismo e universalidade e apresentando como destinatários, não mais o indivíduo, um grupo ou um determinado Estado, e sim o gênero humano. Bonavides cita que a Doutrina identificou, a título indicativo e sem prejuízo de outros ainda não delimitados, os seguintes direitos de fraternidade, isto é, de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação^{16 17}.

O presente estudo analisa a espécie direitos sociais, pertencente à segunda geração de direitos fundamentais, dado que entre eles encontra-se o direito à saúde. José Afonso da Silva classifica os direitos fundamentais (do homem) com base no seu conteúdo, critério este decorrente do Direito Constitucional positivado e que, ao mesmo tempo, “refere-se à natureza do bem protegido e do objeto de tutela”¹⁸.

Ter-se-ia, à vista disso, os direitos sociais como “direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6): saúde, educação, seguridade social etc”. Haveria, ainda, seguindo esta classificação, quatro outros grupos: os direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos coletivos (art. 5º) e, por fim, os direitos solidários (arts. 3º e 225)¹⁹.

Enquanto dimensão dos direitos fundamentais (do homem), para o supracitado autor a espécie direitos sociais pode ser conceituada como:

(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

15 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 579.

16 Idem. p. 583-584.

17 Bonavides cita, ainda, a quarta geração de direitos fundamentais, introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica e representados pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 589.

18 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 288-289.

19 Idem. p. 186.

Verifica-se, assim, que os direitos sociais estão diretamente relacionados ao direito da igualdade, já que servem de meio para o efetivo exercício deste direito de primeira geração ao promoverem as condições materiais básicas aos indivíduos²⁰.

Gilmar Mendes²¹ afirma que no direito pátrio não encontra guarida a discussão sobre a (in)existência de direitos fundamentais de caráter social, diferentemente do que ocorre no direito comparado, em países em que não há previsão expressa ou não são atribuídas a esta espécie de direito fundamental eficácia plena. Isto porque a Carta Magna acolheu os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, tendo em vista que o seu texto prevê expressamente a existência dos direitos fundamentais sociais no artigo 6º e especifica seu conteúdo e a forma de prestação nos artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros.

Ademais, o estatuto normativo não fez distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e aqueles previstos no Capítulo II do Título II - Dos Direitos Sociais quando estabeleceu que os direitos e garantias fundamentais apresentam aplicação imediata, fulcro art. 5º, § 1º (1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata).

Além desse critério formal, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam ser indubitável o caráter fundamental presente nos direitos sociais, já que:

o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano 'a salvo' da necessidade, promove uma 'fundamentalização' dos direitos sociais, uma vez que não se pode pensar em exercícios de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um "mínimo vital" esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade²².

Desse modo, apesar de toda a discussão existente na doutrina e jurisprudência, observa-se que, tanto diante de um critério formal quanto de um critério material, os argumentos são favoráveis ao entendimento da presença do caráter fundamental em relação aos direitos sociais.

A relevância em um dado direito ou grupo de direitos apresentar a característica de fundamentalidade no ordenamento brasileiro reside nos seus

20 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 288.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 630-640.

22 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 59.

efeitos, pois, como já citado, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, fulcro art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Contudo, José Afonso da Silva²³ ressalva que a eficácia e a aplicabilidade de dado direito fundamental trata-se de questão que depende da forma de sua positivação. Isto porque, embora a Constituição Federal seja expressa ao determinar a aplicação imediata das normas que definem os direitos e garantias fundamentais, algumas normas possuem sua aplicabilidade condicionada à atividade legislativa posterior, isto é, apresentam a característica de programaticidade.

Este seria o caso, justamente, das normas definidoras dos direitos sociais, que, apesar de serem, em regra, de aplicabilidade imediata, à semelhança dos direitos democráticos e individuais, algumas apresentam eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta. Nesse sentido, a fundamentalidade deve ser analisada especificamente em relação ao direito social à saúde, a fim de verificar se os aspectos formais e materiais atinentes à fundamentalidade estão presentes.

Contudo, tal averiguação apenas será realizada no item 2.1.3, que possui como objeto os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais do direito à saúde, sendo o próximo item dedicado a expor a relação entre o Estado Social brasileiro e os direitos sociais.

2.1.2 O Estado Social brasileiro: garantidor de direitos sociais

A efetiva compreensão da problemática que se busca resolver neste estudo passa pela averiguação de o Estado brasileiro regido pela Constituição de 1988 configura-se um Estado Social, já que neste modelo caberia ao Estado uma postura diferente daquela verificada em Estados Liberais, especialmente quanto aos direitos sociais. Para tanto, impreterível analisar, ao menos brevemente, o desenvolvimento constitucional pelo qual o Brasil passou até culminar no estatuto constitucional vigente e como isso se reflete no dever de garantir os direitos sociais.

Em sua obra de direito constitucional, Paulo Bonavides distingue em três fases a evolução constitucional brasileira com base nos “valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das

instituições”²⁴, sendo que esta classificação torna-se pertinente quando se tem em mente que a Seção sobre a Saúde na Constituição Federal de 1988, invariavelmente, refletiu os valores de sua época.

O primeiro período, o constitucionalismo do Império, vai da proclamação da Independência brasileira em 1822 até a proclamação da República em 1889, sendo caracterizado, em síntese, pela influência do modelo constitucional francês e inglês do século XIX²⁵. A segunda época constitucional, por sua vez, transcorre do advento da República até a década de 1930, tendo como característica o deslocamento do eixo de valores e princípios de organização formal do poder da Europa para os Estados Unidos, especificamente das influências francesas para as norte-americanas²⁶.

O constitucionalismo do Estado Social, terceira fase do constitucionalismo brasileiro, inaugura-se com a Constituição de 1934, abarca os estatutos fundamentais de 1946 e 1946 e estende-se até o presente momento, quando temos em vigor a Constituição de 1988, a mais recente manifestação formal deste período histórico, na concepção de Paulo Bonavides²⁷.

Trata-se de fase na qual se insere uma nova corrente de princípios no direito constitucional brasileiro, que ressaltou um aspecto social, negligenciado nas constituições anteriores a este período²⁸. Desse modo, a Constituição de 1934 foi a primeira a inscrever um título sobre a ordem econômica e social, fato repetido nas constituições posteriores²⁹, salvo a Constituição de 1988³⁰, que separou as matérias em títulos diferentes, respectivamente, Título VIII, Da Ordem Social, e Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira.

E quanto a isso, sentencia José Afonso da Silva que ao estabelecerem um capítulo dedicado aos direitos econômicos e sociais, os regimes constitucionais

24 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 369.

25 Idem. p. 370.

26 Idem. p. 372.

27 Bonavides destaca para exame e reflexão apenas as Constituições de 1934, 1946 e 1988, tendo em vista que o autor adota o critério como critério a legitimidade do estatuto expedido e o fato de terem mantido a aparência “de um regime normal de Governo, de baixo do princípio representativo e das regras inerentes ao denominado Estado de Direito”. Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 374-375.

28 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 374.

29 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 287.

30 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 640.

ocidentais firmam a promessa de realizar um Estado Social³¹.

Nos textos das Constituições brasileiras da terceira fase verifica-se a forte influência da Constituição de Weimar de 1919³² e, em menor grau, mas ainda assim de forma relevante, da Lei Fundamental de Bonn de 1949³³. Em relação a esta última carta constitucional, sua influência atinge a Constituição Federal de 1988 quanto à “técnica, forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais”, sendo que, para Paulo Bonavides, a ultrapassa em alguns pontos³⁴.

Os referidos estatutos jurídicos da terceira fase do constitucionalismo brasileiro apresentam uma “vocação política” de disciplinar no seu texto normativo “aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem o homem destinatário da norma constitucional”³⁵.

Com esta vocação, brota no Brasil desde 1934 “o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – e não o homem-indivíduo - são valores supremos”, abandonando o Estado brasileiro aquele seu modelo abstencionista típico do século XIX, muito embora seja acertado o diagnóstico de Bonavides no sentido de muitos dos postulados constitucionais do Estado Social tenham permanecido uma simples utopia³⁶.

A Constituição Federal de 1988 - o produto atualmente vigente do terceiro período constitucional brasileiro - apresenta igualmente preeminência em relação ao social³⁷, tratando-se de uma Constituição do Estado Social, que “não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”³⁸, motivo pelo qual:

(...) os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm de ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamentos. Uma coisa

31 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 116.

32 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 376.

33 Conforme leciona Sergio Pinto Martins, “a Constituição de Weimar de 11-8-1919, criou um sistema de seguros sociais para poder, com o concurso dos interessados, atender à conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, à proteção, à maternidade e à previsão das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das vicissitudes da vida (art. 161). Ainda, “determinou que ao Estado incube prover a subsistência do cidadão alemão, caso não possa proporcionar-lhe a oportunidade de ganhar a vida com um trabalho produtivo (art. 163)”. Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

34 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 378.

35 Idem. p. 376.

36 Idem. p. 376-377.

37 Idem. p. 378

38 Idem. p. 381.

é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e antiestado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder³⁹.

Ao encontro disso, diferentemente das cartas precedentes, a Constituição de 1988 apresenta meios para a obtenção de eficácia dos seus postulados, evitando, com isso, que o seu conteúdo seja convertido em preceitos meramente programáticos, pois, conforme observa José Afonso da Silva, a normatividade dos direitos sociais, principiada na Constituição de 1934, era, de início, programática, mas a tendência se dá no sentido de sua maior efetividade⁴⁰.

Como exemplo de mecanismos e políticas estabelecidos pela Constituição Federal em vigor a fim de garantir a efetividade dos direitos sociais, pode-se citar a previsão de fontes de recursos para o custeio da seguridade social, impondo a sua aplicação nas ações e serviços de saúde e nas prestações previdenciárias e assistenciais, a reserva de recursos para a educação, a imposição ao Estado de apoiar, incentivar e proteger os direitos culturais, entre outros⁴¹.

Ainda, fora instituído um novo remédio constitucional, o mandado de injunção, bem como se previu a ação de inconstitucionalidade por omissão. E, principalmente, instituiu a “norma-síntese”, na nomenclatura de José Afonso da Silva, que estabelece a eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o que incluiu os direitos sociais, além dos direitos individuais, políticos e de nacionalidade⁴².

E nesse norte, o legislador, ao fixar as bases da nova política de saúde, entendeu por bem estabelecer dispositivos asseguradores da eficácia do direito à saúde, dentre eles o Sistema Único de Saúde, o mecanismo institucional voltado à concretizar o dever estatal de garantia do direito à saúde⁴³.

Assim, visto diante de uma ideia de Estado Social incumbido de garantir os direitos sociais que concedeu, o Sistema Único de Saúde é, por evidente, o mecanismo instituído para não condenar o direito à saúde à mera promessa constitucional.

39 BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.* 2015. p. 379.

40 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 468.

41 Idem. p. 470.

42 Idem. p. 470-471.

43 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 76.

2.1.3 Os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais do direito à saúde

Cabe ao presente item a análise dos aspectos mais relevantes do direito à saúde, especialmente aqueles passíveis de serem relacionados à resolução do problema da gratuidade. Dito isso, importa evidenciar que a Constituição de 1988 apresenta um capítulo destinado aos direitos sociais, a saber, o capítulo II do título II, dispondo, em seu art. 6º, *caput*, que a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados, tratam-se de direitos sociais.

Já no art. 196, presente no título VIII da Carta Magna de 1988, a saúde é definida como:

direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivam a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁴⁴.

Cabe registrar, desde logo, que a Carta Política vigente inovou ao tratar o direito à saúde em seu art. 196, dando enfoque às prestações positivas devidas pelo Estado (ações e serviços de promoção e recuperação da saúde) e adotando um conceito amplo de saúde, que não reconhece só a perspectiva de pretensão a um corpo saudável e a uma mente sem doenças, mas também a condições de vida e a um meio ambiente equilibrado⁴⁵.

Esta noção de saúde positivada no direito brasileiro vigente, como observa Marlon Alberto Weichert⁴⁶, teve forte influência do conceito consagrado no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946⁴⁷, que

44 Além disso, no âmbito infraconstitucional, o art. 3º da Lei 8.080, de 1990, afirma que, em relação à saúde, tratam-se de “determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

45 WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 123-124.

46 *Idem*. p. 122.

47 “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Cf. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em 13 de maio de 2017.

define a saúde como o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, e não apenas “a ausência de doença ou de enfermidade”⁴⁸.

A saúde apenas como ausência de doença ou enfermidade, acepção mais restrita, foi induzida com a descoberta dos antibióticos, mas “esse conteúdo de saúde acaba por se demonstrar parcial e insuficiente para satisfazer as necessidades da pessoa humana e a construção de uma sociedade com reduzida desigualdade social (objetivos do Estado Social)”⁴⁹. Entretanto, apesar de não esgotar o conceito de saúde, esta acepção permite a fixação de, ao menos, um “núcleo claro e preciso dentro de um conteúdo (do direito à saúde) mais abrangente”⁵⁰.

Já o “estado de completo bem-estar físico, mental e social” representa, para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, ‘uma considerável evolução relativamente ao anteriormente apontado’, mesmo que passível de críticas dado a sua abrangência⁵¹.

No passado brasileiro, as constituições não garantiam o direito à saúde neste aspecto mais abrangente, muito embora o Estado estivesse, na maioria das cartas constitucionais, incumbido de cuidar da assistência pública, da edição de normas de proteção à saúde pública e da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário⁵². Nesse sentido, conforme adverte José Afonso da Silva, ainda que não fosse tema desconhecido da disciplina constitucional pretérita, dado que, por exemplo, cabia à União “*legislar sobre defesa e proteção da saúde*”, tal norma apresentava-se como dispositivo voltado à “organização de combate às endemias e epidemias”, enquanto, hodiernamente, a questão encontra-se positivada como “direito do homem”⁵³. Desse modo, considerando que as constituições antecedentes possuíam apenas disposições esparsas sobre a temática

48 O presente trabalho não busca pesquisar e elencar um conceito de saúde, limitando-se a analisar os seus aspectos positivados que importam à investigação da gratuidade do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que, conforme expõe Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, “um das questões mais elementares - e, contraditoriamente, mais complexas - no Direito Sanitário é a formulação de um conceito jurídico de saúde”, vez que “embora já existam diversos juízos sobre o tema, ainda não houve um que granjeasse, senão o consenso, ao menos a hegemonia”. Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 7.

49 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004 p. 120.

50 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 7.

51 *Ibidem.*

52 CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde**: comentários à Lei Orgânica de Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90. 3.ed. Campinas, SP: UNICAMP, 2002. P. 34.

53 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 312.

da saúde, entende-se que a Constituição Federal de 1988 inova ao prever o direito fundamental à saúde⁵⁴.

Em breve perspectiva histórica a fim de evidenciar tanto evolução da saúde no âmbito normativo brasileiro quanto à inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, cumpre, em primeiro lugar, mencionar que a Constituição Imperial de 1824 garantiu em seu artigo 179, inciso XXXXI, os socorros públicos⁵⁵, que apresentavam natureza de assistência pública⁵⁶. Em que pese não fosse uma Constituição declaradora e reconhecedora de direitos sociais e o dispositivo em questão possuisse um sentido assistencialista, verifica-se uma abertura para a noção de direitos sociais, conforme entende Dallari⁵⁷.

A Constituição Republicana de 1891, ao seu turno, refletiu o pensamento liberal da época e limitou-se a organizar o Estado e a reconhecer os direitos de liberdade, retrocedendo, desse modo, na abertura social realizada pela constituição antecedente⁵⁸.

Ato contínuo, verifica-se que a Lei Eloy Chaves, de 1923 - considerada o marco da previdência social no âmbito nacional - criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões para ferroviários, prevendo assistência médica aos empregados desta categoria⁵⁹.

Veja-se o teor do art. 9º d Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923:

Art. 9º Os empregados ferro-viarios, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuido para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito: 1º, a soccorros medicos em casos de doença em sua pessôa ou pessôa de sua familia, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia; 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração;⁶⁰

54 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 640.

55 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 7.

56 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito da seguridade social**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 6.

57 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 54.

58 Apesar de ter sido reformada em 1926, introduzindo o direito do trabalho em seu texto, o seu caráter liberal manteve-se Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 54.

59 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 6.

60 BRASIL. **Decreto Nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados (redação original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682.htm. Acesso em 18/05/2017.

No entendimento de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos, esta Lei reflete a ideia de proteger a força de trabalho estritamente para fins econômicos, orientação proveniente da Europa da Revolução Industrial. Logo, não havia preocupação com a saúde do cidadão, e sim com o indivíduo-trabalhador, produtivo, que tinha sua saúde protegida apenas para que a economia fluísse⁶¹.

Ressalva Gustavo Filipe Barbosa Garcia que o sistema não era mantido pelo Estado, e sim pelas empresas, acabando, por conseguinte, outros empregados alcançados pelas Caixas de Aposentadorias e Pensões, até que, após 1930, passam a existir os Institutos de Aposentadorias e Pensões, estruturados em categorias profissionais⁶².

Posteriormente, em 1934, a Constituição Federal, além de definir a competência concorrente da União e dos Estados-membros para cuidar da saúde e assistência pública (Art. 10, inciso II) e fiscalizar a aplicação das leis sociais (Art. 10, inciso V)⁶³, previu, em seu art. 121, §1º, h, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, bem como a instituição de previdência, nos seguintes termos:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;⁶⁴

Verifica-se que o referido diploma normativo claramente privilegiou a assistência médica e sanitária ao trabalhador e, a partir de então, o direito à saúde passa a ser direito subjetivo do trabalhador dentro do âmbito de um seguro social⁶⁵. Nota-se, dessa forma, “o claro propósito de fincar as pedras fundamentais do assim

61 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 35.

62 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 6.

63 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 10-11.

64 BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em 18/05/2017.

65 MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 42.

chamado Estado Social de Direito”, em face dos avanços relacionados à questão social⁶⁶, conforme abordado em passagem anterior do presente trabalho.

Apesar do avanço, a Constituição de 1934 perdurou por apenas três anos, já que em 1937 sobreveio a Constituição “Polaca”, que a revogou. Mesmo que constituição outorgada tenha mantido a proteção individual do trabalho, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior apontam nítido retrocesso das liberdades públicas, em especial, bem como em relação aos direitos sociais⁶⁷.

Situada entre duas Constituições ditatoriais - a de 1937 e a de 1967, a Carta Constitucional de 1946 fez ressurgir a ideia de Estado Social⁶⁸ e dispôs, em seu art. 5º, inciso XV, sobre a defesa e proteção da saúde⁶⁹, sendo a União incumbida de legislar sobre a matéria⁷⁰.

Em seguida, a Constituição de 1967, imposta pelo golpe militar de 1964⁷¹, manteve sem grandes alterações o rol de direitos individuais e direitos sociais, apesar de seus efeitos terem, em regra, sido condicionados à atividade legiferante posterior⁷², isto é, impuseram caráter de programaticidade às normas.

O referido estatuto normativo, além de definir ser competência da União o estabelecimento de normas nacionais de saúde, conforme o art. 8º, inciso XIV, assegurou aos trabalhadores a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, mantendo, contudo, a necessidade de contribuição ao sistema como requisito de acesso⁷³. Vale dizer: o direito à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva novamente liga-se à ideia de produtividade econômica, em substituição à proteção

66 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 55.

67 Ibidem.

68 Idem. p. 57.

69 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. P. 7.

70 BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 21/06/2017.

71 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 57.

72 Idem. p. 58.

73 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45. Observa-se que no âmbito internacional, houve em 1948 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que elencou a saúde como elemento de cidadania, em seu artigo 25: “Artigo 25º 1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.” Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 29/05/2017.

da cidadania. *In verbis*:

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;⁷⁴

Posteriormente, em 1977, institui-se por intermédio de alterações infralegais o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, que tinha como objetivo reorganizar a Previdência Social, integrando as atividades da previdência social e das assistências social e médica.

A Lei 6.439⁷⁵, de 1º de setembro de 1977, que institui o mencionado sistema, criou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS⁷⁶ e que tinha o objetivo de prestar atendimento somente aos que contribuísem para sistema, restando a responsabilidade pelo atendimento em favor dos desempregados e residentes no interior às Secretarias de Saúde dos Estados e aos serviços públicos federais⁷⁷.

Da literalidade dos colacionados dispositivos, confirma-se a ressalva feita por

74 BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em 18/05/2017.

75 Art 1º - Fica instituído o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, sob a orientação, coordenação e controle do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, com a finalidade de integrar as seguintes funções atribuídas às entidades referidas nesta Lei: I - concessão e manutenção de benefícios, e prestação de serviços; II - custeio de atividades e programas; III - gestão administrativa, financeira e patrimonial. Art 2º - São mantidos, com o respectivo custeio, na forma da legislação própria, os regimes de benefícios e serviços dos trabalhadores urbanos e rurais, e dos funcionários públicos civis da União, atualmente a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL e do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - IPASE. Art 3º - Ficam criadas as seguintes autarquias vinculadas ao MPAS: I - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS; II - Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS. Art 4º - Integram o SINPAS as seguintes entidades: I - Instituto Nacional de Previdência Social - INPS; II - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS; III - Fundação Legião Brasileira de Assistência - LBA; IV - Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor FUNABEM; V - Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social - DATAPREV; VI - Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS. § 1º - Integra, também, o SINPAS, na condição de órgão autônomo da estrutura do MPAS, a Central de Medicamentos - CEME. § 2º - As entidades do SINPAS têm sede e foro no Distrito Federal, podendo, entretanto, manter provisoriamente sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, até que, a critério do Poder Executivo, possam ser transferidas para o Distrito Federal.

76 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 15.

77 MARTINS, Wal. *Op.cit.* 2008. p. 46.

Guido Ivan de Carvalho no tocante ao direito à saúde nas constituições pretéritas⁷⁸: “não havia, ainda, a preocupação social de garantia da saúde do cidadão”, pois, enquanto “aqueles que tinham uma força de trabalho deveriam ter garantida uma assistência ambulatorial e hospitalar, mediante contribuição direta para o seguro social público”, ao restante da população restava a assistência privada, se houvesse recursos próprios para tanto, ou a assistência humanitária das Santas Casas.

Entretanto, este panorama altera-se com a entrada em vigor da Constituição Cidadã de 1988 prevendo o direito social à saúde (art. 196) e instituindo o Sistema Único de Saúde (art. 198), voltado à promoção da saúde de forma universal e igualitária, isto é, com acesso permitido a todos, trabalhadores ou não, contribuintes ou não.

Conforme expõe Wal Martins:

Até a Constituição de 1988, nenhuma outra Constituição havia se referido expressamente à saúde como parte integrante do interesse público e como princípio-garantia em benefício do indivíduo, pois (...) nas Constituições anteriores a assistência à saúde era assegurada ao indivíduo, exclusivamente na condição de trabalhador⁷⁹.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 8.080 de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde - LOS, consolidou e aprofundou as modificações introduzidas pelo novo ordenamento constitucional, sem prejuízo de, em seu artigo 2º, explicitar a saúde como um direito fundamental do ser humano, sendo dever estatal “prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”, mediante a:

formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação⁸⁰.

Entretanto, não havia a necessidade de explicitar referida característica, tendo em vista que, segundo Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, o

78 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 36.

79 MARTINS, Wal. *Op.cit.* 2008. p. 47.

80 O inteiro teor do art. 2º da Lei 8.080 é o que segue: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

art. 6º da Constituição Federal, que prevê o direito social à saúde, encontra-se alocado no Título dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo que a fundamentalidade alcança, inclusive, todos os dispositivos relacionados à temática, isto é, do art. 196 ao 200⁸¹.

O autor Wolfgang Sarlet⁸² refere ser perceptível dois aspectos distintos em relação ao artigo 196 da Carta Maior: uma norma definidora de direito e uma norma que estabelece deveres estatais positivos ao Estado. Nessa senda, ao considerar a saúde como direito de todos, firma-se um direito subjetivo, de titularidade universal, pertencente ao indivíduo, ao passo que, de igual maneira, há ainda a imposição de deveres e tarefas aos poderes públicos, isto é, determina-se a obrigação estatal de praticar atos positivos voltados à garantia do direito à saúde que, conforme afirmado, a todos é garantido.

A seu turno, José Afonso da Silva, com base nos ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, considera que o direito à saúde apresenta-se em “duas vertentes”: de um lado, a natureza negativa, consistente no dever de abstenção do Estado (ou de terceiros) de praticar atos que prejudiquem a saúde do cidadão; de outro, a natureza positiva, que impõe a prestação estatal de medidas com o objetivo de prevenir e tratar doenças⁸³.

Importa, aqui, que ambos os doutrinadores evidenciam a existência de um aspecto positivo no direito à saúde, consistente na obrigação estatal em prestar medidas asseguradoras da saúde, direito social constitucionalmente previsto, de toda a população - e não mais, frisa-se, apenas do trabalhador.

Focando nesta sua dimensão positiva (prestacional) presente no art. 196 da Constituição Federal, Gilmar Mendes expõe a existência tanto de um direito individual quanto de um direito coletivo⁸⁴. A primeira dimensão, individual, consistiria na efetivação do direito à saúde por intermédio de ações estatais específicas e, na segunda dimensão, coletiva, restaria configurado mediante amplas políticas públicas voltadas à redução do risco de doença e de outros agravos⁸⁵.

De modo semelhante, Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos dividem a

81 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 67.

82 *Idem.* p. 77.

83 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. apud SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 312.

84 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 643.

85 *Idem.* p. 645.

análise do artigo 196, que define as formas de o Estado garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, em duas metades: a) uma parte de dicção mais objetiva, afirmando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e possuindo eficácia plena e imediata, não sendo, desse modo, norma meramente programática, cabendo ao Estado, por conseguinte, a sua execução, sem postergá-los ou condicioná-los à programa governamental não implementados; b) outra parte de dicção mais fluída, por depender de demarcação, e que corresponde a programas sociais e econômicos destinados à diminuição coletiva de moléstias, melhorando a qualidade de vida dos indivíduos⁸⁶.

Verifica-se, nesse último entendimento, a questão da programaticidade - já abordada no presente estudo em capítulo antecedente, embora de forma mais ampla, relativa aos direitos sociais em geral. Restou consignado, na oportunidade, que a eficácia e a aplicabilidade de dado direito fundamental dependeria das características de sua positivação no ordenamento que, eventualmente, poderia ser condicionadas à atividade legiferante posterior.

Na opinião de Germano Schwartz⁸⁷, a programaticidade teria por condão tornar ineficaz o status de “superioridade” atribuído pela Constituição ao direito da saúde, deixando-o condicionado a eventual atividade legiferante posterior. E, conseqüentemente, por ser norma de eficácia limitada, não caberia considerar a saúde como direito público subjetivo a ser oponível pelo cidadão contra o Poder Público na via judicial ou administrativa.

Em que pese Gilmar Mendes entender que considerar o dispositivo constitucional regente do direito social à saúde (art. 196) apenas como uma norma programática é sinônimo de negar a força normativa da Constituição Federal⁸⁸, o autor reconhece que a necessidade do direito em questão ser garantido mediante políticas sociais e econômicas lhe impõe um viés programático, já que estas sempre dependerão dos recursos estatais limitados e da evolução da medicina⁸⁹.

No conceito clássico de José Afonso da Silva normas constitucionais de caráter programático seriam aquelas:

86 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 40-41.

87 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Op.cit.* 2001. p. 60.

88 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* 2014. p. 643.

89 *Idem.* p. 644.

através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (Legislativos, Executivos, Jurisdicionais e Administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado⁹⁰.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão da programaticidade do direito à saúde em diversas oportunidades, especialmente ao tempo do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-RS⁹¹, relatado pelo Ministro Celso de Mello. Acordou a Suprema Corte que o fato de o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Carta Maior, ser considerado norma programática não pode ter como consequência torná-la uma “promessa constitucional inconsequente” do Estado.

O Ministro relator Celso de Mello afirmou em seu voto que a fundamentalidade do direito à saúde só se configura quando a obrigação em agir positivamente, por intermédio de prestações, for efetivamente cumprida pelo Estado, motivo pelo qual a mera declaração do direito não basta. Se assim pudesse agir o Poder Público, justas expectativas nele depositadas pelos cidadãos estariam sendo fraudadas por ilegítimo e irresponsável ato estatal em postergar o cumprimento de dever constitucionalmente imposto, qual seja, o de efetivar prestações voltadas à promoção e recuperação da saúde através de medidas fundadas em políticas públicas idôneas.

O referido acórdão é considerado o marco jurisprudencial do entendimento do direito fundamental à saúde como direito subjetivo, tendo em vista que afirmou nas razões de decidir a justiciabilidade do direito⁹², decorrente de sua fundamentalidade, cabendo ao indivíduo, portanto, demandar contra o Estado nos casos de inobservância.

Apesar de a decisão ter consagrado a justiciabilidade e subjetivação do direito à saúde, Paulo Gilberto Cogo Leivas ressalta a possibilidade de o acórdão-

90 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 135.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 28/05/2017.

92 SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 635.

paradigma ser passível de crítica em face da atuação judicial ilimitada e sem parâmetros que pode se extrair do seu conteúdo, configurando, eventualmente, como uma das possíveis razões pelas quais o judiciário decidir as questões envolvendo prestações de saúde de forma pouco criteriosa⁹³.

Tanto é assim que Ricardo Lobo Torres, considerando a referida decisão da Suprema Corte de “estilo maximalista, esparramado e bombástico”, critica o fato de os tribunais *a quo* terem passado a fundamentar a obrigação estatal em prover prestações na área de saúde diretamente no art. 196 da Constituição Federal.

Embora concorde que tal posicionamento permitiu avançar na garantia do mínimo existencial e do direito à saúde, o autor critica os exageros decorrentes de tal entendimento, tendo em vista que a partir de então se alargou a extensão do direito à saúde, passando a abarcar os ricos e, inclusive, a garantir o tratamento de estrangeiro⁹⁴.

Tal posicionamento tem origem na Teoria do Direito ao Mínimo Existencial. Para Ricardo Lobo Torres o direito ao mínimo existencial é relativo “às condições mínimas de existência humana digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”⁹⁵. Assim, em relação aos direitos fundamentais, seja os de liberdade seja os sociais⁹⁶, o Direito ao Mínimo Existencial trata-se do seu “conteúdo essencial”⁹⁷.

Desse modo, quanto aos direitos fundamentais sociais - gênero ao qual a saúde pertence - o autor entende que sua jusfundamentalidade:

(...) se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima⁹⁸.

93 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). *Op.cit.* 2001. p. 638.

94 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 253-255.

95 Idem. p. 35

96 Idem. p. 85.

97 Idem. p. 83.

98 Idem. p. 80-81.

Observa-se, dessa forma, que Ricardo Lobo Torres não vê o critério topográfico como suficiente para ensejar a fundamentalidade dos direitos sociais⁹⁹, dando destaque aos aspectos materiais. Assim, defende a tese de redução da fundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial destes direitos, devendo o restante, isto é, aquela parte que não configura como condições básicas de sobrevivência com dignidade, ser otimizada por intermédio de “políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania”¹⁰⁰.

Verifica-se que o autor reduz a parte dos direitos sociais não tocada pela fundamentalidade ao campo das normas programáticas, já que esse excedente pode ser limitado e condicionado pelo legislador¹⁰¹. Entretanto, o referido doutrinador reconhece que a dificuldade residiria em delimitar o que seria direito fundamental e o que estaria no âmbito do direito social, não estando, portanto, contido na ideia de mínimo existencial¹⁰² e, conseqüentemente, abarcado pela impossibilidade de não pagamento¹⁰³.

De qualquer modo, o entendimento do autor não se coaduna com a posição que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente após a decisão anteriormente citada¹⁰⁴, e, ainda, com o julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n° 175¹⁰⁵ - que incorporando em seu acórdão as contribuições

99 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 274.

100 *Idem.* p. 53

101 *Idem.* p.89.

102 *Idem.* p. 131.

103 *Idem.* p. 246.

104 O entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal é de que, “embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.” [AI 550.530 AgR, rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 26-6-2012, 2ª T, *DJE* de 16-8-2012.] Além disso, já decidiu-se que o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197). Cf. STA 223 AgR, rel. min. **Celso de Mello**, j. 14-4-2008, P, *DJE* de 9-4-2014.

105 A ementa do citado julgado teve o seguinte teor: “Cumprasse assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade

especializadas resultantes da Audiência Pública convocada pelo então presidente da Corte Superior. O Ministro Gilmar Mendes reafirmou a justiciabilidade do direito à saúde, mas não sem estabelecer diretrizes para as decisões judiciais relacionadas à temática. Desta forma, restou claro que a fundamentalidade não ensejaria a concessão indiscriminada de pedidos judiciais de prestações de saúde, sob pena de comprometimento do Sistema Único de Saúde¹⁰⁶.

2.2 A SAÚDE COMO ESPÉCIE DO GÊNERO SEGURIDADE SOCIAL

Para a compreensão do Sistema Único de Saúde, necessário, preliminarmente, conhecer os fundamentos e as principais características da Seguridade Social brasileira, a fim de verificar como a Saúde. E o seu dever de prestação pelo Estado insere-se nessa sistemática.

No âmbito internacional, desde 1948, a Declaração dos Direitos do Homem, em seu art. XXV, 1, prevê que:

todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle¹⁰⁷.

No direito interno, a Constituição de 1988 previu o instituto no art. 194, alocado no Capítulo II do título concernente à Ordem Social, qual seja, Título VIII. Ao disciplinar a matéria em capítulo específico (arts. 194 a 204), o Estatuto Supremo estabeleceu uma cisão entre a Seguridade Social e o Direito do Trabalho, vez que na Constituição anterior a matéria era tratada uniformemente sob o título “Ordem Econômica”, o qual abrangia tanto os direitos previdenciários quanto os direitos trabalhistas¹⁰⁸. Nesse sentido, a Seguridade Social foi positiva pela constituição vigente como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e

estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.” Cf. BRASIL . Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Celso de Mello, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255> >. Acesso em 11/06/2017.

106 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Op.cit.* 2001. p. 641.

107 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18/06/17.

108 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 20.

da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹⁰⁹.

Em relação ao termo “seguridade social”, positivado pela Constituição Federal em vigor nos arts. 22, inciso XXIII, 194 e 195, Sergio Pinto Martins¹¹⁰ posiciona-se a seu favor, contrapondo-se aos autores que defendem o uso da denominação “segurança social”, já que, para esses, seguridade seria um estrangeirismo. Porém, aquele autor assim não entende, afirmando que, em verdade, o vocábulo “seguridade” é proveniente do latim “*securitate(m)*” e transmite a noção de “provisão para o futuro”, ao passo que aquela outra expressão, segurança social, apresenta uma “idéia de presente”. Desta forma, a expressão Seguridade Social em melhor relaciona-se à teleologia do instituto, que tem como objetivo dar aos indivíduos os meios básicos de subsistência, independentemente de contribuições.

Os patronos da implementação de um sistema de seguridade social no Brasil, em substituição à restrita ideia de Previdência Social, entendiam tal medida como forma de superar as limitações deste sistema, caracterizado por apresentar as figuras do “segurado” e da “contribuição”¹¹¹.

A exemplo disso, cita-se José Afonso da Silva, que em sua obra de 1987¹¹² advogou por um sistema de seguridade social que observasse o modelo de José Manuel Almansa Pastor, informado pelos princípios básicos: a universalidade subjetiva, a universalidade objetiva, a unidade de gestão e a solidariedade financeira. Com a Carta Cidadã, o autor diagnostica que a implementação da Seguridade Social brasileira atendeu consideravelmente a estes preceitos.

Apesar de Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia¹¹³, com base nas considerações de José Manuel Almansa Pastor, afirmarem que conceituar o instituto não é tarefa simples, os autores brasileiros analisam a seguridade social sob duas perspectivas: uma política e outra jurídica. Em relação à primeira, a seguridade social teria por fim último a proteção da necessidade social.

109 Art. 194 da Constituição Federal de 1988. Cf. BRASIL. Constituição 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22/06/2017.

110 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 21.

111 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 310-311.

112 Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4.ed. São Paulo: RT, 1987. p 539, citado pelo autor.

113 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29-30, citando ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 57-60.

Já o segundo aspecto mencionado trata dos meios pelos quais esse objetivo seria alcançado, isto é, a organização normativa instrumental eleita e estabelecida para concretizar a proteção às necessidades da sociedade.

Tendo essas concepções em mente, afirmam os autores que a seguridade social hodiernamente deixa de ser sinônimo de previdência social, baseada na ideia de seguro social, e passa a ser compreendida como a forma de garantir “o bem-estar material, moral e espiritual” de dada coletividade, extinguindo as necessidades sociais nela verificadas.

No citado conceito de seguro, os benefícios são garantidos apenas aos indivíduos que se qualificam como “segurados” enquanto que no sistema de proteção social baseado na ideia de seguridade a cobertura é estendida ao cidadão, sem limitar-se aos contribuintes do sistema, motivo pelo qual a Constituição da República de 1988, que previu um sistema de seguridade social, representa a superação da ideia de seguro social até então presente nos sistemas protetivos¹¹⁴.

E nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹¹⁵ afirma que o sistema vigente em questão possui “o relevante papel de atender, proteger e promover o bem-estar do ser humano, sempre que este estiver em situação relacionada a contingências sociais, dificultando ou impedindo que a pessoa possa viver de forma digna e saudável”. Ainda, o autor traz outro importante aspecto da seguridade social para o qual o instituto direciona-se: “a busca pela igualdade material e da liberdade real material”.

Dada a amplitude da seguridade social enquanto sistema de proteção social voltado à promoção da igualdade material entre os indivíduos, o instituto trata-se de gênero do qual a saúde, a previdência e a assistência social são espécies¹¹⁶. Em que pese o enfoque do presente estudo seja a espécie Saúde, necessário tecer breves considerações em relação às outras espécies, especialmente nas suas distinções.

A assistência social, disciplinada no artigo 203 da Constituição Federal, “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade

114 BRASIL. Ministério da Saúde. **Financiamento público de saúde**. Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. (Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 1, v. 1). p. 20-21. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/>. Acesso em 25/06/2017.

115 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 13.

116 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

social”, não apresentando, assim, natureza de seguro social¹¹⁷, já que para ter acesso a seus benefícios o assistido não necessita de prévia contraprestação pecuniária¹¹⁸. Trata-se, conforme o art. 4º da Lei 8.212, de 1991¹¹⁹, de “política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a desnecessidade de contribuição para fins de prestação estatal de assistência social demonstra o aspecto solidário e distributivo que permeia a lógica do sistema assistencial, configurando-se, assim, como a “expressão máxima do princípio da solidariedade e mesmo do respeito à dignidade da pessoa humana”¹²⁰. É justamente ante a desnecessidade de o indivíduo contribuir para acessar os benefícios ou serviços assistenciais que Sérgio Pinto Martins sentencia a Assistência Social como mais próxima da ideia de Seguridade Social¹²¹.

Embora não sejam exigidas contribuições do segurado para o recebimento dos benefícios assistenciais e utilização dos serviços, é necessário, por outro lado, o preenchimento de determinados requisitos, em especial, o requisito de hipossuficiência e vulnerabilidade social e econômica¹²², já que o objetivo é assegurar o mínimo existencial a todos que necessitam, possibilitando que os direitos sociais alcancem os menos favorecidos¹²³.

Em relação à espécie em análise, José Afonso da Silva¹²⁴ expõe a incongruência normativa existente entre o artigo 6º da Constituição Federal, que prevê o rol de direito sociais, e os artigos disciplinadores da assistência social (arts. 194 e 203). Ocorre que “a proteção à maternidade e à infância” e “a assistência aos desamparados” configuram-se como objetivos mais restritos do que aqueles compreendidos no instituto da assistência social, que se destina a assegurar a subsistência dos “desvalidos em geral”.

117 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. P. 851-852.

118 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. P. 14.

119 BRASIL. **Lei N° 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm >. Acesso em 11/06/2017.

120 SARLET, Ingo; MITIDIEIRO, Daniel. *Op.cit.* 2015, p. 651.

121 MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2015. p. 520.

122 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 270.

123 Idem. p. 267.

124 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 315.

A seu turno, o artigo 201 da Constituição Federal, afirma que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

De plano, cabe ressaltar que os benefícios concedidos pela Previdência Social tratam-se de prestações de caráter pecuniário, tendo como destinatários os segurados que contribuíram para o sistema ou os seus dependentes¹²⁵. Assim, verifica-se que, diferentemente da Assistência Social e, como se verá adiante, da Saúde - espécies desvinculadas de qualquer contraprestação pelo usuário¹²⁶ -, a Previdência Social exige o recolhimento pelo segurado de contribuições para que o sistema seja mantido¹²⁷, isto é, trata-se de sistema protetivo de caráter contributivo e que, portanto, abarca um público-alvo mais restrito de beneficiários¹²⁸.

Por esse ângulo, embora a Previdência Social esteja incluída no âmbito da Seguridade Social como uma de suas espécies, por apresentar peculiaridades em seu custeio, possui uma “noção mais restritiva objetiva e subjetivamente”, já que os beneficiários não se tratam de qualquer cidadão, e sim de indivíduos que contribuíram para o sistema¹²⁹.

Logo, a Previdência Social brasileira funda-se no princípio do seguro social, razão pela qual autores como Sérgio Pinto Martins tecem críticas quanto a esta necessidade de contribuição do próprio segurado, vez que, por questões sistêmicas,

125 SILVA, José Afonso. *Op.cit.* 2015. p. 848.

126 Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A seguridade social, como posta no art. 194, CF/88, veio a abarcar a previdência, a saúde e a assistência social, destacando-se que as duas últimas não estão vinculadas a qualquer tipo de contraprestação por parte dos seus usuários, a teor dos artigos 196 e 203, ambos da CF/88. Esta característica é que vai distinguir a previdência social dos demais ramos da seguridade social, com reflexos na jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que seu caráter é contributivo e de filiação obrigatória, com espeque no art. 201, CF/88”. Cf. RE 636.941, rel. min. Luiz Fux, j. 13-2-2014, P, DJE de 4-4-2014, com repercussão geral. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5581480>>. Acesso em 22/06/2017.

127 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 14.

128 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 28. E nesse sentido, já manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, ao tempo do julgamento do RE 636.941, de relatoria do Ministro Luiz Fux: “A seguridade social prevista no art. 194 da CF/1988, compreende a previdência, a saúde e a assistência social, destacando-se que as duas últimas não estão vinculadas a qualquer tipo de contraprestação por parte dos seus usuários, a teor dos arts. 196 e 203, ambos da CF/1988. Característica esta que distingue a previdência social das demais subespécies da seguridade social, consoante a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que seu caráter é contributivo e de filiação obrigatória, com espeque no art. 201, todos da CF/88”. Cf. Recurso Extraordinário nº 636.941/RS, Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5581480>>. Acesso em 29/05/2017.

129 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha. *Op.cit.* 2010. p. 33.

os benefícios e serviços previdenciários deveriam ser igualmente independentes de contribuição ao Sistema de Seguridade Social, sob pena de permanecer um contrasenso¹³⁰.

Em face do exposto, podemos elencar, de forma sintética, como elemento caracterizador da Assistência Social, a necessidade de preenchimento de requisitos para acesso aos benefícios assistenciais que, no entanto, independem de contribuição pelo beneficiado, ao passo que a Previdência Social possui como característica fundamental a necessidade de contribuição prévia pelo segurado.

Redirecionando a análise à Saúde, temos que esta se apresenta tanto como um subsistema integrante da Seguridade Social destinado à proteção social - isto no que diz respeito ao seu aspecto jurídico institucional - quanto um direito humano fundamental social - no tocante ao seu plano jurídico subjetivo¹³¹, este último já analisado no presente estudo monográfico.

Consoante o disposto no artigo 196 da Carta Maior, a saúde trata-se de:

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

Tendo em vista que a Saúde trata-se de um subsistema integrante da Seguridade Social, tanto as ações e serviços públicos de saúde quanto os serviços contratualizados ou conveniados devem ser desenvolvidos de acordo com princípios gerais do gênero, além dos princípios específicos da espécie (art. 7º da Lei 8.080, de 1990)¹³².

Ressalva-se, entretanto, quanto ao princípio da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços da Seguridade Social que, em relação à Saúde, apenas o aspecto da seletividade do citado postulado aplica-se, não cabendo falar-se em distributividade nesta espécie, já que o acesso à assistência médica deve ser igual garantido a todos, desde que, obviamente, existam recursos previstos e surja a necessidade pelo indivíduo. Do contrário, verifica-se a incidência do princípio da distributividade no âmbito da Saúde quando este assume o sentido de “distribuição de bem-estar às pessoas”¹³³.

130 MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2015. p. 23.

131 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 219.

132 *Idem.* p. 221.

133 MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2015. p. 61.

A seletividade, quando aplicada no âmbito da Saúde, tem por condão restringir o alcance do princípio da universalidade do acesso às ações e serviços ao exigir que os riscos atendidos sejam aqueles de maior urgência e que atinjam pessoas com maior grau de necessidade¹³⁴.

Conclui-se que “a universalização não é contrária ao estabelecimento de critérios de seletividade ou focalização, desde quando a seletividade ou a focalização estejam subordinadas a uma política geral de universalização”, conforme ensina Eugênio Vilaça Mendes¹³⁵.

134 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Op.cit.* 2005. p. 34.

135 MENDES, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**: tomo I. Salvador, BA: Casa da Qualidade, 2001. p. 67.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS: DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LEI Nº 8.080, DE 1990

3.1 A TRANSIÇÃO DE MODELOS BRASILEIROS DE SISTEMAS DE SAÚDE PÚBLICA

Ao ter como objetivo a compreensão do Sistema Único de Saúde, imperioso a investigação e exposição das principais características do seu modelo antecedente, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, tendo em vista que esse processo permitirá a análise daquilo que o modelo vigente representa e se propõe dentro do dever estatal de garantia do direito social à saúde.

Ao analisar a trajetória do Sistema Único de Saúde, traçando os seus problemas e desafios, Vasconcelos e Pasche¹³⁶ evidenciam que o processo em curso de instituição do modelo atual de saúde pública, informado pela universalidade, equidade e integralidade, dá-se com base nas instituições e modelos preexistentes, que condicionam a implementação da política pública conforme positivado na legislação e causam a persistência de diversos problemas e desafios herdados desta herança histórica e institucional.

Daí se extrai a pertinência acima mencionada de estudar a transição entre os modelos, vez que expor as principais características do processo de instituição do Sistema Único de Saúde e superação do modelo antigo - frisa-se: ainda em curso - concede o substrato essencial para a compreensão da quebra de paradigma que a sua disciplina normativa em vigor representa.

Conforme ensina Guido Carvalho, havia no antigo Sistema de Saúde, regido pela Lei nº 6.229, de 1975, um duplo sistema, consistente na separação entre os serviços e ações de caráter preventivo, sob responsabilidade do Ministério da Saúde, e aqueles de caráter curativo, diante dos quais era competente o Ministério da Previdência e Assistência Social e mediante execução do INAMPS¹³⁷.

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social foi criado pela Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de

136 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa (Org.). *Op.cit.* 2008. p. 580-584.

137 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 72.

Previdência e Assistência Social¹³⁸, sendo, portanto, uma instituição pré-constituição de 1988.

O INAMPS tratava-se de “uma autarquia federal com incumbência de prestar diretamente, ou através de serviços privados contratados, atendimento à saúde da população, qualquer que fosse a sua complexidade”, sendo “vinculado, porém, à Previdência Social, fazendo com que os atendimentos não se balizassem pela universalidade”¹³⁹.

Destaca-se que, fulcro art. 7º da lei instituidora do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, ficou determinada a execução dos programas de assistência médica ligados ao INAMPS de maneira a permitir a “inteira compatibilidade com o Sistema Nacional de Saúde, nos termos da Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975, e com as normas de saúde pública constantes da legislação própria”.

Assim, ao Ministério da Saúde era reservado “as funções de saúde pública e os serviços de assistência médica hospitalar e ambulatorial para os pobres, sem emprego fixo, sem carteira de trabalho, e conseqüentemente, sem status de cidadãos”, isto é, havia um “duplo sistema de saúde profundamente estratificado: uma medicina para trabalhadores inseridos no mercado formal e um sistema para indigentes ou trabalhadores sem condição regular”¹⁴⁰.

Vislumbra-se, desse modo, que os trabalhadores informais eram duplamente penalizados, dado que, além daquelas decorrentes da própria situação de não-formalidade, os indivíduos tinham seu acesso impedido ao serviço médico-hospitalar vinculado à Previdência Social¹⁴¹.

Entretanto, ressalta-se que, ao tempo de sua extinção, o INAMPS encontrava-se vinculado ao Ministério da Saúde por força do Decreto nº 99.060, de 1990, tendo em vista que o processo de implantação do Sistema Único de Saúde já havia sido iniciado¹⁴².

138 BRASIL. Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977. Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm>. Acesso em 18/06/2017.

139 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 144.

140 GERSCHMAN, Silvia; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. Descentralização e desigualdades regionais em tempos de hegemonia liberal. In: LIMA, Nísia Trindade (Org). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 311. citando SANTOS, W. G. dos. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

141 BRASIL. Ministério da Saúde. Financiamento público de saúde. *Op.cit.* 2013. p. 20.

142 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Legislação Estruturante do SUS /**

Foi a Lei 8.689, de 27 de julho de 1993, promulgada posteriormente à entrada em vigor da carta constitucional vigente que extinguiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social¹⁴³, bem como determinou a transferência das funções, competências, atividades e atribuições anteriormente atribuídas à autarquia para as instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde, de acordo com as disposições responsáveis pela sua disciplina¹⁴⁴, quais sejam: os artigos constitucionais pertinentes à matéria da Saúde e às disposições da Lei 8.080, de 1990.

Embora o Sistema Único de Saúde tenha sido formalmente instituído com o advento da Constituição Cidadã de 1988, sua origem relaciona-se com a crise do modelo assistencial privatista que o antecedeu, caracterizado principalmente pela cobertura limitada aos contribuintes da previdência social. Nos anos 1970 e 1980 sucederam-se modificações políticas, econômicas e sociais que determinaram a superação deste modelo, em especial o processo de redemocratização e o surgimento de novos atores sociais¹⁴⁵. Nesse período, há o fortalecimento do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, iniciado já durante o regime militar, que tinha por objetivo a construção de uma nova política de saúde baseada na ideia de descentralização, universalização e unificação¹⁴⁶.

Segundo Eugênio Vilaça Mendes, a reforma sanitária brasileira, que se aproveitou da oportunidade trazida pelo período de redemocratização do Brasil, classifica-se como uma reforma “big-bang”¹⁴⁷, considerando que apresentou mudanças amplas e profundas - típicas deste tipo reformista - materializadas tanto na Seção de Saúde da Constituição Cidadã quanto nas leis infraconstitucionais.

Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2011. p. 18. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao_sus_v13.pdf>. Acesso em 24/06/2017.

143 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 17.

144 BRASIL. **Lei Nº 8.689, de 27 de julho de 1993**. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em 18/06/2017.

145 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2009. p. 18-19. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/sus20anosfinal.pdf>>. Acesso em 28/05/2017.

146 MARTINS, Wal. *Op.cit.* 2008. p. 68.

147 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 27. Para o autor, este tipo de reforma é caracterizado “um movimento de mudança realizado de cima para baixo, implantado mediante um amplo arco de intervenções, muitas vezes com restrita negociação com forças políticas antagônicas, com pouca base em evidências e sem prévios experimentos pilotos, e que interferem sobre um conjunto significativo das macrofunções dos sistemas de serviços de saúde”. Além disso, Mendes aduz que “essas reformas, normalmente, acompanham grandes mudanças político-institucionais que se dão nos países, denominadas de janelas históricas”. Ver p. 22-23 da obra citada.

Em março de 1986, houve a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, oportunidade na qual foram propostas as bases de um novo modelo de Sistema de Saúde, posteriormente utilizadas na elaboração da Constituição Federal de 1988¹⁴⁸. As diferenças que marcaram esta edição em relação às anteriores foram o seu caráter democrático, dada a representatividade dos diversos segmentos sociais relacionados à saúde e a realização de etapas municipais e estaduais preparatórias antes do evento nacional¹⁴⁹.

De fato, as recomendações presentes no relatório final da citada Conferência Nacional de Saúde subsidiaram o trabalho da Comissão Nacional da Reforma Sanitária, composta por representações de diversos ministérios do governo, de diversos setores da sociedade civil e do poder legislativo, com a finalidade propor dispositivos normativos para a Constituição Federal e para legislação infraconstitucional relativos à temática da saúde¹⁵⁰.

Dentre as propostas fixadas nos Anais da Conferência de Saúde, verificam-se, no Tema 2 - Reformulação do Sistema Nacional de Saúde, aquelas relacionadas à temática da universalidade e da unificação da Previdência e da Saúde sob a égide da Seguridade Social:

1 - A reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deve resultar na criação de um Sistema Único de Saúde que efetivamente represente a construção de um novo arcabouço institucional separando totalmente saúde da previdência, através de uma ampla reforma sanitária.

2 - No nível federal, este novo sistema deve ser coordenado por um único Ministério, especialmente concebido para este fim. Com este objetivo, o poder executivo deve encaminhar, a curto prazo, mensagem ao Congresso, garantindo-se, entretanto, que a reformulação proposta seja prévia e amplamente debatida por todos os setores da sociedade civil. A unicidade do comando deve ser reproduzida nos níveis estadual e municipal.

3 - O novo Sistema Nacional de Saúde deverá reger-se pelos seguintes princípios:

(...)

b) atinentes às condições de acesso e qualidade: - universalização em relação à cobertura populacional a começar pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas¹⁵¹.

148 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Op.cit.* 2009. p. 20.

149 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 95.

150 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2009. p. 18. Disponível em: <http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_18.pdf>. Acesso em 18/06/2017.

151 BRASIL. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde.** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. P. 250. Disponível em: <Http://Www.Ccs.Saude.Gov.Br/Cns/Pdfs/8conferencia/8conf_Nac_Anais.Pdf>. Acesso em 05/06/2017.

Nota-se que era necessária, no entendimento dos conferencistas, a separação da Saúde da Previdência Social, deslocando-se, primeiramente, as atividades do INAMPS ao Ministério da Saúde, até que o houvesse a instituição do Sistema Único de Saúde, permitindo, desse modo, à Previdência Social voltar suas ações à ideia de seguro social¹⁵².

Com a cisão da saúde em relação à previdência social positivada e posta em execução, a instituição do Sistema Único de Saúde representou a superação da lógica não universalista presente na sistemática da assistência à saúde anterior à Constituição Cidadã, quando o INAMPS não havia sido extinto. Ao sedimentar a prestação de saúde pública no princípio da universalidade, cessou-se a segregação entre os incluídos, que tinham acesso à assistência médica, e os não incluídos economicamente, afastando-se a ideia de cidadania vinculada à inserção no mercado de trabalho, ao indivíduo-produtivo¹⁵³.

Conforme bem salienta Eugênio Vilaça Mendes, com a criação do Sistema Único de Saúde:

Milhões de brasileiros pobres, condenados, antes da reforma, à medicina simplificada ou à caridade de instituições filantrópicas, por não possuir a carteirinha do INAMPS, passaram a ser portadores de direitos à saúde, garantidos constitucionalmente. A transformação de (60 milhões de pessoas,) indigentes sanitários (,) em cidadão portadores de direitos à saúde foi a maior e irreversível conquista da reforma brasileira. Esses são os grandes ganhadores da reforma sanitária e o problema reside em que não estão socialmente organizados; alcançaram, com o SUS, cidadania sanitária, mas permanecem subcidadãos políticos¹⁵⁴.

Além disso, é justamente com a extinção do INAMPS que se efetiva a diretriz organizativa constitucionalmente prevista¹⁵⁵ do Sistema Único de Saúde de direção única em cada esfera de governo, vez que o Ministério da Saúde passa a ser a única autoridade sanitária no nível federal¹⁵⁶.

Em verdade, a expansão do acesso aos serviços de saúde é verificada,

152 ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; Flavio Coelho Edler. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade (Org). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 78.

153 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos./** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2009. p. 21.

154 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 28.

155 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

156 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Op.cit.* 2011. p. 19.

mesmo que fragmentada e seletivamente, desde a década de 1970¹⁵⁷. Porém, pode-se considerar a instituição do Sistema Único de Saúde como uma “ruptura definitiva com o modelo anterior”. Isto porque, além da já citada supressão da segmentação que o sistema anterior apresentava, o Sistema Único de Saúde também rompe com o modelo de custeio anterior, que era diretamente realizado pelo segurado, estabelece novas diretrizes organizativas, como, por exemplo, a unicidade do sistema e a descentralização, bem como prevê a participação da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde, de caráter complementar.

Resta claro o motivo pelo qual se entende que o processo de implementação do Sistema Único de Saúde encontra-se em curso, tendo em vista que, de fato, a Constituição Federal de 1988 representou uma quebra de paradigma, a ponto de tornar:

(...) árduo o processo de implementação de uma transformação desta natureza e magnitude, que requer não só mudanças político-institucionais, organizacionais, culturais e financeiras, como na própria concepção do modelo de atenção à saúde¹⁵⁸.

Diante de tal herança histórica, que dificulta o processo de implementação do modelo de sistema de saúde pública previsto na Carta Cidadã de 1988, há, como consequência, o fortalecimento da lógica privatizante da saúde, inclusive entre os usuários do Sistema Único de Saúde, que são influenciados pela cobertura midiática sensacionalista dos problemas estruturais dos serviços públicos de saúde¹⁵⁹.

A solução para a consolidação do Sistema Único de Saúde, para Maria Alicia Ugá e Rosa Maria Marques:

passa pelo fortalecimento da consciência de cidadania, pelo aumento da mobilização dos movimentos e organizações sociais em defesa do direito à saúde, pela conquista da adesão da maioria dos profissionais de saúde ao ideário do SUS e pelo maior comprometimento dos partidos e dos dirigentes públicos do setor com a efetivação de seus princípios e diretrizes¹⁶⁰.

E para isso, além da compreensão da estrutura do modelo de saúde vigente,

157 UGÁ, Maria Alicia D.; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS: trajetória, contexto e constrangimento. In: LIMA, Nísia Trindade (Org). **Saúde e Democracia**: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 202.

158 UGÁ, Maria Alicia D.; MARQUES, Rosa Maria. *Op.cit.* 2005. P. 202.

159 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2008. p. 580-584.

160 Idem. p. 585.

é necessária, ainda, a compreensão da sistemática antecedente que, muito embora tenha sido objeto de ruptura pelo constituinte de 1988, faz-se presente por alguma de suas características que permanecem em evidência no processo em curso de implementação do Sistema Único de Saúde.

3.2 DEFINIÇÃO

O Sistema Único de Saúde é definido pela Lei 8.080, de 1990, em seu art. 4º, como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”^{161 162}.

Conforme bem esclarece Patrícia Helena Massa-arzabe:

O Sistema Único de Saúde (...) constitui-se na política pública de saúde, definida na Constituição Federal e em Lei Complementar. Além disto, constitui-se também na rede de prestação de serviços do Estado, Assim, quando se fala do Sus pode-se estar falando tanto na política, quanto do Sistema Estatal de prestação de serviços. Temos no Brasil um sistema plural de atenção à saúde, composto pelo subsistema estatal (rede do SUS), pelo subsistema de atenção médica supletiva (conveniada e contratada pelo SUS) e pelo subsistema de desembolso direto (convênios, seguros e pagamento individual pelos serviços)¹⁶³.

A Constituição Federal de 1988 previu o Sistema Único de Saúde no art. 198, ao estabelecer que as referidas ações e serviços públicos de saúde prestados pelo Estado “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizado de acordo com as diretrizes da “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”, do “atendimento integral, com prioridade para as

161 BRASIL. **Lei 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm>. Acesso em 22/06/2017.

162 No entendimento de Carmen Teixeira, serviços de saúde trata-se de termo genérico que apresenta três acepções: “Serviços de saúde: termo genérico que permite três acepções: a) serviços de saúde como sinônimo de ações de saúde, a exemplo de consultas médicas, de enfermagem, visitas domiciliares, vacinação, etc.; b) serviços de saúde como sinônimo de estabelecimentos de saúde, como centros de saúde, ambulatórios, hospitais, etc. e c) serviços de saúde como sinônimo de instituições ou sistemas, uso que se verifica quando se fala de ‘serviços públicos’ ou ‘serviços privados’”. Cf. TEIXEIRA, Carmen Fontes. **Planejamento em saúde: conceitos, métodos e experiências**. Salvador: EDUFBA, 2010. p. 151-152. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br>>. Acesso em 25/06/2017.

163 KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa; MENEGUZZO, Marco. **Inovação e cooperação intergovernamental: microregionalização, consórcios, parcerias e terceirização no setor saúde**. São Paulo: Annablume, 2006. p. 28

atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”, bem como da “participação da comunidade”.

Trata-se de “estrutura organizacional sistêmica” destinada a efetivar a política brasileira de saúde pública, não podendo ser reduzido a um sistema de prestação de serviços assistenciais, já que envolve ações de promoção e prevenção, e nem ser comparado com os seguros e planos de saúde privados, vez que estes operam voltados à busca pelo lucro¹⁶⁴.

Por oportuno, cumpre expor a lição de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior que afirmam, no tocante a esta ideia de sistema, ser “expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ação, equipamentos, serviços etc) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde”¹⁶⁵, estando, portanto, a totalidade dos recursos públicos relacionados à saúde - sejam eles recursos materiais ou humanos - integrados ao Sistema Único de Saúde.

Como esta integração é automática e independente de ato administrativo ou atividade legiferante e da vontade do ente federal, os autores entendem que se trata de “hiato na organização do poder”, pois mitiga a capacidade de autodeterminação dos entes federados, característica inerente à lógica federativa.

Feita esta observação, veja-se, nas palavras de Cipriano Vasconcelos e Dário Pasche, que o Sistema Único de Saúde trata-se da:

(...) estrutura organizacional sistêmica 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 integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim”¹⁶⁶.

Conforme denuncia os autores, existe a possibilidade participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde, prevista no §1º, art. 199, da Constituição Federal:

164 CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa [et al.]. **Tratado de Saúde Coletiva**. 2.ed. rev. aum. São Paulo: Hucitec, 2012. p. 560-561.

165 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 77-80.

166 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2008. p. 560-561.

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

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

E, ainda, no art. 197, da Carta Maior:

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

No nível infraconstitucional, detalharam-se as regras pertinentes à, assim chamada, participação complementar do setor privado no Sistema Único de Saúde.

In verbis:

Da Participação Complementar

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).¹⁶⁷

Trata-se de permissivo positivado em face do reconhecimento pelo constituinte da insuficiência da estrutura pública instalada com o objetivo de assistir à população no âmbito da Saúde, especialmente diante da herança do modelo antecedente, vez que o INAMPS priorizava a contratação de serviços privados¹⁶⁸. Permite-se, deste modo, ante a insuficiência dos serviços públicos em saúde, a contratação de serviços privados a título de complementação, a fim de que o Poder Público ofereça à sociedade o atendimento necessário¹⁶⁹.

Entretanto, consoante salienta Marlon Weichert, por tratar-se de complementação, a participação da iniciativa privada deve ser exceção, dando-se primazia à prestação estatal na área¹⁷⁰, já que ao Poder Público não cabe entregar a

167 BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Op.cit.*

168 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 199.

169 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 195.

170 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 199-201.

entidades privadas o seu dever de executar atividades prestacionais em saúde¹⁷¹¹⁷².

Outrossim, deve-se observar na contratação de serviços privados a preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, conforme §1º, art. 199, da Constituição Federal¹⁷³. Verifica-se, com isso, que a contratação de entidades com fins de lucro é a “exceção da exceção”, a *ultima ratio*, sendo sempre condicionada à insuficiência dos serviços públicos e estando em segundo plano quando em relação às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Ainda, relacionado com a presente temática, tem-se a execução pela iniciativa privada dos serviços de assistência à saúde sem caráter de complementaridade, mas que, em razão da sua relevância pública, trata-se de setor submetido à normatividade estatal¹⁷⁴. Ocorre que a liberdade da iniciativa privada prestar serviços na área de assistência à saúde, constitucionalmente garantida no art. 199, *caput*, da Constituição Federal, não tem o condão de retirar o setor privado do campo de incidência da normatividade dos poderes públicos¹⁷⁵, cabendo ao Estado o dever de exigir parâmetros mínimos de qualidade dos serviços prestados, tendo em vista tratar-se a saúde da população de interesse relevante que não

171 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 96.

172 Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Cumpre assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Celso de Mello, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010.] Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255> >. Acesso em 29/05/2017.

173 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. P. 201.

174 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 192. Segundo os autores, “a competência para regulação das atividades de saúde é dos três níveis do governo, conforme dispõe o artigo 15, XI, da Lei Orgânica da Saúde. Essa competência deve ser assim entendida: à direção nacional compete editar as normas gerais; à direção estadual cabe suplementar as normas gerais; e à direção municipal cumprir elaborar as normas de interesse local, respeitadas as fixadas pela União e pelo estado. Ao Distrito Federal compete as atribuições conferidas aos estados e municípios (art. 19)”.

175 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 21.

podem ser submetidos à lei da oferta e procura¹⁷⁶.

Aliás, não varia a natureza da saúde de acordo com as peculiaridades do prestador de serviço com atribuição de promovê-la, recuperá-la e protegê-la, motivo pelo qual os princípios e diretrizes devem ser observados, na medida do possível, também na iniciativa privada¹⁷⁷. Como consequência, mesmo quando realizado fora do Sistema Único de Saúde, isto é, mesmo quando não executado a título complementar, remanesce a competência do poder público para, não apenas fiscalizar, mas também para normatizar e controlar os serviços privados atuantes na área de saúde¹⁷⁸.

Elucida-se que o já mencionado *caput* do art. 199 da Constituição Federal, que prevê livre a execução pela iniciativa privada dos serviços privado de assistência à saúde, representa a positivação dos interesses do setor do mercado que ao tempo do processo constituinte buscou assegurar a sua liberdade de atuação na área.

Estabeleceu-se, com isso, uma dualidade jurídica, tendo em vista que de um lado, sob tutela dos defensores da reforma sanitária, criou-se um sistema público de inspiração socialista e, de outro, permitiu-se a expansão da iniciativa privada atuante na área de serviços de saúde, especialmente dos planos e seguros de saúde e da medicina liberal¹⁷⁹.

Na análise de Vasconcelos e Pasche:

a relação entre o setor público e o setor mercantil da saúde tem mostrado que a força dos interesses privados na sociedade e na atuação do Estado tem possibilitado a ampliação do mercado da saúde, enfraquecido o SUS, e inviabilizado a efetivação do mandamento constitucional do Sistema Único. Na prática temos um sistema misto, ou duplicado, com favorecimentos ao mercado da saúde mediante dedução dos gastos em saúde no imposto de renda, subsídios aos planos de servidores públicos e empregados de estatais, além dos cursos com usuários de seguros e planos de saúde que não são ressarcidos ao sistema¹⁸⁰.

Cumprido destacar, por fim, que, em razão desta dualidade estabelecida, a

176 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 28.

177 SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 45

178 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 22.

179 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 95-96.

180 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2008. p. 574, citando, OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. SUS: o desafio de ser único. In: SANTOS, Nelson Rodrigues; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (orgs.). **Gestão pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011.

atuação privada junto ao Sistema Único de Saúde, de forma complementar, e a atuação dos prestadores privados fora dele se dão sob regimes jurídicos diversos no âmbito da Lei Orgânica da Saúde - Lei 8.080, de 1990¹⁸¹: um sob a tutela do capítulo I (serviços privados da livre iniciativa) e outro regido pelo capítulo II (serviços privado complementares à atuação estatal)¹⁸².

3.3 FINANCIAMENTO

Objetiva o presente subcapítulo analisar os principais aspectos do financiamento do Sistema Único de Saúde sem, contudo, ter a pretensão de esgotar a matéria, dado que se trata de assunto complexo e que constantemente sofre alterações legislativas.

O debate do financiamento do Sistema Único de Saúde concentra-se tanto no subfinanciamento quanto na alegada concentração dos recursos orçamentários no ente federal¹⁸³. Há de se ter em mente que ao tempo da formulação e promulgação da Constituição Cidadã de 1988 o contexto sócio-econômico e político era diverso do atual. Nesse sentido, eventos posteriores, como, por exemplo, a alta inflação pré-plano real e o baixo crescimento econômico acarretaram no subfinanciamento do sistema pensando e positivado em tempos de euforia com a redemocratização.

Em verdade, o subfinanciamento era questão verificada já no sistema anterior, mas como a assistência à saúde no “modelo INAMPS” era restrita aos contribuintes da previdência, a escassez de recursos não se apresentava de forma tão expressiva¹⁸⁴.

O Sistema Único de Saúde apresenta financiamento público, com recursos provenientes dos três entes federativos, depositados nos chamados “fundos da saúde”, quais sejam, Fundo Nacional de Saúde, Fundos Estaduais de Saúde e Fundos Municipais de Saúde¹⁸⁵, conforme alude o art. 33 da Lei nº 8.080, de 1990 - “os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização

181 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 96-97.

182 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 20.

183 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2008. p. 571.

184 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. O Financiamento da Saúde. *Op.cit.* 2011. P. 17.

185 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 77.

dos respectivos Conselhos de Saúde”.

No âmbito constitucional, a questão encontra-se disciplinada no art. 195 da Constituição Federal de 1988¹⁸⁶, que prevê o seu financiamento "por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", além de contribuições sociais provenientes dos empregadores, das empresas, dos trabalhadores, sobre a receita de concursos de prognósticos¹⁸⁷ e dos importadores de bens ou serviços do exterior¹⁸⁸. Objetivou com este rol de diversas fontes de recursos para a seguridade social “dar maior segurança ao financiamento da política social, afastando o risco de dependência de uma única fonte”¹⁸⁹.

Além disso, o artigo em questão evidencia o princípio da solidariedade que, informando o gênero Seguridade Social, determina “a participação da sociedade em favor dos necessitados”, já que a esta cumpre, juntamente com o Estado, “promover a transformação das estruturas sociais e econômicas, de modo a se prover a igualdade e justiça sociais”.

Frisa-se, porém, que a Previdência Social apresenta peculiaridades, pois enquanto as outras espécies são independentes de contribuições (diretas) do segurado, aquela apresenta, por determinação constitucional (art. 201, CF), caráter contributivo¹⁹⁰. Além disso, o dispositivo normativo supracitado demonstra que o Orçamento da Seguridade Social não se trata da única fonte orçamentária do Sistema Único de Saúde, considerando que igualmente custeiam as ações e

186 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) § 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.(...) 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.(...)

187 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 236.

188 Inciso IV, do art. 195, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.

189 BRASIL. Ministério da Saúde. Financiamento público de saúde. *Op.cit.* 2013. p. 20.

190 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Op.cit.* 2005. p. 338.

serviços de saúde recursos orçamentários dos entes federados¹⁹¹.

Para melhor compreensão, evidencia-se o desdobramento que o orçamento federal anual apresenta, conforme art. 165, § 5º:

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

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

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

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

Do dispositivo em questão observa-se que o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das estatais e o orçamento da seguridade social tratam-se de divisões que compõem o Orçamento Geral da União¹⁹². O Orçamento da Seguridade Social (OSS), um orçamento próprio dotado pela Constituição Federal, é decorrente da instituição do conceito de Seguridade Social que, por abranger um rol mais extenso de direitos, necessitava de mais recursos financeiros para sua consecução¹⁹³.

O Orçamento da Seguridade Social é referente à União federal, sendo facultado aos outros entes federativos preverem o estabelecimento de subdivisão idêntica em suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, mas que serão constantes dos seus próprios orçamentos, e não como parte do orçamento federal da seguridade social¹⁹⁴, fulcro § 1º do art. 195 da Constituição Federal.

Em relação às contribuições de Seguridade Social, igualmente mencionadas no artigo constitucional em tela, pertinente ressaltar que se trata de modalidade autônoma de tributo¹⁹⁵, tendo em vista que não se destina ao financiamento das

191 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 190.

192 BRASIL. Ministério da Saúde. Financiamento público de saúde. *Op.cit.* 2013. p. 49.

193 Idem. p. 20.

194 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 191.

195 Nesse sentido: "A contribuição de seguridade social possui destinação constitucional específica. A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da Seguridade Social, em função de específica destinação constitucional". Cf. BRASIL.

funções estatais de caráter geral e indivisível e muito menos volta-se ao custeio das atividades do Estado que podem ser utilizadas de forma individualizada pelos cidadãos e destacadas em unidades autônomas, já que para estes casos existem, respectivamente, as espécies tributárias imposto e taxa¹⁹⁶.

Além disso, as contribuições de seguridade social possuem destinação constitucional específica, vinculada ao financiamento da saúde, da previdência social e da assistência social¹⁹⁷. Essa especificidade decorre do fato de as contribuições sociais em geral não concederem, como alerta Leandro Paulsen¹⁹⁸, “uma competência irrestrita, uma carta branca ao legislador para a criação de tributos simplesmente justificando como destinados a uma finalidade social”, devendo, assim, estarem relacionadas, de fato, aos objetivos da Ordem Social (Título VIII), já que as contribuições sociais são caracterizadas pela sua necessária destinação ao custeio da atuação dos entes federados campo da Ordem Social¹⁹⁹.

E quando é posto em evidência essa necessidade de relação ao Título VIII para que a contribuição social tenha validade, vislumbra-se que as contribuições sociais não se limitam à seguridade, existindo outras contribuições sociais atinentes às demais áreas da ordem social, que são denominadas, por outro lado, contribuições sociais gerais. Vale dizer: estando a contribuição relacionada à Seguridade Social, será denominada contribuição de seguridade social, mas ao estar relacionada a outro objeto da Ordem Social, a denominação a ser utilizada é contribuição social geral.

Por fim, destaca-se que a atividade estatal ou paraestatal financiada pelas contribuições não necessariamente aproveita ao indivíduo que contribuiu, sendo uma característica acidental a referibilidade ao contribuinte²⁰⁰.

Em relação ao tributo acima exposto, afirma Ricardo Lobo Torres que o financiamento do sistema de saúde pública brasileiro pelas contribuições sociais, as quais ele chama de exóticas, é o maior problema do SUS, resultando em grave e

Supremo Tribunal Federal. ADC 8 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 13-10-1999, P, DJ de 4-4-2003.

196 AMARO, Brasileiro. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo, 2014. P. 105.

197 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 8 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 13-10-1999, P, DJ de 4-4-2003.

198 PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 59.

199 AMARO, Brasileiro. *Op.cit.* 2014. p. 75-76.

200 Idem. p. 106-107.

permanente distorção no direito constitucional financeiro brasileiro²⁰¹.

Contudo, Saulo Pivetta contesta tal afirmação ao recordar que o sistema de saúde pública brasileiro não é custeado somente pelas contribuições citadas por Ricardo Lobo Torres, quais sejam, o Programa de Integração Social (PIS)/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), mas especialmente pelos recursos tributários dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e da União²⁰², conforme já exposto acima.

Considerando o art. 149, § 1º, da Constituição Federal²⁰³, que atribui a competência exclusiva à União para instituir e cobrar contribuições sociais, Marlon Weichert entende a posição da União como privilegiada, motivo que a levaria ser a principal responsável pelo custeio do sistema de saúde. O referido autor, entretanto, não vê contradição com o fato de o ente federal ter esta posição enquanto os Estados e os Municípios são os principais destinatários dos recursos da saúde, vez que, com esta sistemática, garante-se a unicidade do custeio do sistema com a cobrança uniforme de tributos em face dos segurados²⁰⁴.

No entendimento do autor, o financiamento da Saúde está relacionado diretamente com a ideia de unidade do Sistema Único de Saúde, isto é, com o significado do “único” no sistema de saúde pública brasileiro, ao lado de outros aspectos como a obrigatoriedade de adesão de todos os entes públicos, o planejamento participativo e o mútuo controle da atuação dos entes federativos²⁰⁵.

Menciona-se que existem duas modalidades de financiamento: direto e indireto. Trata-se, entretanto, de questão que será abordada apenas no terceiro capítulo, quando será analisado o instituto do co-pagamento, sendo reservado o restante do presente capítulo ao estudo dos princípios do Sistema Único de Saúde.

201 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 252.

202 PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167.

203 Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

204 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 192.

205 Idem. p. 185.

3.4 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Primeiramente, registra-se que não se presta o presente trabalho a estabelecer a diferença (ou inexistência de distinção) entre diretrizes - linguagem utilizada no art. 198 da Constituição Federal - e princípios - denominação positivada no art. 7º da Lei 8.080.

Registra-se, entretanto, a esclarecedora lição de Patrícia Helena Massarazabe que, mesmo reconhecendo não ser pacífico na Doutrina a separação conceitual entre princípio e diretriz, expõe o costume legislativo em utilizar a expressão “diretriz” no tocante aos parâmetros de operacionalização de política, citando como um dos exemplos a descentralização político-administrativa²⁰⁶.

Nessa senda, as diretrizes teriam por função delimitar os eixos operacionais de atuação de determinada política pública, ao passo que os princípios teriam por tarefa o estabelecimento do influxo ético-jurídico no qual a política pública se daria²⁰⁷. Contudo, abstraindo eventual distinção, certo é que a positivação no ordenamento jurídico de princípios e diretrizes apresentam:

a evidente finalidade de vinculação de sua atuação aos órgãos e instâncias controladoras, com a incorporação destes princípios e diretrizes nas ações e burocracias estatais, de sorte que os objetivos visados pelas políticas sociais possam se concretizar.

Em sua obra sobre a Seguridade Social, assevera Sérgio Pinto Martins²⁰⁸ que os princípios podem ser classificados em princípios gerais - aplicáveis não só a seguridade social, como também em outras áreas do conhecimento jurídico -, e em princípios específicos (da Seguridade Social), sendo estes subclassificados em princípios explícitos e princípios implícitos.

Adota-se integralmente a referida explicação, utilizando-a como base do presente estudo. No tocante à primeira classificação, entendem-se como princípios gerais aqueles de hierarquia constitucional que incidem sobre o Direito da Seguridade Social, podendo-se citar como exemplos: a igualdade do art. 5, inciso I,

206 MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Título: Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 65.

207 Ibidem.

208 MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2015. p. 51.

da CF/1988, a legalidade prevista no art. 5º, inciso II, da CF/1988 e o direito adquirido disciplinado no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988.

Em relação aos princípios específicos da seguridade social, citam-se, primeiramente, como exemplos aqueles do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal²⁰⁹, que prevê a competência do poder público em organizar a seguridade social com base na universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I), na uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (inciso II), na seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III), irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV), equidade na forma de participação no custeio (inciso V), na diversidade da base de financiamento (inciso VI) e, conforme acrescido pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, no caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (inciso V).

Já como princípio implícito específico da seguridade social, menciona-se, a título de exemplo, o princípio do solidarismo, previsto no art. 3º, inciso I, da Carta Maior, o qual afirma que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ainda, em sua obra doutrinária, o supracitado autor expõe os princípios específicos que informam a saúde: (a) o acesso universal e igualitário, (b) provimento das ações e dos serviços por meio de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único, (c) descentralização, com direção única em cada esfera do governo, (d) atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, (e) participação popular na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde, (f) participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais. Além disso, elenca outros acrescidos pelo art. 7º da Lei nº 8.080, de 1990²¹⁰, que apresenta os princípios

209 Sérgio Pinto Martins afirma que os "objetivos" do Art. 194, sobre os quais cabe ao Poder Público organizar a Seguridade Social, podem ser entendido como verdadeiros princípios, já que fundamentam todo o sistema.

210 Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV -

infraconstitucionais com base nos quais as ações e serviços em saúde desenvolvidas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Em relação aos princípios do Sistema Único de Saúde, leciona Marlon Weichert²¹¹ que estes:

(...) não são isolados e dissociados dos demais princípios constitucionais, em especial dos estruturantes e dos consagradores de direitos fundamentais. Pelo contrário, eles estariam, em relação a estes, no patamar de subprincípios instrumentais (Jorge Miranda) para concretização dos valores constitucionais que pairam mais alto da Constituição, em especial os previstos nos artigos 1º a 4º. Conectam-se os princípios do SUS, ainda, ao sistema de direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos e sociais), concretizando o direito à vida, integridade física, à saúde e ao bem-estar pleno”.

E prossegue:

Ao mesmo tempo, porém, que são concretizações de princípios constitucionais genéricos, os princípios do SUS exercem semelhante papel em face das demais regras do sistema (o que é típico dessas espécies normativas).

Trata-se de posicionamento que reforça a unicidade do ordenamento jurídico e dá harmonia à interpretação, já que não considera os princípios de forma isolada no ordenamento jurídico. Indo além, Vasconcelos e Pasche entendem que os princípios do Sistema Único de Saúde dão o norte do sistema de saúde público brasileiro e, por este motivo, tratam-se de “regras pétreas” que limitam eventuais

igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;VIII - participação da comunidade;IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

211 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 156-157.

propostas a fim de reorganizá-lo²¹².

Apesar do extenso rol de princípios que informam a saúde, o presente estudo limitar-se-á a expor brevemente os princípios da integralidade e da igualdade, aprofundando-se no princípio da universalidade²¹³, para analisar a questão da gratuidade no Sistema Único de Saúde em novo capítulo, sob a ótica do co-pagamento.

3.4.1 Princípio da Integralidade

A Constituição Federal de 1988 positivou o atendimento integral como diretriz organizativa do Sistema Único de Saúde, dando prioridade às atividades de prevenção em saúde, sem detrimento aos serviços em assistência à saúde, fulcro inciso II do art. 198.

Em nível infraconstitucional, no art. 7º da Lei 8.080, de 1990, a integralidade é prevista como princípio que orienta as ações e serviços de saúde desenvolvidos dentro do Sistema Único de Saúde, seja diretamente pelo Poder Público seja de forma supletiva pela iniciativa privada.

Ainda, segundo o mesmo dispositivo infraconstitucional, especificamente em seu inciso II, a integralidade de assistência deve ser compreendida como o “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

O art. 6º da Lei Orgânica da Saúde, por sua vez, trata-se de rol que estabelece a extensão da atuação do Sistema Único de Saúde, dando, assim, concretude à ideia de integralidade²¹⁴.

A integralidade de assistência inclui desde um elenco ampliado de imunizações até os serviços de reabilitação física e mental, além das ações de promoção da saúde de caráter intersetorial²¹⁵.

Destaca-se que, sendo um princípio organizativo, a integralidade “não se volta diretamente à prestação de cada serviço de saúde em si, mas à organização

212 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2008. p. 565.

213 Segundo Fernando Mânica, são estes três princípios que conformam o regime jurídico das “atividades prestacionais permanentes de assistência à saúde das pessoas, assumidas pelo Estado como sua responsabilidade”, isto é, dos serviços públicos de saúde. Cf. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

214 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. P. 127.

215 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2008. p. 565.

de todo o sistema público de saúde, que deve garantir prestações interligadas, voltadas tanto à prevenção quanto à cura de doenças”²¹⁶.

Utilizando das palavras de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior²¹⁷ para maior decantação do instituto em tela, verifica-se que o princípio da integralidade possui como objetivo delimitar as prestação de ações e serviços estatais na área de saúde, que devem envolver aquelas necessárias para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Lida à luz do conceito amplo de saúde positivado no direito brasileiro, a integralidade abarca desde as atividades de prevenção epidemiológica, passa pelos atendimentos médicos, inclui a assistência farmacêutica e atinge o fornecimento de órteses e próteses para habilitação e reabilitação dos indivíduos. Entende os doutrinadores, ainda, que a integralidade significa a supremacia do direito à vida em face de interesses financeiros e secundários do Estado, sendo um falso dilema a delimitação da assistência integral pela administração, já que não cabe ao Poder Público limitar direitos constitucionalmente assegurado.

De forma semelhante, Marlon Alberto Weichert entende que a integralidade implica o dever estatal em ofertar serviços integrais à saúde, independente da moléstia ou do agravo. Com base nessa concepção, o cidadão teria direito ao atendimento mesmo que tenha elevado custo, ou seja, complexo, inclusive nos casos em que não haja a inclusão na lista de serviços do Sistema Único de Saúde ou a doença apresenta-se como rara²¹⁸.

Assim sendo, para os autores supracitados, a prestação de saúde pelo Poder Público seria baseada numa ideia de oferta irrestrita de serviços em saúde, de acordo com a necessidade do cidadão, e sem possibilidade de limitação administrativa pelo Estado.

Contudo, Saulo Pivetta tece um contraponto a este entendimento ao destacar que “a atividade conformadora, seja por meio do legislador infraconstitucional, seja pela atuação da Administração Pública, implica, de certa forma, a restrição do direito”, sendo que, em verdade, “a Constituição e a Lei 8.080/1990, apesar de consignarem as linhas gerais da atuação sanitária do Poder Público, já operaram delimitações significativas em relação ao conteúdo do direito à saúde”.

216 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 141.

217 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 91-93.

218 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 170.

Ante essas observações, conclui o autor que:

a integralidade, portanto, não significa que toda e qualquer prestação assistencial, em tese, integra o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado. De modo que deve ser compreendida como a obrigação do Poder Público de, amparado nos critérios estabelecidos em lei e na Constituição (notadamente a partir de critérios epidemiológicos e científicos), formular políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos.²¹⁹

3.4.2 Princípio da Igualdade

Há quem entenda que a determinação principiológica de acesso igualitário às ações e serviços de saúde reflete não apenas a igualdade positivada prevista no art. 5º, caput²²⁰, da Constituição Federal, como também a vedação à distinção e preferência entre os cidadãos posta no art. 19, inciso III²²¹, do mesmo diploma normativo²²².

Ainda, é defendido na Doutrina que o postulado da igualdade no acesso às ações e serviços de saúde seria expressão do princípio constitucional da promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no art. 3º, IV, da Constituição Cidadã de 1988²²³.

De qualquer forma, a igualdade enquanto princípio específico do Sistema Único de Saúde encontra-se positivada expressamente no art. 196 da Constituição Federal, que dispôs ser a saúde um:

direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²²⁴.

219 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. P. 130, citando MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. n. 30. p. 213-231. abr.-jun. 2010.

220 O *caput* do Art. 5 da Constituição Federal assim dispõe: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)".

221 O art. 19, inciso III, da Constituição Federal apresenta a seguinte redação: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si."

222 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 72.

223 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 76.

224 O Art. 196. dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao

No plano infraconstitucional, a Lei Orgânica da Saúde prevê a “igualdade de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”, no inciso IV do art. 7º, como princípio a ser obedecido pelas ações e serviços em saúde que integram o Sistema Único de Saúde.

Ainda que no presente trabalho a igualdade e a universalidade possuam itens próprios para a sua respectiva análise enquanto princípios informadores do Sistema Único de Saúde, põe-se em evidência a lição de Marlon Weichert, que compreende a igualdade e a universalidade como "conceitos muito próximos", embora haja características que possibilitem sua diferenciação. Para o autor, ambos os postulados principiológicos podem ser entendidos como expressões concretas da isonomia, dizendo respeito à garantia a todos os cidadãos do direito subjetivo de acesso amplo aos serviços e ações de saúde pública, sem a imposição de qualquer condicionante²²⁵.

Por outro lado, Fernando Mânica - que igualmente entende a igualdade e universalidade como informadores da responsabilidade do Estado em ofertar serviços de saúde a todos que necessitarem sem discriminação -, considera que tais princípios não se tratam de valores absolutos. Assim, seria exceção à referida vedação de eventual discriminação aquela fundamentada na própria constituição, cabendo a ponderação da igualdade e da universalidade em relação a outros valores constitucionais²²⁶.

É nesse sentido, como será visto adiante, que Mariana Filchtiner Figueiredo vislumbra a possibilidade de a gratuidade ser restringida a somente quem não possua condições de arcar com o acesso aos serviços e às ações de saúde públicos, vez que atenderia a “igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada” e tratar-se-ia de “dimensão da reserva do possível, que admite discriminações positivas no acesso às ações e aos serviços de saúde públicos”²²⁷.

Além da proximidade conceitual anteriormente mencionada, Weichert entende o princípio da igualdade como consequência da universalidade, tendo em vista que aquela primeira norma determina a prestação estatal de ações e serviços a toda a

acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

225 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 158.

226 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 132.

227 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 172.

população enquanto esta, por sua vez, estipula a forma que esta prestação pode (ou não pode) ser realizada²²⁸.

De todo modo, especificamente em relação à igualdade, destaca-se que, em primeiro plano, o princípio transmite a ideia de vedação à discriminação tanto nos serviços e ações de saúde estatais quanto naqueles prestados por privados de forma complementar, incluindo, ainda, os não conveniados²²⁹.

Trata-se de compreensão mais abrangente do que aquela posta por Guido Ivan de Carvalho, que menciona a impossibilidade de distinção na assistência decorrente do princípio da igualdade apenas nos serviços públicos, onde não cabe a existência de distinção entre os indivíduos, devendo, portanto, ser prestado sem preconceitos ou privilégios²³⁰.

Além desta conotação negativa, de abstenção, o princípio da igualdade tem a função de orientar as ações estatais, estabelecendo como prioridade a execução de ações em saúde em regiões mais carentes, a fim de que seja atingida a igualdade material²³¹, objetivo maior dos direitos sociais, conforme já exposto.

Ao tecer comentários no que diz respeito aos princípios do Sistema Único de Saúde, Vasconcelos e Pasche²³² evidenciam a universalidade, a integralidade e a equidade como princípios doutrinários. Observa-se, com isso, que, para os autores, a equidade trata-se da expressão em sede doutrinária do legalmente previsto postulado da igualdade. Com essa noção, estaria justificada a possibilidade de discriminação positiva no acesso às ações e serviços de saúde em benefício do extrato social em situação de vulnerabilidade social, priorizando o seu atendimento em detrimento daqueles que não estão na mesma situação de risco.

De certa forma, essa noção de igualdade, que permite a discriminação positiva, trata-se da ideia intrínseca à espécie Assistência Social. Conforme já exposto no presente trabalho, enquanto os benefícios assistenciais não são prestados a todos indistintamente, vez que se destinam, prioritariamente, àqueles em situação de vulnerabilidade social, a Saúde, a seu turno, trata-se de direito de todos, sem grupo destinatário específico²³³.

228 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 161.

229 Idem. p. 159.

230 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 76.

231 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 160.

232 VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. *Op.cit.* 2012. p. 565-566.

233 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 269.

3.4.3 Princípio da Universalidade

Assim como a igualdade, o princípio universalidade encontra-se positivado, de forma específica, no art. 196 da Constituição Federal²³⁴, que dispõe ser a saúde um:

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

Já no âmbito da Lei Orgânica da Saúde, o art. 7º, inciso I, afirma que a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência trata-se de princípio com base no qual tanto os serviços e ações estatais voltados à saúde quanto os serviços privados integrantes do Sistema Único de Saúde são desenvolvidos.

Ressalta-se que no artigo 194, inciso I, da Constituição Federal, a universalidade é, com efeito, objetivo sob qual todo gênero Seguridade Social deve ser organizado. Na doutrina de Sergio Pinto Martins, a universalidade (subjéctiva e objectiva) é um dos exemplos de princípios da Seguridade Social que possuem natureza internacional, isto é, são verificados em diversas legislações, além de serem básicos²³⁵. Enquanto princípio ético básico, a universalização consistiria em:

garantir a todos os cidadãos - independentemente de gênero, etnia, nível de renda, vinculação de trabalho ou nível de risco - os direitos sociais fundamentais, em quantidade e qualidade compatíveis com o grau de desenvolvimento de uma determinada sociedade²³⁶.

De qualquer sorte, embora seja um princípio geral do sistema de seguridade, é imperioso analisar o princípio em questão sob o viés da Saúde, a fim de compreender o instituto e identificar eventuais peculiaridades decorrentes da espécie.

Exemplificando esta necessidade de análise específica em face das espécies

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

235 MARTINS, Sergio Pinto. *Op.cit.* 2015. p. 51.

236 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. P. 67.

da Seguridade Social, podemos elencar a lição de Gustavo Filipe Barbosa Garcia sobre a aplicação do princípio da universalidade em relação aos benefícios e serviços assistenciais que, neste caso:

deve ser interpretado de modo a respeitar a sua destinação própria, bem como as especificidades desse sistema de proteção, o qual é voltado a assegurar a existência digna àqueles que estão em situação de exclusão social e econômica, ou seja, às pessoas que verdadeiramente necessitam de prestações com o objetivo de garantir mínimos sociais, vale dizer, condições básicas de subsistência²³⁷.

Desse modo, a universalidade deve, igualmente, ser vista à luz da destinação própria que apresenta na Saúde e as peculiaridades dessa espécie da Seguridade Social, mesmo que se trata de princípios informadores de todo o gênero da Seguridade Social.

No âmbito da saúde, conforme ensina Marlon Alberto Weichert, a universalidade exprime a ideia de que toda a população tem acesso garantido às ações e serviços pelo Estado na área, isto é, o público-alvo do Sistema Único de Saúde seria toda a população, sem distinções de qualquer natureza, salvo aquelas elaboradas em relação a destinatários específicos²³⁸.

Carmen Fontes Teixeira entende que o “acesso aos serviços de saúde” diz respeito ao modo como a população aproxima-se e entra no sistema, sendo que o acesso aos serviços remete, ainda, “à identificação de barreiras legais, territoriais, socioeconômicas ou culturais que dificultam a relação da população com os serviços”²³⁹. Para a autora, esse acesso se dá, por determinação legal, com base na ideia de universalidade, que se trata de princípio finalístico do SUS, visto como “um ideal a ser alcançado” a fim de que “todos os cidadãos brasileiros possam usufruir do seu direito à saúde”²⁴⁰.

Nesse sentido, o princípio em questão, no âmbito da saúde, ao observar a ideia de universalidade de atendimento decorrente da previsão constitucional do direito à saúde como “direito de todos”, apresenta uma incidência “completa e máxima”, alcançando não só os brasileiros, bem como os estrangeiros

237 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 268.

238 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 158-159.

239 TEIXEIRA, Carmen Fontes. *Op.cit.* 2010. p. 117.

240 *Idem.* p. 156.

eventualmente residentes no Brasil²⁴¹.

Tanto é assim que, nas palavras de Marlon Alberto Weichert:

o Sistema Único de Saúde não foi formulado apenas para a população carente (como uma política de assistência social) ou para os que contribuem à seguridade social (como uma prestação previdenciária), mas sim para a garantia de saúde a todos aqueles que necessitarem e desejarem a ele (o sistema público) recorrer.²⁴²

Compreende-se, à vista disso, que a universalidade, enquanto acesso estendido a todos e independentemente de contribuição, trata-se de princípio basilar do sistema público de saúde pública vigente, diferenciando-o da lógica anterior que, conforme evidencia Guido Ivan de Carvalho, possuía o acesso limitado aos contribuintes da previdência social e da assistência social²⁴³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Saúde passou a ser informada pela “universalidade no atendimento, pois todos têm direito a socorrer-se do sistema, independentemente do pagamento de contribuições, sendo direito da pessoa e dever do Estado (art. 196 da Constituição)”²⁴⁴.

De fato, como ressaltado por Sueli Gandolfi Dallari, trata-se de desnecessidade elencar e positivar expressamente o princípio da universalidade em relação à saúde, vez que o referido direito social, sendo direito fundamental, tem como destinatário o homem enquanto gênero, sem distinções. Entretanto, o acesso universal é afirmado na legislação diante dos antecedentes históricos relacionados à saúde²⁴⁵ que, conforme exposto ao longo do presente trabalho, além de não estar expresso nas constituições antecedentes como direito, era entendido enquanto uma “prestação previdenciária” destinada apenas aos contribuintes do sistema.

Em relação à eleição do modelo de sistema de saúde, Eugênio Vilaça expõe que, tradicionalmente, Estados construídos com base na ideia de social-democrática tendem a voltar-se ao modelo de sistemas universais enquanto Estados de tradição liberal optam por sistemas segmentados. Os sistemas segmentados, de um modo geral, são caracterizados por segregar “diferentes clientelas em nichos institucionais singulares”, sendo o exemplo clássico a segmentação norte-americana em

241 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 222-223.

242 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 158.

243 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 71-72.

244 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 60.

245 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 72-73

assistência aos pobres, mediante Medicaid, e aos idosos, por intermédio do Medicare²⁴⁶.

Os sistemas universais, a seu turno, fornecem a toda população diversos serviços considerados essenciais independentemente de condicionantes. A título de exemplo, menciona-se o sistema público universal canadense, que destina aos seus cidadãos gratuitamente serviços de saúde, sendo o sistema privado destinado a prestar serviços não previstos no pacote estatal²⁴⁷.

No presente estudo, não será abordado de forma minuciosa o sistema segmentado, especialmente as críticas que sobre este modelo recaem²⁴⁸, tendo em vista que, ao menos no seu desenho normativo, o Sistema Único de Saúde adotou o modelo universalista, mesmo que a saúde pública brasileira, diferentemente do texto legal, apresente:

seletividade social no consumo dos serviços de saúde, com os grupos sociais tendo acesso diferenciado, quantitativo e qualitativo, aos diferentes segmentos do sistema. Para os mais pobres, há menos acesso aos serviços, polarizado entre o atendimento básico e o hospital e mais restrito a serviços curativos; para os mais ricos, há maior acesso a serviços promocionais, preventivos e curativos, ofertados em vários pontos de atenção do sistema.²⁴⁹

Eugênio Vilaça Mendes²⁵⁰ expõe a separação conceitual, elaborada pela Organização Mundial da Saúde, da ideia de universalidade, dividindo-a em universalismo clássico, fundado na ideia de garantia do livre acesso de toda a população a todos os serviços sociais, e um novo universalismo, baseado na

246 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. P. 58.

247 Idem. p. 58-59.

248 O autor sentencia que a segmentação não cumpre a justificativa mais corriqueira de seus defensores: a sua instituição tem como consequência a possibilidade de destinar-se mais recursos à atenção médica dos pobres. Ocorreria, em verdade, o inverso, já que a desorganização política e vocação política das camadas menos favorecidas ensejaria o subfinanciamento. Verificando este argumento no mundo fático, o autor cita a diferença qualitativa entre o programa de controle de AIDS brasileiro, que tem seu resultado de sucesso explicado pela participação da classe média em sede de público alvo, e aqueles programas destinados à população carente, que não apresentam desempenho satisfatório relevante. Além disso, esse modelo de sistema penalizaria a camada mais pobre da população ao impor o duplo pagamento, já que o cidadão pagaria impostos e, ainda, realizaria pagamento direto para ter acesso aos serviços não contemplados no pacote estatal. Para o autor, a experiência internacional com a fragmentação da assistência à saúde demonstra a sua fragilidade enquanto opção de modelo de sistema, já que possuem problemas relacionados à equidade e à eficiência, entre outros. Cf. MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 59-67.

249 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 76.

250 Idem. p. 68-69.

prestação de um “pacote” de serviços essenciais com qualidade elevada a todos, sem exclusão de determinados grupos populacionais, e estabelecido conforme critérios objetivos de prioridade. No entendimento do autor, trata-se do reconhecimento da impossibilidade de ofertar tudo a todos, propondo-se, em decorrência, um novo modelo.

Além disso, entende o autor que o racionamento pode tanto ser planejado dentro da nova concepção de universalismo quanto pode ser, indesejadamente, decorrente do universalismo clássico, já que nesta concepção há a imposição da demanda superar a oferta de serviços de saúde.

Nesse sentido, diante da nova aceção de universalismo, ter-se-iam sistemas de racionamento dos serviços de saúde transparentes e definidos pelo critério não monetário da necessidade em saúde, previamente discutidos pelos cidadãos, e restando facultado, mediante serviços privados em saúde, o acesso aos procedimentos não incluídos no pacote oferecido pelo Estado.

Por fim, destaca-se que, apesar do aspecto ilimitado que a universalidade possa transparecer, Gustavo Filipe Barbosa Garcia²⁵¹ faz a ressalva pertinente de que a universalidade - tanto objetiva quanto subjetiva - nem sempre consegue ser realizada em sua plenitude. Isto porque as prestações de Seguridade Social, por configurarem direitos sociais, necessitam de financiamento, o qual possui recursos limitados. Logo, o princípio da reserva orçamentária acabaria por limitar o princípio da universalidade, fato que exige harmonização, sob pena de exclusão de uma das normas.

Aliás, conforme expõe Eugênio Vilaça Mendes, “a universalização não é contrária ao estabelecimento de critérios de seletividade ou focalização, desde quando a seletividade ou a focalização estejam subordinadas a uma política geral de universalização”²⁵².

Entretanto, a eventual flexibilização do direito à saúde por força de interesses orçamentários já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir, em sede de decisão versando sobre a concessão de tratamento a menor impúbere, que:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa

251 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2016. p. 65.

252 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 67.

fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida²⁵³.

Por último, cabe mencionar que, comumente, os autores que defendem a impossibilidade de cobrança no Sistema Único de Saúde extraem da universalidade a impossibilidade de pagamento direto pelos usuários, entendimento que veremos em seguida.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA GRATUIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A (IM)POSSIBILIDADE DE CO-PAGAMENTO

4.1 CONCEITO DE CO-PAGAMENTO E TENTATIVAS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

O mecanismo no qual o usuário custeia de forma direta as despesas dos bens e serviços em saúde utilizados chama-se co-pagamento, recebendo, ainda, outras denominações como taxa moderadora, *cost-sharing* ou contrapartida do usuário^{254 255}.

Preliminarmente, necessária delimitação conceitual para fins metodológicos. Para tanto, cumpre trazer à baila os entendimentos de Simone Fortes e Leandro Paulsen quanto ao financiamento direto e o indireto mencionado no artigo constitucional matriz do custeio da seguridade social (art. 195, Constituição Federal). Para os autores, entende-se financiamento direto o pagamento, pelas pessoas físicas e jurídicas, das contribuições instituídas por lei especificamente para custeio da seguridade social. Já o financiamento indireto dá-se por intermédios dos recursos orçamentários dos entes políticos, provenientes dos impostos²⁵⁶.

De forma mais abrangente, Solon Magalhães Vianna, Sérgio Francisco Piola e Carlos Octávio Ocké Reis²⁵⁷ entendem o financiamento indireto como o custeio do sistema por intermédio de impostos e contribuições sociais. Ainda, afirmam que o financiamento direto poderia ser operacionalizado tanto por tributos como a Contribuição Provisória Sobre Movimentações Financeiras e a contribuição social incidente sobre o salário dos trabalhadores quanto por via de “taxa sobre o uso efetivo ou potencial de serviços de saúde”.

No presente trabalho, adotando-se o segundo entendimento citado, será utilizada a expressão financiamento direto para englobar também a situação na qual

254 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. **Gratuidade no SUS**: controvérsia em torno do co-pagamento. Brasília, DF: Ipea, 1998. (Texto para Discussão, n.587). p. 109. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/td_0587.pdf>. Acesso em: 23/06/2017.

255 No Relatório Mundial da Saúde, denominado “Financiamento do Sistema de Saúde: o caminho para a cobertura universal”, menciona-se os termos “taxas de utilização” e “taxa de utente” como referentes a pagamentos no momento do consumo. Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal**. Relatório mundial de saúde. Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2010. p. 6. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf>. Acesso em 01/07/2017.

256 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Op.cit.* 2005. p. 341.

257 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 123.

o indivíduo desembolsa valores pecuniários diretamente de suas economias para arcar com prestações públicas em saúde, sendo o co-pagamento uma das suas modalidades.

Os efeitos verificados, ou buscados, pela instituição da cobrança mediante co-pagamento são:

- a diminuição da demanda eventualmente supérflua dos serviços de saúde, ao forçar o usuário a utilizá-los de forma racional, havendo, por conseguinte, a diminuição com gastos públicos;
- a possibilidade de taxar serviços com grau menor de custo-efetividade a fim de custear ações de maior alcance;
- a limitação da gratuidade apenas aos indivíduos que não pudessem arcar com os custos do serviço, corrigindo a injustiça e a iniquidade verificada com a impossibilidade de cobrança em face dos cidadãos com condições econômicas que garantem a sua autossuficiência;
- a mudança de postura dos usuários em relação aos serviços de saúde que passariam a ser mais valorizados e controlados pela sociedade civil em face do ônus estabelecido, dado que, segundo esta lógica, os usuários, ao efetuarem pagamento por um bem ou serviços, passariam a exigir maior qualidade daquilo que usufruem, tendo em vista que a ideia de ausência de custos dos serviços públicos seria afastada^{258 259}.

Cabe registrar que a Convenção n° 102, de 1952, da Organização Internacional do Trabalho, ao estabelecer normas mínimas de Seguridade Social, previu, em seu art. 10.2, a possibilidade de pagamento de forma concorrente pelos serviços médicos usufruídos, desde que respeitada a capacidade econômica dos indivíduos, não implicando ônus excessivo. Veja-se:

2. O beneficiário ou o respectivo responsável podem ser obrigados a concorrer para as despesas com os serviços médicos recebidos em caso de doença; os dispositivos relativos a esta participação devem ser

258 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 149.

259 Cf. Texto explorando o “mito da gratuidade”, por Paulo Sérgio de Araújo e Rita Abib. Disponível em: <<https://www.portaldomedico.com/Noticia/Leia/4dd27d1c-623d-4aff-98d1-eb1d67f17a28>>. Acesso em 01/07/2017.

estabelecidos de tal forma que não impliquem ônus por demais pesado.²⁶⁰

No âmbito interno, o pagamento direto pelos usuários de estabelecimentos públicos sempre esteve presente, inclusive após as modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Orgânica da Saúde, que em tese o vedaria.

O Conselho Nacional de Saúde, vigilante quanto à situação caracterizada como “cobrança ‘por fora’”, emitiu em 1995 recomendação ao então Ministro da Saúde a fim de que fosse realizada campanha de conscientização junto à população, esclarecendo a gratuidade dos serviços no âmbito do Sistema único de Saúde²⁶¹.

Em retrospectiva histórica, refere-se que no âmbito nacional em 1967, por intermédio do Plano Nacional de Saúde (PNS), tentou-se implementar pela primeira vez o sistema de taxa moderadora²⁶².

Proposto pelo Ministério da Saúde, o referido plano - também denominado de Plano Leonel Miranda, então Ministro da Saúde - tinha como pretensão a venda da totalidade dos hospitais do Estado à iniciativa privada. Com a privatização dos hospitais governamentais, ao Estado caberia o papel de financiador, conjuntamente com os usuários, que passariam a ser co-financiadores diretos dos serviços privatizados²⁶³.

Contudo, houve a implementação apenas pontualmente e de forma experimental da proposta diante da resistência posta em face do plano, vez que:

O PNS entrava em conflito com a expansão de cobertura dos benefícios previdenciários, base de legitimação do regime junto às classes trabalhadoras, além de sustentar-se na prática da medicina em consultórios privados num momento em que as transformações impostas pelo desenvolvimento tecnológico na área da saúde e crescente especialização exigiam novas formas de organização, nas quais o assalariamento dos médicos era dominante.²⁶⁴

Posteriormente, temos o Plano de Pronta Ação (PPA), de 1974, considerado como a segunda tentativa de implementação do co-pagamento.

260 OIT. Convenção 102. Normas mínimas de seguridade social. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/468>>. Acesso em 26/06/2017.

261 Idem. p. 221-222.

262 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 119.

263 ESCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 292-293.

264 Idem. p. 393.

Desejando universalizar o atendimento médico à época, em especial o de emergência, o Estado comprometeu-se a pagar o atendimento tanto se realizado na rede pública quanto na rede privada, sem exigência de vínculo previdenciário do usuário²⁶⁵. Além disso, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) por intermédio desse plano “facultou aos beneficiários do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) a opção por instalações hospitalares especiais (apartamento privativo), nos hospitais privados contratados”, desde que complementassem a diferença²⁶⁶.

Cumprir mencionar a terceira tentativa, em 1977, quando, por força da Lei nº 6.439, de 1º de setembro²⁶⁷ - que criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) e, em seu interior, o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS) - restou facultado ao Poder Executivo, no art. 6º, § 2º²⁶⁸, a instituição de participação direta do usuário no custeio dos serviços médicos e medicamentos fornecidos no âmbito do INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, conforme a sua renda ou, ainda, outros fatores, como o vulto das despesas gerais e o porte do custeio. Contudo, o permissivo legal não foi utilizado pelo Poder Executivo²⁶⁹.

Na década de 90, já no âmbito do Sistema Único de Saúde, houve tentativa de afastar o princípio da universalidade, considerado ligado à gratuidade, por intermédio da PEC 32-A/95, de autoria do Poder Executivo à época. O Projeto de Emenda à Constituição tinha como proposta a modificação do art. 196 da Carta Cidadã, com o objetivo de “substituir a ideia da universalização e gratuidade da

265 ESCOREL, S. *Op.cit.* 2008. P. 403.

266 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 120. Ainda, expõe os autores que o “necessário sobrepreço nas diárias de hotelaria dos pacientes que optassem por esse tipo de acomodação veio acompanhado da exigência de complementação dos honorários profissionais em até 100% do preço pago pelo INPS, para atender ao pleito da corporação médica”.

267 BRASIL. **Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977**. Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm>. Acesso em 24/06/2017.

268 Art 6º - Ao INANPS compete prestar assistência médica, de acordo com os seguintes programas: (...) § 2º - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir um esquema de participação direta dos beneficiários, em função do seu nível de renda, no custeio dos serviços médicos de que se utilizarem e dos medicamentos que lhes forem fornecidos em ambulatórios. § 3º - No esquema de participação, de que trata o parágrafo anterior, o Poder Executivo poderá considerar outros fatores, além do nível de renda, tais como a natureza da doença, o vulto das despesas gerais e o porte do custeio. § 4º - A assistência médica e farmacêutica aos acidentados do trabalho não está sujeita às limitações nem ao esquema de participação dos parágrafos anteriores. § 5º - A participação a que se referem os §§ 2º e 3º não será exigida dos beneficiários que perceberem remuneração ou benefícios até 5 (cinco) valores de referência.

269 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 121.

prestação de serviços de saúde, como direito do cidadão e dever do estado, por outro regime a ser estabelecido em lei”²⁷⁰. Contudo, o projeto foi retirado de pauta em 29/11/1995, mas não sem evidenciar uma ameaça às ideias do Sistema Único de Saúde menos de uma década após a reforma da saúde²⁷¹.

Esta tentativa de modificação nos dispositivos normativos sobre o sistema público de saúde presentes na recém positivada legislação brasileira foi influenciada, conforme tese de Maria Valéria Costa Correia²⁷², pelas orientações do Banco Mundial propostas para a área da saúde brasileira na década de 1990, especialmente por meio de dois documentos: “Brasil: novo desafio à saúde adulto”, de 1991²⁷³, e “A organização, prestação e financiamento da saúde no Brasil: uma agenda para os anos 90”²⁷⁴, de 1995. Segundo Maria Valéria Costa Correia, o Banco Mundial orientou os países dependentes a utilizar o co-pagamento como mecanismo para reverter o (sub)financiamento da saúde pública²⁷⁵.

Em 2004, há outro momento no qual se verifica o instituto do co-pagamento: no âmbito do Programa Farmácia Popular do Brasil, instituído pelo Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004²⁷⁶, que, além disso, regulamentou a Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004²⁷⁷.

270 BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 28 de março de 1995**. Modifica a redação do artigo 196 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169281>. Acesso em 27/06/2017.

271 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias** [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 252-²⁵³. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7476/9788575413562>>. Acesso em 27/06/2017.

272 CORREIA, Maria Valéria Costa. *Op.cit.* 2005. p. 119-125.

273 WORLD BANK. **Brasil - Novo desafio a saúde do adulto**. Washington, DC: World Bank, 1991. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/133951468016254783/Brasil-Novo-desafio-a-saude-do-adulto>>. Acesso em 30/06/2017.

274 WORLD BANK. **A organização, prestação e financiamento da saúde no Brasil : uma agenda para os anos 90**. Washington, DC: World Bank, 1995. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/421811468239375008/A-organizacao-prestacao-e-financiamento-da-saude-no-Brasil-uma-agenda-para-os-anos-90>>. Acesso em 30/06/2017.

275 CORREIA, Maria Valéria Costa. **O Conselho Nacional de Saúde e os rumos da política de saúde brasileira: mecanismos de controle social frente às condicionalidades dos organismos financeiros internacionais**. Recife: o autor, 2005. p. 221. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br>>. Acesso em 29/06/2017.

276 BRASIL. **Decreto Nº 5.090, de 20 de maio de 2004**. Regulamenta a Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil", e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5090.htm>. Acesso em 27/06/2017.

277 BRASIL. 2004. **Lei Nº 10.858, de 13 de abril de 2004**. Autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 13 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.858.htm>. Acesso em 27/06/2017.

O referido Decreto instituidor do Programa previu duas formas de dispensação do medicamento: mediante a rede própria, consistente em farmácias populares; e por intermédio da rede privada de farmácias e drogarias, através de sistema de subsídio ao preço do medicamento.

Posteriormente, sobreveio a Portaria nº 491, de 9 de março de 2006, dispondo sobre a expansão do Programa mediante o pagamento pelo Ministério da Saúde de dispensação no comércio farmacêutico e complementação da diferença do valor de venda pelo usuário, reduzindo, assim, o custo dos medicamentos necessários ao tratamento de doenças com índices mais elevados de incidência na população²⁷⁸.

Assim sendo, muito embora fosse, nos primeiros momentos de sua implementação, um programa do governo federal executado utilizando-se as farmácias populares e mecanismos de parcerias com os outros entes federados, posteriormente houve a expansão do programa, sendo prevista, para tanto, utilização da rede privada de farmácias²⁷⁹.

A Portaria nº 3.089, de 16 de dezembro de 2009, igualmente versou sobre o Programa, revogando o ato executivo anterior e estabelecendo modificações na operacionalização do Programa. Em seu texto ficou denominado como “Aqui Tem Farmácia Popular” a modalidade de execução do Programa Farmácia Popular do Brasil realizada pela rede privada de farmácias e drogarias e financiada tanto pelo Estado quanto diretamente pelo usuário. A partir de então se passa a denominar Programa Farmácia Popular do Brasil tanto o gênero quanto a execução do programa pela Rede Própria, cabendo o termo Aqui Tem Farmácia Popular à modalidade executada com auxílio da rede privada conveniada.

Contudo, a supracitada Portaria nº 3.089, de 2009, igualmente foi revogada com a superveniência da Portaria nº 184, de 3 de fevereiro de 2011, que, por sua vez, restou revogada pela Portaria nº 971, de 15 de maio de 2012. Esta última também teve seus efeitos afastados pela PRT GM/MS nº 111, de 28 de janeiro de 2016, que permanece em vigor e atualmente dispôs sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil, estabelecendo tanto normas de operação e funcionamento da

278 BRASIL. **Portaria nº 491, de 09 de março de 2006**. Dispõe sobre a expansão do Programa “Farmácia Popular do Brasil”. Diário Oficial da União, Brasília-DF, Brasil, 10 mar. 2006.

279 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2007. p. 59. Disponível em: <http://www.cff.org.br/> >. Acesso em: 25/06/2017.

Rede Própria quanto da modalidade Aqui Tem Farmácia Popular²⁸⁰.

Vale notar que, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde, a execução de ações de assistência terapêutica integral inclui a assistência farmacêutica, conforme dispõe o art. 6º, inciso I, alínea “d”²⁸¹, bem como engloba “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”, segundo o inciso VI do mesmo dispositivo²⁸².

Logo, estando no campo de atuação do Sistema Único de Saúde, a Assistência Farmacêutica, evidentemente, deve observar os princípios e diretrizes informadores do Sistema Único de Saúde, especialmente aqueles do art. 196 da Constituição Federal e os previstos no art. 7º da Lei Orgânica da Saúde.

Tanto é assim que a própria Política Nacional de Assistência Farmacêutica trata-se, fulcro art. 1º inciso I, de “parte integrante da Política Nacional de Saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde e garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade”²⁸³, que, como visto, informam o Sistema Único de Saúde.

Desse modo, em que pese as nobres justificativas do Poder Público, expressas nas considerações da Portaria PRT GM/MS nº 111, de 2016 - remetendo ao “dever do Estado de garantir os meios indispensáveis à prevenção, à promoção e à recuperação da saúde”, à “necessidade de oferecer alternativas de acesso à assistência farmacêutica, com vistas à promoção da integralidade do atendimento à saúde” e à “meta de assegurar medicamentos essenciais para o tratamento dos agravos com maior incidência na população, mediante redução de seu custo para os pacientes” -, verifica-se que a sistemática do Aqui Tem Farmácia Popular, consistente em o Ministério da Saúde custear parte do preço de venda e o paciente a diferença em relação a determinados medicamentos, afasta a gratuidade e

280 Para maiores informações sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil, ver o sítio institucional do Ministério da Saúde sobre a ação estatal. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br>>. Acesso em 25/06/2017.

281 Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações:(...) d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

282 Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):(...)VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

283 BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004**. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <<http://portalquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/17/Resolucao-338-06052004.pdf>>. Acesso em: 25/06/2017.

caracteriza-se como co-pagamento, modalidade de financiamento direto²⁸⁴.

Observação nesse sentido ficou registrada já em 2006 em publicação do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde sobre a Assistência Farmacêutica no SUS²⁸⁵. Veja-se:

Apesar da afirmação do Ministério da Saúde de que a implementação da Farmácia Popular não traz prejuízos às ações de distribuição de medicamentos previstas pelo SUS, uma vez que sua existência não prejudica a obtenção do medicamento na rede pública de assistência à saúde, onde é dispensado gratuitamente, vários atores do setor saúde tem questionado esse programa.

Muitos opinam que, apesar da expansão da distribuição dos medicamentos para além das unidades do SUS aos cidadãos assistidos pela rede privada, com iguais direitos constitucionais, é uma iniciativa louvável, porém reprovam a cobrança. A argumentação é de que a mesma é inconstitucional, além de se contrapor à Lei Orgânica de Saúde, rompendo princípios da universalidade, da gratuidade do SUS e violando todas suas regras.

Além da questão relativa à constitucionalidade do Programa Aqui Tem Farmácia Popular em face dos princípios do Sistema Único de Saúde, o Conselho Nacional de Secretário de Saúde demonstrou-se receoso com a possibilidade de tal característica do Programa figurar como um precedente, já que “a mesma justificativa de se estar ampliando o acesso da população à uma área da assistência, nesse caso a farmacêutica, poderia ser usada para outras áreas da assistência à saúde”.

Por oportuno, cumpre uma atualização fática que contraria a alegação do Ministério da Saúde, dada à época, no sentido de afastar eventuais prejuízos às ações de distribuição de medicamentos na Rede Própria, que possui a dispensação de medicamentos totalmente gratuita, sem co-pagamento pelo usuário. Ocorre que, no dia 06 de junho de 2017, o Ministro da Saúde Ricardo Barros anunciou a extinção da Rede Própria financiada pelo Governo Federal em favor do fortalecimento da rede credenciada, já que, segundo a União, a maioria dos custos destinados àquela modalidade de execução da Assistência Farmacêutica tratava-se de gastos com a

284 Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Programa Farmácia Popular do Brasil: Manual de Informações às Unidades Credenciadas : Sistema de Co-Pagamento / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos**. – 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br>>. Acesso em 25/06/2017.

285 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Op.cit.* 2007. p. 59-60. A citada revista, contendo o artigo questionando o Programa Farmácia Popular, pode ser visualizada em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/periodicos/consensus04.pdf>>.

estrutura das unidades, e não com a aquisição de medicamentos²⁸⁶. Verifica-se, dessa forma, o fortalecimento do modelo de co-pagamento, sem que se tenha estabelecido consenso sobre a possibilidade de pagamento parcial diretamente pelo usuário²⁸⁷.

Dando continuidade à retrospectiva histórica, ressalta-se que, em agosto de 2015, houve a proposição do co-pagamento pelo Senador Renan Calheiros no documento intitulado “Agenda Brasil”, elabora sob o pretexto de “retomada do crescimento do país e o fim da crise”²⁸⁸. Na redação original da Seção “Proteção Social”, ficou consignado como proposta do parlamentar “(a)valiar possibilidade de cobrança diferenciada de procedimentos do SUS”, considerando, para tanto “as faixas de renda do IRPF”²⁸⁹.

Contudo, em nova versão do documento, no qual consta itens inseridos “após debates com o conjunto dos Senadores”, a proposta em questão foi substituída pela proposição de “(r)egulamentar o ressarcimento pelos associados de planos de saúde, dos procedimentos e atendimentos realizados pelo SUS”²⁹⁰.

É no âmbito internacional que a questão ganha destaque, especialmente no que diz respeito ao sistema de saúde público português, seguidamente citado quando das análises da possibilidade de cobrança no âmbito do Sistema Único de

286 BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde altera repasse do Farmácia Popular e amplia em R\$ 80 milhões por ano recurso para medicamentos. Publicado em 06/06/2017. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/28642-nova-forma-de-repasse-amplia-em-r-80-milhoes-por-ano-recurso-para-oferta-de-medicamentos>. Acesso em 26/06/2017.

287 A fim de pôr em evidência a atualidade da controvérsia, menciona-se a manifestação do Conselho Nacional de Secretarias de Saúde - CONASEMS em abril de 2017 sobre o encerramento da Rede Própria pela União no âmbito do Farmácia Popular do Brasil, que afirmou: “(...) os recursos do PFPB sob a lógica de co-pagamento não são ações e serviços públicos de saúde, portanto não é SUS”. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. **Nota Informativa nº 18/2017**. Informa sobre o encerramento da Rede Própria do Programa Farmácia Popular do Brasil. p. 4. Disponível em: <<http://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Nota-encerramento-Rede-Pr%C3%B3pria-FPB.pdf>>. Acesso em 26/06/2017.

288 EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. **Agenda Brasil: saiba quais são as propostas do Senado para enfrentar a crise**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/08/agenda-brasil-saiba-quais-sao-propostas-do-senado-para-enfrentar-crise>. Acesso em 26/06/2017.

289 SENADO FEDERAL. **A 'Agenda Brasil', sugerida por Renan Calheiros**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>>. Acesso em 26/06/2017.

290 CALHEIROS, Renan. Agenda Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/AgendaBrasil_1208.pdf>. Acesso em 26/06/2017.

Saúde²⁹¹.

Conforme ensina Fernando Mânica²⁹², o Decreto português n° 57/1896 institui as taxas moderadoras, objetivando, com isso, “moderar, racionalizar e regular o acesso da população aos serviços de saúde”, mesmo diante da redação original do texto constitucional português de 1976 determinando a prestação gratuita dos serviços de saúde.

A Corte Constitucional portuguesa no exercício de suas funções institucionais, contudo, não deu procedência à ação requerendo a declaração de inconstitucionalidade das taxas moderadoras. Para a maioria dos membros do tribunal, “as taxas moderadoras não implicam cobrança pela prestação dos serviços, mas mero mecanismo racionalizador de sua utilização”, motivo pelo qual “tais taxas não retiram o caráter gratuito dos serviços prestados pelo SNS português, especialmente considerando que seu valor corresponde a uma proporção mínima em relação ao custo dos serviços”.

Ato contínuo ao Acórdão 330/89, que conteve a supracitado entendimento, houve a alteração da Constituição portuguesa, que por meio de emenda constitucional afastou a determinação normativa de gratuidade no Sistema Nacional de Saúde e a substitui por previsão de os serviços de saúde serem “tendencialmente gratuitos”²⁹³, considerando as condições econômicas e sociais do paciente, dando maior legitimidade à prática de co-pagamento, vigente até hoje²⁹⁴.

Veja-se a atual redação dos artigos da Constituição de Portugal relacionados à saúde:

Artigo 64.º

Saúde

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e

291 Para uma breve análise da instituição do co-pagamento no sistema público de saúde italiano, conferir: OLIVEIRA, Ana Maria Caldeira; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Reflexões sobre o Sistema Único de Saúde e o Servizio Sanitario Nazionale: a reforma da reforma - a adoção do Ticket Sanitario**. Saude soc., São Paulo, v. 25, n. 4, p. 895-901, dez. 2016. Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acessos em 26/06/2017.

292 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. P. 72.

293 Ademais, Fernando Mânica menciona que outras modificações estruturais e organizativas na assistência à saúde portuguesa nos últimos anos, como, por exemplo, “transformação dos hospitais públicos portugueses em sociedades anônimas, e depois em empresas públicas estatais”, bem como “a criação de parcerias público-privadas para a construção e operação de novos hospitais”. Cf. MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. P. 73.

294 Para maiores informações quanto aos procedimentos relacionados ao co-pagamento em Portugal, ver sítio institucional do Serviço Nacional de Saúde português. Disponível em: <<https://www.sns.gov.pt/sns-saude-mais/taxas-moderadoras/>>. Acesso em 27/06/2017.

promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

- a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
- b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
- b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
- c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
- d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
- e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
- f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.²⁹⁵

No caso brasileiro, a gratuidade das ações e serviços de saúde não encontra previsão constitucional de forma expressa, devendo ser averiguada a natureza jurídica da existência fática da vedação ao pagamento direto pelos usuários.

4.2 CO-PAGAMENTO E COMPLEMENTAÇÃO: ESPÉCIES DISTINTAS DE CUSTEIO DIRETO

Previamente à análise propriamente dita da gratuidade, demonstra-se salutar um breve parêntese, visando diferenciação conceitual e coerência interna no presente estudo. Com efeito, o pagamento para recebimento de acomodações especiais, à exemplo do previsto no Plano de Pronta Ação - PPA, de 1974, não se trata de co-pagamento, e sim complementação, vedado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal ao tempo do Recurso Extraordinário n° 581.488/RS²⁹⁶.

295 PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (1974)**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 28/06/2017.

296 O acórdão foi assim ementado: "Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do art.

O mencionado apelo foi interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul diante da Suprema Corte em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional da 4ª Região que declarou improcedente o pedido em sede de Ação Civil Pública. O Tribunal Regional negou a possibilidade de internação hospitalar pelo Sistema Único de Saúde – SUS em melhores acomodações do que as oferecidas pelo Poder Público mediante o pagamento pelo usuário da diferença entre o serviço fornecido pelo Estado gratuitamente, bem como a possibilidade de o paciente ser atendido pelo seu médico de confiança no âmbito do SUS através de remuneração direta. Segundo o entendimento do tribunal, uma vez permitida tal prática, haveria o tratamento discriminatório entre os usuários do Sistema Único de Saúde, violando o postulado do acesso universal e igualitário.

Diante da existência de interesses que ultrapassavam a relação jurídica das partes e em razão da possibilidade de demandas repetitivas sobre o tema, reconheceu-se a recuperação geral²⁹⁷ no caso. Além disso, houve a convocação²⁹⁸ de Audiência Pública a fim de tratar a matéria e ouvir especialistas, autoridades públicas e membros da sociedade civil²⁹⁹.

O Ministro Dias Toffoli, relator do caso, assentou seu voto³⁰⁰ na

196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. 2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal. 3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ nº 65 de 08/04/2016. Disponível em: < **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** >. Acesso em 24/06/2017.

297 Sobre o instituto da repercussão geral, conferir notícia extraída do sítio institucional do Supremo Tribunal Federal intitulada “Conheça melhor o instituto da repercussão geral”, publicada em 20 de dezembro de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cm/s/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168512> >. Acesso em: 25/06/2017.

298 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de convocação de audiência pública no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatoriInternacao.pdf> >. Acesso em 25/06/2017.

299 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Degração da audiência pública sobre Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>>. Acesso em 25/06/2017.

300 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ nº 65 de 08/04/2016. Disponível em:

incompatibilidade da “diferença de classe” em face do atual modelo de sistema de saúde, o Sistema Único de Saúde, dado que essa sistemática de complementação teria surgido no âmbito do modelo antecedente, representado pelo INAMPS. Nesse sentido, aduziu que não foram estabelecidas exceções em relação aos princípios do Sistema Único de Saúde - universalidade, integralidade e equidade que eventualmente pudessem dar azo ao postulado pelo CREMERS, sendo certo, aliás, os princípios da universalidade e equidade inconciliáveis com a ideia de “diferença de classe”.

Além disso, Dias Toffoli evidencia que o texto constitucional não vedou aos cidadãos o acesso a serviços personalizados de saúde, cabendo aos que desejam atendimento com médico de sua preferência e serviços de internação em melhor qualidade a contratar a iniciativa privada.

Mesmo cabendo a responsabilidade pelo pagamento dos recursos extras aos usuários, lembra o relator que a questão econômica representa algo secundário dentro da normatização do SUS, destacando que a igualdade não permitiria a prestação de serviço em saúde estatal de acordo com aspectos econômicos do usuário do Sistema Único de Saúde.

Em seu voto, Dias Toffoli ainda expõe que a cooperação, a solidariedade e o objetivo de reduzir desigualdades sociais formam o “espírito que permeia e rege todo o sistema”, a fim de que sejam dadas oportunidades iguais de acesso aos serviços de saúde, motivo pelo qual a diferença de classe representa um sistema que promove a exclusão, segregação e diferenciação utilizando-se de questões econômicas.

Outro ponto que merece nota é o entendimento do relator de ser inviável a utilização do atendimento do Sistema Único de Saúde como “crédito” destinado à obtenção de atendimento personalizado. Assim, considerando inadmissíveis medidas diferenciadoras no âmbito do Sistema Único de Saúde que não representem casos excepcionais, votou o relator pela constitucionalidade da regra obstando a melhoria das acomodações de internação e o atendimento por intermédio particular no âmbito dos serviços públicos de saúde.

Seguindo o voto do relator, os demais ministros, por unanimidade, fixaram tese no sentido de ser:

(...) constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

Do relato e dos argumentos expostos, verifica-se que a manifestação da Suprema Corte deu-se em relação ao, assim denominado, sistema de “diferença de classe”, quando há o pagamento em pecúnia pelo usuário de um serviço com o fim de obter tratamento personalizado no âmbito do sistema de saúde pública. Nessa hipótese, o pagamento direto pelo usuário não tem como objetivo financiar o serviço recebido pelo Sistema Único de Saúde, e sim aprimorar o serviço fornecido pelo Estado, utilizando o “pacote básico” como um crédito facilitador de acesso a serviços de saúde de qualidade superior ou mais personalizado.

A complementação de valores a fim de se obter atendimento em melhores condições não é objeto de estudo do presente trabalho, e sim o pagamento direto pelo usuário dos serviços de saúde prestado pelo Estado, na modalidade co-pagamento, isto é, pagamento direto pelo paciente com o objetivo de financiar a prestação estatal fornecida no “pacto básico”.

De qualquer sorte, o julgamento exposto e analisado trata-se de decisão que fortalece a implantação - ainda em curso, reforça-se - do Sistema Único de Saúde, rompendo de forma categórica com o modelo de saúde antecedente, que possibilitou, dentro do INAMPS, a prática do sistema de “diferença de classe”.

Na doutrina há forte resistência à possibilidade de complementação, ao instituto “diferença de classe”, até mesmo para autores que verificam a possibilidade de cobrança dos usuários pelos serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde.

É este o caso específico de Saulo Lindorfer Pivetta, para quem a autorização do pagamento de taxas pelo usuário com a finalidade de obter acesso à melhor nível de acomodações teria por consequência: a) a lesão ao princípio da isonomia, que somente permite discriminações positivas, isto é, justificadas com base em uma finalidade pública; b) a segmentação dos usuários do Sistema Único de Saúde entre aqueles que possuem condições financeiras para efetuar os pagamentos e os indivíduos que não possuem condições de alcançar melhores serviços³⁰¹.

301 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. p. 170.

Quanto à primeira consequência, Marlon Alberto Weichert observa que não cabe ao cidadão, conforme seus interesses, a ampla liberdade de alternar entre a assistência pública no âmbito do SUS e a assistência privada, sob pena de também haver a violação à isonomia³⁰².

Por sua vez, Guido Ivan de Carvalho, além de afirmar que “(n)enhum atendimento há de privilegiar quem quer que seja, nem quanto à qualidade dos serviços, nem quanto à preferência de pessoas, nem à cobrança de valores adicionais (...)”³⁰³, refere que a cobrança por conforto pessoal tem outra consequência negativa: o aumento da demanda do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que uma grande quantidade de usuários passariam a utilizar os serviços públicos na área de saúde diante da possibilidade de melhoria do conforto recebido³⁰⁴.

Dos autores citados, destaca-se o posicionamento de Saulo Lindorfer Pivetta, tendo em vista que, como será visto adiante, o autor entende que a normatização constitucional e infraconstitucional do Sistema Único de Saúde não inviabiliza a cobrança, direta ou indireta, pela oferta estatal de ações e serviços de saúde.

Trata-se de fato do corrobora para a diferenciação conceitual estabelecida para fins metodológicos nesse estudo, vez que o co-pagamento, enquanto modalidade de financiamento direto pelo usuário do sistema público de saúde, não representa permissivo à complementação para fins de obtenção de privilégios.

Logo, utiliza-se no presente trabalho a nomenclatura “complementação” para referenciar a prática de pagamento pelo usuário do Sistema Único de Saúde de valores com o objetivo de obter privilégios, dentre os quais, melhores acomodações ou atendimento por médico de confiança.

O termo co-pagamento, por sua vez, é destinado no presente estudo para fins de designar o instituto pelo qual o usuário de um sistema de saúde público arca diretamente com parte do custeio do serviço utilizado.

4.3 A GRATUIDADE DAS AÇÕES E SERVIÇOS ESTATAIS EM SAÚDE

Como visto, a gratuidade no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS tem

302 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 164.

303 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 76.

304 *Idem.* p. 286.

seu debate centrado no fato de a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080, de 1990) não trazerem em suas disposições normativas norma expressa vedando ou permitindo a cobrança pelos serviços estatais prestados. Há, com isso, divergência doutrinária quanto à possibilidade jurídica de as ações e serviços de saúde pública desenvolvidas pelo Estado serem cobradas diretamente dos usuários. Ressalta-se que a saúde ser um direito social, por si só, não garante a sua gratuidade, a exemplo do lazer e da previdência social, também previstos no art. 6º da Constituição Cidadã, mas nem por isso apresentam-se como gratuitos³⁰⁵.

Já em relação a determinados direitos sociais, o tratamento normativo dado pelo constituinte foi diverso, vez que em alguns casos específicos foi prevista expressamente a gratuidade.

É o caso do ensino público em estabelecimento oficiais que, segundo o inciso IV, art. 206 da Constituição Federal, deve ser ministrado com base no princípio da gratuidade^{306 307}. Ainda em relação à educação, segundo o parágrafo 1º da Constituição Cidadã, “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, bem como no art. 208, incisos I e II, respectivamente, é assegurado o ensino fundamental obrigatório e gratuito, bem como a “progressiva extensão da gratuidade ao ensino médio”³⁰⁸. A assistência social, assim como a educação,

305 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 123.

306 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

307 É com base nesse principalmente no art. 206, inciso IV, que o Supremo Tribunal Federal reafirmou a gratuidade no ensino superior ao afastar, por inconstitucionalidade, a cobrança de taxas de matrícula no julgamento do RE 500.171 pelo pleno, a ponto de sumular a questão de forma cogente, conforme o teor da Súmula Vinculante nº 12, que diz: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da CF”. Além disso, a interpretação do citado artigo conjuntamente ao teor do art. 208, inciso VI, da Carta Maior leva, para a Corte Suprema, ao descabimento de cobrança de anuidade relacionado à alimentação em instituição de ensino profissionalizante, conforme decidido ao tempo do RE 357.148, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 2013.

308 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 123.

apresenta regras constitucionais expressas inviabilizando a cobrança dos serviços estatais prestados nestas áreas, impondo, por conseguinte, a gratuidade³⁰⁹, visto que, a teor do art. 203, caput, da Carta maior, a prestação de assistência ao necessitado independe de contribuição³¹⁰. Além disso, o constituinte assegurou aos idosos a “gratuidade dos transportes coletivos urbanos”, no art. 230, § 2º, da Constituição Federal.

No presente item serão expostos os argumentos dos principais autores sobre o assunto, a fim de estabelecer correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da gratuidade no sistema de saúde pública brasileiro. Após, com base nas considerações expostas, a gratuidade será analisada enquanto escolha política instituída pelo legislador, influenciado pela Reforma Sanitária brasileira.

4.3.1 A inviabilidade de cobrança no âmbito do Sistema Único de Saúde em face do implícito princípio da gratuidade

Existem autores que compreendem a gratuidade dos serviços e ações estatais prestados na área de saúde como norma - regra ou princípio - implícita decorrente dos preceitos constitucionais expressos relacionados ao Sistema Único de Saúde.

Na esfera legislativa, advoga em favor da tese acima exposta o Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2011³¹¹, de autoria do Senador Humberto Costa, que propõe a modificação da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) a fim de explicitar a gratuidade enquanto um princípio do Sistema Único de Saúde, incluindo-a entre os demais princípios do art. 7º, obstando, desse modo, o

309 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. P. 168.

310 Conforme aduz Ricardo Lobo Torres ao tecer considerações sobre a imunidade às instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos, é absolutamente necessário o exercício da assistência social e atividade educacional de forma gratuita nas instituições imunes, tendo em vista que a ausência de contraprestações na assistencial social e na educação, além de ser essencial, é constitucionalmente declarada pela Carta Maior brasileira, fulcro arts. 203 e 206, IV e 208, I e II, respectivamente. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 213.

311 BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que 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 tornar explícito que a gratuidade é um princípio do Sistema Único de Saúde (SUS) e para vedar a cobrança, por parte das unidades da rede própria do SUS, pela execução de ações de saúde. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100943>>. Acesso em 17/06/2017.

pagamento pela utilização de ações de saúde executadas nas unidades da rede própria do SUS.

O projeto teve a seguinte redação final no Senado Federal:

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Os arts. 7º e 32 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º

XIV – gratuidade das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.” (NR)

“Art. 32.

§ 7º É vedado aos serviços de que tratam o caput e o § 1º do art. 4º desta Lei:

I – exigir ou aceitar, de operadoras de planos privados de assistência à saúde ou diretamente de pacientes atendidos, contraprestação pecuniária pela execução de ações de saúde, ressalvado o disposto no art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998;

II – oferecer qualquer espécie de privilégio, prioridade ou reserva de leitos a beneficiários ou segurados das pessoas jurídicas de que trata o art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998.” (NR)

Após ser remetido à Câmara dos Deputados para revisão e ser registrado como PL nº 3087/2012, o Projeto de Lei foi apensado ao PL 7419/2006, que “altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, a fim de tratar “sobre a cobertura de despesas de acompanhante de menor de dezoito anos, inclusive quando se tratar de internação em unidade de terapia intensiva ou similar”, encontrando-se ainda em trâmite.

No âmbito doutrinário, Marlon Alberto Weichert³¹² segue essa linha de pensamento e aduz a gratuidade no atendimento como regra implícita trazida pelo princípio da universalidade, em que pese reconheça não ter sido a gratuidade tratada explicitamente pela Constituição Federal e que a sua disciplina pelo art. 43 da Lei nº 8.080³¹³ de 1990 permite ao legislador reverter tal condição.

Contudo, mesmo diante de tal panorama, de reversibilidade da gratuidade infraconstitucionalmente explicitada, afirma o autor que não haveria espaço dentro da configuração do Estado social brasileiro para o pagamento (direto) por parte da população pelos serviços de saúde prestados pela administração pública.

O seu posicionamento fundamenta-se (a) no conteúdo da universalidade, (b) por ser a promoção de saúde um serviço público genérico e indivisível, (c) pela

312 WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004. p. 161-163.

313 O art. 43 aduz que “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

condição social da maioria da população brasileira.

Assim, para o autor, a universalidade, que impõe ao Estado promover a saúde de todos sem distinções, seria afetada com a instituição da cobrança dos serviços, vez que implicaria a restrição àqueles que não possuem condição de contribuir, questão superada com a extinção do INAMPS/INPS³¹⁴. Ainda segundo Marlon Alberto Weichert, a universalidade estaria afetada inclusive com imposição de pagamento apenas para a camada da população com mais recursos financeiros, tendo em vista que prestar serviços integrais para a promoção, proteção e recuperação da saúde, direito social subjetivo corresponde a dever estatal. Além disso, o supracitado autor expõe que, tratando-se de serviço público genérico e indivisível, a promoção da saúde não é compatível com a cobrança de taxas, embora reconheça, excepcionalmente, a possibilidade de cobrança por taxa em relação aos serviços que podem ser divididos em unidades de consumo e utilidade individual, como é o caso da serviço de assistência curativa isoladamente³¹⁵. Por fim, o doutrinador faz referência à condição social da maioria da população brasileira, pobre, para afastar a possibilidade de cobrança³¹⁶. Guido Ivan de Carvalho³¹⁷, ao seu turno, aduz que o art. 43 da Lei 8.080, de 1990, tratou de explicitar uma garantia constitucional, decorrente tanto do acesso universal quanto do acesso igualitário às ações e serviços prestados pelo Estado.

Nas palavras do autor, no Sistema Único de Saúde:

a gratuidade é um direito, infenso a qualquer construção administrativo-financeira tendente a contrariá-lo, por mais aparentemente lógica e convincente que possa ser a argumentação dos defensores da tese da “gratuidade contingente”, equiparada, no caso do SUS, à “meia-gravidez”.

Portanto, à semelhança de Weichert, o autor entende que vedação à

314 A Lei 8.689, de 27 de julho de 1993, determinou a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social. Cf. BRASIL. Lei Nº 8.689, de 27 de julho de 1993. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em: 27/06/2017.

315 Em relação às taxas do inciso II, do art. 145, da Constituição Federal, cita Dallari que poderão ser cobradas no caso de “exercício do poder de polícia sanitária”, sendo, contudo, incabíveis no caso de serviços de vacinação, por exemplo, já que, por possuir caráter de benefício social, não pode ser entendido como “simples serviço público posto à disposição do contribuinte”. Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010.

316 O presente trabalho destina a verificar a possibilidade de cobrança no Sistema Único de Saúde sob o aspecto jurídico, não se atentando às questões sócio-econômicas da questão.

317 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 283-287.

cobrança no âmbito do Sistema Único de Saúde encontra-se implicitamente tratada na Constituição Federal, muito embora utilize intercaladamente as expressões “garantia” e “direito”³¹⁸, e não regra, e acrescente a origem também no princípio da igualdade, e não somente na universalidade.

Além disso, na lógica constituinte atual, a prestação de serviços de saúde afasta-se da ideia de “seguro social” garantido apenas aos cidadãos contribuintes do sistema de saúde pública, como antes ocorria e acabava por deixar o restante da população sem acesso aos serviços de saúde³¹⁹. Contudo, Carvalho critica a redação do supracitado artigo da Lei Orgânica da Saúde que, dada a sua deficiência técnica, não solucionou definitivamente a questão.

No mesmo norte, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior entendem a gratuidade como princípio “que se desdobra de vários comandos constitucionais”, proibindo “toda e qualquer forma de cobrança do usuário de ações, serviços e equipamentos públicos de saúde”³²⁰. Dessarte, verifica-se que, para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, Guido Ivan de Carvalho e Marlon Alberto Weichert, a gratuidade é decorrência lógica dos princípios expressos relativos ao Sistema Único de Saúde³²¹.

Ante o exposto, é possível o estabelecimento de uma corrente doutrinária, formada pelos autores citados, que entende a gratuidade como norma implícita, variando apenas se trata-se de regra, direito ou princípio, bem como de quais princípios esta norma seria derivada, já que o resultado prático é idêntico.

4.3.2 A possibilidade jurídica de cobrança pelas ações e serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde

Em sentido oposto ao relatado no item antecedente, há doutrina minoritária que verifica a possibilidade de cobrança do usuário do sistema público de saúde, não sendo, portanto, a gratuidade uma decorrência lógica da sistemática

318 O autor utiliza, em outro momento de sua obra, o termo “direito” para referir-se à gratuidade. Cf. CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 241.

319 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 72.

320 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 74.

321 Mesmo que Weichert afirme a gratuidade como consequência apenas do princípio constitucional da universalidade, recorda-se que ao tempo da abordagem do princípio da universalidade no capítulo anterior restou consignado o reconhecimento pelo autor da existência de aproximação conceitual entre este princípio e o da igualdade, bem como registrou-se o seu entendimento da igualdade como consequência do princípio da universalidade.

constitucional que disciplina o Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, afirma Ricardo Lobo Torres³²² que a gratuidade trata-se de utopia instituída pelo artigo 43 da Lei 8.080, de 1990, que regulamentou o Sistema Único de Saúde. Vale dizer: o autor não verifica a gratuidade (ampla e abrangente) como princípio implícito decorrente dos preceitos ligados ao modelo de sistema público de saúde estabelecido pela Constituição Federal de 1988, e sim como uma imposição infraconstitucional que, a seu turno, seria contrária a (sua) ideia de mínimo existencial³²³.

Ao considerar que a saúde abrange duas faces, tendo em vista que a Constituição Federal teria distinguido “entre prestações de saúde que constituem proteção *do mínimo existencial* e das *condições necessárias à existência*, que devem ser gratuitas, e as que se classificam como *direitos sociais* e que poderiam ser custeadas por contribuições”, o autor defende que as atividades preventivas devem ser acompanhadas de atendimento integral e gratuito enquanto a medicina curativa e atendimento em nosocômio público deveriam ensejar contrapartida financeira ao Sistema de Seguridade Social, em regra³²⁴.

Nas palavras do autor, verifica-se que:

A saúde preventiva, tratada como direito fundamental pelo art. 196 da CF, confundiu-se com a saúde curativa, claramente definida como direito social pelo art. 6º, criando-se um sistema único de saúde que seria universal e gratuito, mas que acabou por transferir para terceiros a responsabilidade do seu financiamento e por empurrar para os planos privados de assistência a classe média, tornando-se utópico e ineficaz. Com efeito, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para o cidadão.³²⁵

Nesse sentido, o dever estatal de prestar ações no âmbito da saúde relacionadas à medicina curativa, por estar no âmbito direito social - vale dizer, sem

322 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p 245-247. Cumpre observar que o autor formula consideráveis críticas à gratuidade da forma que foi instituída, inclusive atribuindo a este fato a desarticulação estatal na prestação públicas nessa área, a piora no atendimento e a corrupção, questões que, entretanto, não são objeto do presente estudo.

323 V. Capítulo 1 onde se encontra exposta a Teoria do Mínimo Existencial de Ricardo Lobo Torres.

324 O autor excetua o referido pagamento no caso de indigentes e pobres, vez que teriam direito ao mínimo de saúde sem qualquer pagamento em razão de tratar-se de direito informado pelos interesses fundamentais. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 245.

325 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 275-276.

característica de fundamentalidade³²⁶, dado que não se trata de expressão do mínimo existencial - deveria ser analisado à luz de critérios formulados com base na teoria da justiça.

Assim, considerando a disciplina (obscura) dada pelo ordenamento à questão, verifica-se que o processo de definição dos referidos critérios e de alocação de recursos encontra-se obstado pela “proclamação demagógica da universalidade no atendimento”, segundo Ricardo Paulo Torres³²⁷.

Essa necessidade de tratamento diverso entre saúde preventiva e saúde curativa é utilizada por Ricardo Lobo Torres para exemplificar aquilo que chama de “desinterpretação dos mínimos sociais e da otimização dos direitos sociais”.

Para o autor, entende-se por “mínimos sociais” o núcleo dos direitos sociais informado pelo mínimo existencial que, por conseguinte, reclama políticas públicas maximalistas e apresenta a característica de fundamentalidade. Já a otimização dos direitos sociais tratar-se-ia do núcleo restante, que não seria relacionado ao mínimo existencial, tendo em vista que não diria respeito às condições mínimas necessárias à existência com dignidade, motivo pelo qual estariam sujeitos à discricionariedade do legislador³²⁸.

De todo o exposto, observa-se que, segundo Ricardo Lobo Torres, a gratuidade no âmbito do Sistema Único de Saúde, em que pese seja tratada pelo ordenamento de forma ampla e irrestrita, deveria apresentar-se, à vista da Teoria do Mínimo Existencial, de forma restrita em relação à sua extensão, abrangendo apenas as prestações estatais relacionadas às condições mínimas para existência digna, que no caso seria relativa à medicina preventiva, fulcro art. 196 da Carta Cidadã.

De igual modo, para Fátima Vieira Henriques³²⁹, o impedimento de cobrança pelas prestações no âmbito do Sistema Único de Saúde decorre do art. 43 da Lei 8.080, de 1990, que determinou a gratuidade do sistema público de saúde. Para a

326 Segundo Torres, além da imposição da gratuidade pela Lei Orgânica da Saúde, outro dispositivo normativo do mesmo diploma legal que contribuiu para o obscurecimento da diferença entre o mínimo existencial e a otimização dos direitos sociais, é o art. 2º, que previu a fundamentalidade do direito à saúde, fato que contraria a sua teoria sobre o mínimo existencial, já que somente uma “parte” do direito à saúde apresentaria fundamentalidade. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 252.

327 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 276.

328 *Idem.* p. 275.

329 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830-831.

autora, à semelhança de Ricardo Lobo Torres e contrariamente à linha doutrinária representada por Marlon Weichert, a universalidade - enquanto acesso ao sistema público de saúde para toda a população - não tem por implicação necessária a gratuidade.

Nesse sentido, por mais que a Constituição Federal tenha rompido com o modelo anterior exigente de filiação e contribuição ao regime, estabelecendo acesso universal às ações e serviços estatais no âmbito da saúde, não haveria, mesmo diante de tal cenário constitucional, o impedimento de impor aos indivíduos de classe econômica abastada a obrigação em arcar com os custos dos serviços utilizados. Reconhece, por outro lado, que imposição semelhante aos indivíduos hipossuficientes seria incabível, vez que acabaria por inoperalizar a ideia de universalidade regente do Sistema Único de Saúde.

Contudo, mesmo considerando a decisão questionável, afirma Fátima Vieira Henriques que se trata de “opção legislativa válida e que, por conseguinte, há de ser respeitada”, devendo as prestações estatais no âmbito da Lei nº 8.080, de 1990, serem ofertadas independentes de qualquer ônus a todos os indivíduos que de suas ações e serviços usufruírem³³⁰.

Também questionando a gratuidade no âmbito do Sistema Único de Saúde, há os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet³³¹, que não chancela a tese de gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, a impossibilitar qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema de saúde pública. Desse modo, reconhecendo divergir

330 Interessante notar que para a autora a gratuidade determinada infraconstitucionalmente alcança apenas às ações e serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde, motivo pelo qual, no âmbito do judiciário, caberia a observação da real necessidade do postulante. Cf. HENRIQUES, Fátima Vieira. *Op.cit.* 2008, p. 831. Levando em consideração a condição econômica do postulante de medicamento, o Tribunal Regional da 4ª Região já proferiu decisões, da qual se destaca: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS. 1) União, Estados e Municípios são responsáveis solidários pelo fornecimento de prestações relacionadas à saúde. 2) Faz jus ao fornecimento de medicamento o paciente que comprova a necessidade e a adequação de uso através da prova pericial. 3) A princípio, a hipossuficiência financeira do paciente não é requisito para a concessão ou não de prestação de saúde. Entretanto, o autor não pode ser considerado hipossuficiente para fins de prestação de medicamentos, face ao seu amplo patrimônio e ao baixo custo do medicamento requerido. 4) Afastada a condenação em litigância de má-fé e de restituição dos valores em face da revogação da liminar. 5) Honorários advocatícios mantidos no valor fixado. [grifado] Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Civil nº 5000730-32.2010.404.7208, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 10/07/2015.

331 SARLET, Ingo; MITIDIEIRO, Daniel. *Op.cit.* 2015, p. 622-624.

de expressiva doutrina - citando, para tanto, Marlon Alberto Weichert -, afirma que não há um princípio da gratuidade a ser necessariamente deduzido do acesso igualitário e universal expresso no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Para fundamentar tal posicionamento, o autor contrasta o direito à saúde universal e igualitário com a expressa previsão constitucional de desvinculação à contraprestação específica pelos beneficiários para acesso aos serviços da assistência social³³².

Adiciona, ainda, que o fato de a constituição assegurar a todos as mesmas condições de acesso ao Sistema Único de Saúde não significa que qualquer indivíduo, em qualquer circunstância, possua o direito subjetivo definitivo a qualquer prestação estatal ofertada ou a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.

Outro argumento ressaltado pelo autor é o quão (des)proporcional demonstra-se um indivíduo com condições financeiras razoáveis acessar o sistema público de saúde, da mesma forma que um indivíduo sem condições acessa, sem que haja em relação àquele qualquer limitação ou condições.

Assim, postula o autor que a efetiva necessidade deve ser um parâmetro a ser considerado, ao lado dos princípios da solidariedade e da proporcionalidade, sendo este último conectado com isonomia, isto é, o tratamento desigual entre desiguais.

Põe-se em evidência, ainda, o entendimento de Saulo Lindorfer Pivetta³³³ que, ratificando o diagnóstico de Ricardo Lobo Torres, afirma estar no financiamento do Sistema Único de Saúde um dos grandes problemas da saúde pública brasileira, vez que este seria incompatível com a manutenção de um sistema fundado na universalidade e integralidade, advogando em favor da possibilidade jurídica de pagamento direto como forma de financiamento da saúde pública.

332 Conforme já exposto, o autor se refere ao Art. 203 da Constituição Federal, o qual afirma que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...)”. Embora não mencione, a gratuidade também está expressa na Constituição Federal no tocante à educação, conforme o Art. 206 da Carta Maior, ao dispor que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”. Além disso, a gratuidade do ensino é disciplinada no Art. 208, que determina, em seu inciso I, “a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” e, no inciso II, a “progressiva universalização do ensino médio gratuito”, deixando expresso, ainda, no parágrafo 1º, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

333 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. p. 167.

Entretanto, o citado autor apresenta ressalvas às considerações de Ricardo Lobo Torres, especialmente quanto à suposta impossibilidade estabelecida pelo artigo 43 da Lei Orgânica da Saúde em cobrar as ações e os serviços em saúde. Isto porque, para Pivetta, a normatização constitucional e infraconstitucional não inviabilizaria a cobrança, direta ou indireta, pela oferta estatal de ações e serviços de saúde, afastando a tese de que a gratuidade teria sido consignada como diretriz ou princípio informador do sistema de saúde pública brasileiro.

E para fundamentar tal posição, evidencia que a assistência social e a educação apresentam no texto constitucional regras expressas impossibilitando a cobrança dos serviços estatais prestados nestas áreas, impondo, por este motivo, a gratuidade, ao contrário do que ocorre em relação à saúde³³⁴.

Observa-se, assim, que o autor não considera a possibilidade de a gratuidade ser postulado implícito no âmbito do Sistema Único de Saúde, pois, ao utilizar a gratuidade disciplinada nos arts. 203 e 206, IV e 208, I e II, da Carta Magna brasileira, faz crer que a necessidade de norma nesse sentido ser expressa trata-se de requisito para o reconhecimento da impossibilidade de cobrança das ações e serviços de saúde.

Reforçando esta ideia, verifica-se que Saulo Lindorfer Pivetta utiliza na defesa de seu posicionamento o conteúdo jurídico do art. 198, § 1º, da Constituição Federal, que prevê de forma expressa o financiamento do sistema de saúde de acordo com o art. 195 do mesmo diploma normativo. Assim, para o autor, a remissão a este último artigo, que expressamente prevê a possibilidade, condicionada à previsão legal, de financiamento de forma direta da seguridade social³³⁵, viabiliza impor aos usuários do sistema de saúde mecanismos remuneratórios pela sua utilização.

Da mesma forma que não verifica a gratuidade implicitamente no sistema normativo do Sistema Único de Saúde, Saulo Lindorfer Pivetta também não a extrai do princípio da universalidade posição oposta àquela defendida por Marlon Alberto Weichert³³⁶. Apesar de o autor não deixar de reconhecer que o acesso, por todos,

334 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. p. 168.

335 Cf. subcapítulo 2.3 do presente trabalho no qual é abordado a saúde enquanto espécie do gênero seguridade social.

336 Conforme já exposto neste trabalho, Marlon Alberto Weichert assevera que a gratuidade no atendimento trata-se de regra implícita trazida pelo princípio da universalidade. Ver: WEICHERT, Marlon Alberto. *Op.cit.* 2004 p. 161-163.

ao Sistema Único de Saúde é imposto pela universalidade, entende, com base no princípio da isonomia³³⁷, que este acesso não necessitaria ser idêntico a todos, permitindo, assim, o estabelecimento de financiamento direto a determinadas pessoas³³⁸.

Porém, ressalva que tal hipótese não pode ter como consequência a exclusão de determinados extratos da população do acesso às ações e serviços de saúde, motivo pelo qual a gratuidade deveria ser restringida apenas aos indivíduos que não pudessem arcar com os gastos, isto é, limitada aos indivíduos hipossuficientes.

Verifica-se, nessa linha de entendimento, a existência de diferença entre a possibilidade de acesso ao Sistema Único de Saúde, que deveria ser extensível a todos - sob pena de inconstitucionalidade - e da forma como esse acesso dar-se-ia, que poderia ser condicionada, inclusive, ao pagamento em pecúnia de forma direta.

Saulo Lindorfer Pivetta, em mais uma divergência em relação à Ricardo Lobo Torres, afasta a tese de que a gratuidade estaria relacionada ao mínimo existencial³³⁹, tendo em vista que a possibilidade de cobrança deve ser dada em relação ao indivíduo e não conforme o serviço prestado, pois reconhece que todos devem ter acesso a prestações materiais ofertadas pelo Estado na área da saúde pública.

Em relação ao art. 43 da Lei 8.080, de 1990, citando Fernando Borges Mânica, o supracitado autor não verifica nesta norma uma imposição da gratuidade como diretriz ou como princípio do sistema de saúde pública brasileiro, e sim a manutenção da gratuidade nos serviços contratados aos indivíduos que possuem este direito, sendo que o art. 32, inciso V, da mesma Lei, reconhece outras formas de financiamento do Sistema Único de Saúde³⁴⁰.

Já quanto ao art. 2º, inciso I, da Lei Complementar 141/2012, Saulo Lindorfer Pivetta aduz pela evidência da exigência de gratuidade das ações e serviços para fins de contabilização como recursos mínimos investidos em saúde pelo Governo, pois, do contrário, havendo o pagamento direto pelo indivíduo, tais recursos não poderiam ser assim considerados.

337 Utiliza o autor as considerações de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo sobre isonomia. Cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem-jurídico-constitucional brasileiro. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. P. 62.

338 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. p. 169.

339 *Idem.* p. 170.

340 *Idem.* p. 171.

Saulo Lindorfer Pivetta conclui que, embora seja juridicamente possível o pagamento direto pelas ações e serviços de saúde prestados pelo estado, o pagamento indireto, como atualmente ocorre, "ainda é o mais adequada, senão o único viável, para se alcançar patamares satisfatórios de concretização do direito à saúde"³⁴¹.

Em relação à possibilidade de pagamento pelo usuário dos serviços de saúde prestados pelo Estado, Mariana Filchtiner Figueiredo defende que a Constituição Federal prevê apenas a universalidade do atendimento, não mencionando a gratuidade³⁴². Vale dizer: para a autora, a gratuidade dos serviços não se trata de preceito implícito a constituição ou de norma decorrente da gratuidade, ou de qualquer outro princípio ou diretriz relacionado à saúde. Desta forma, em seu entendimento, dada a ausência de expresso dispositivo constitucional nesse sentido, haveria a possibilidade de cobrança pelos serviços públicos de saúde, prestados.

Ademais, não observa a referida doutrinadora a gratuidade ampla decorrente do art. 43 da Lei 8.080, de 1990, que, em seu entendimento, "resguarda apenas a gratuidade das ações e serviços públicos e privados já contratados, a indicar que não se cuida de uma garantia genérica"³⁴³, alinhando-se, portanto, à interpretação de Saulo Lindorfer Pivetta e contrapondo-se, por outro lado, ao entendimento de Marlon Weichert e, até mesmo, de Ricardo Lobo Torres, já que este reconhece a imposição da gratuidade pelo citado dispositivo normativo.

Outro argumento que pesa em suas considerações se dá em razão da "evidente escassez dos recursos em saúde, não apenas financeiros", motivo pelo qual defende a cobrança a fim de que "logre-se uma efetividade mais plena do direito à saúde".

Outrossim, a autora cita, com base nos estudos de Ieda Tatiana Cury, o fato de a Organização Mundial da Saúde ter sugerido, em 1987, a cobrança de determinados serviços de saúde daqueles que possuíssem condições financeiras adequadas para tanto. Ainda com base nos estudos de Cury, expõe Mariana Figueiredo³⁴⁴ a forma como sistemas constitucionais estrangeiros lidam com a questão da gratuidade nos seus sistemas de saúde, dando enfoque ao clássico

341 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op.cit.* 2014. p. 172.

342 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op.cit.* 2007. p. 171.

343 *Ibidem.*

344 *Idem.* p. 172.

exemplo de Portugal, que positivou a cobrança de "taxas moderadoras" no seu Sistema Nacional de Saúde, conforme exposto anteriormente.

Com base nesses argumentos, conclui Mariana Figueiredo que:

O acesso aos serviços de saúde, mediante cobrança de quem possua e na justa medida dessas condições econômicas, delinea-se como uma possível alternativa à evidente escassez dos recursos financeiros e médicos disponíveis à efetivação do direito à saúde também no Brasil. Atendendo à concepção de igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada - de todo adequadas ao contexto constitucional e social de um país que, como o nosso, luta por uma distribuição mais justa da riqueza - a restrição à gratuidade das prestações em saúde figura como dimensão da reserva do possível, que admite discriminações positivas no acesso às ações e aos serviços de saúde públicos. De outra banda, viabiliza uma distribuição social dos ônus pela consecução dos direitos sociais a prestações materiais - o que parece mais adequado e igualitário se comparado às díspares condições sociais, econômicas, culturais e políticas da população brasileira.³⁴⁵

Observa-se que a tese da autora defende a possibilidade de cobrança com base no critério da condição financeira do usuário do sistema, restando assegurada a gratuidade aos hipossuficientes. Não haveria ofensa ao princípio constitucional geral e específico da igualdade, pois incidiria no caso a fórmula clássica da isonomia, que possibilita discriminações positivas a fim de proporcionar igualdade material entre os indivíduos.

Por fim, importa expor a doutrina de Fernando Borges Mânica³⁴⁶ quanto à problemática da gratuidade no bojo do sistema público de saúde brasileiro. Utilizando os ensinamentos de Robert Alexy, que destaca o fato de os indivíduos com situação econômica mais favorável possuírem a alternativa de acesso ao setor privado para fins de satisfazer o seu direito à saúde, Mânica deduz a possibilidade dos serviços públicos estatais terem sua oferta gratuita limitada àqueles sem essa faculdade³⁴⁷.

Isto porque, em sua interpretação literal da "universalidade e à igualdade de acesso aos serviços de saúde" determinada no caput do art. 196 da Constituição

345 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op.cit.* 2007. p. 172.

346 Cf. MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 132-140.

347 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos B. Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 133. *apud* MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 133

Federal³⁴⁸, inexistente menção específica aos serviços públicos de saúde, e sim ao gênero serviço público. Desse modo, uma vez garantido o acesso a serviços particulares de saúde aos indivíduos com condição econômica para usufruí-los, restariam atendidos os citados princípios constitucionais regentes da matéria, cedendo ao Estado, por conseguinte, a possibilidade de cobrar os indivíduos que, mesmo com condições de acessar serviços particulares de saúde, optaram pela utilização do Sistema Único de saúde³⁴⁹.

Conforme recorda o autor, existe previsão nesse sentido na lei regente dos planos e seguros privados de saúde - Lei nº 9.656, de 1998, que no seu art. 32³⁵⁰ positivou a obrigatoriedade de ressarcimento pelas operadoras de planos e seguros de saúde quando seus segurados utilizam serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde³⁵¹.

Diante de tal possibilidade, sentencia Fernando Borges Mânica que não se trata a gratuidade de “um princípio constitucional do serviço público de saúde. E, mesmo que o fosse, poderia ser (de)limitada, por meio de lei e com fundamento em outro(s) princípio(s) da Constituição Federal”³⁵². Entendimento em sentido oposto, obrigando o Poder Público a prestar serviços públicos amplamente gratuitos na área da saúde, sem observar a sua situação econômica de cada indivíduo, seria resultante de “leitura apressada, isolada e débil do artigo 196 da Constituição Federal”, segundo o autor³⁵³.

Em relação ao artigo 43 da Lei Orgânica da Saúde, que para expressivo setor da doutrina seria a base da gratuidade do sistema público de saúde, Fernando Borges Mânica assim não entende, observando que “a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal, e não o contrário” e que o objetivo do artigo é apenas assegurar a gratuidade em face dos prestadores privados de saúde que

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

349 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 134.

350 Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

351 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 135.

352 *Ibidem.*

353 *Idem.* p. 136.

atuam no âmbito do Sistema Único de Saúde, vale dizer, de forma complementar³⁵⁴.

Ainda no âmbito da Lei nº 8.080, cita o referido autor, a fim de sustentar o seu posicionamento, os incisos II e V do art. 32³⁵⁵, que pertencentes ao rol de outras formas de financiamento da saúde público brasileiro, além dos recursos provenientes do Orçamento da Seguridade Social, preveem como fonte de recursos, respectivamente, os “serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde” e “taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Diante de tais disposições, Mânica verifica a “possibilidade de cobrança de preços públicos, os quais podem incidir sobre a prestação de serviços, desde que não haja prejuízo da assistência à saúde”³⁵⁶.

Contudo, não se trata de interpretação das mais adequadas, pois, conforme expõe Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos, defensor da gratuidade dos serviços de saúde, o inciso II é referente àqueles serviços que “não interferem no atendimento médico-hospitalar, não estando diretamente ligados ao atendimento assistencial”, como, por exemplo, “as perícias, os laudos, a assistência técnica etc”³⁵⁷.

De qualquer forma, importa ter em mente que na doutrina de Fernando Mânica³⁵⁸ a universalidade e igualdade de acesso ao Sistema Único de Saúde devem ser compreendidas enquanto:

a oferta de atendimento a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional que deles necessitem, com as ressalvas que a lei

354 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 136.

355 Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de: I - (Vetado)II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;II - ajuda, contribuições, doações e donativos;IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).§ 4º (Vetado).§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.§ 6º (Vetado).

356 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 136.

357 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 241.

358 MÂNICA, Fernando Borges. *Op.cit.* 2010. p. 138.

estabelecer, inclusive no que se refere à possibilidade de cobrança daqueles que tiverem condições financeiras”, isto é, “devem ser materiais e não meramente formais.

Logo, tem-se que os princípios em evidência devem ser entendidos como a finalidade a ser alcançada pelo poder público e não como ponto de partida formalmente posto, razão pela qual Mânica entende pelo reconhecimento das peculiaridades de cada cidadão que acessa ao sistema público de saúde, inclusive as características relacionadas à sua condição financeira.

Nessa senda, em relação aos autores patronos da possibilidade jurídica da cobrança do usuário do Sistema Único de Saúde, existem duas linhas de pensamento decorrentes da divergência interpretativa do art. 43 da Lei Orgânica da Saúde - evidenciando a mencionada deficiência técnica da redação da norma.

Desse modo, há aqueles que no âmbito constitucional verificam a possibilidade de cobrança, não percebendo nenhum princípio de gratuidade implícito, mas que por força do art. 43 da Lei 8.080, que teria positivado a gratuidade das ações e serviços de saúde, entendem pela impossibilidade de co-financiamento direto pelo usuário.

Tem-se, nesse sentido, Ricardo Lobo Torres e Fátima Vieira Henriques que, embora não verifiquem a gratuidade como decorrência necessária da universalidade, acabam por retirar do artigo supracitado a inviabilidade de cobrança pelas ações e serviços no âmbito do sistema de saúde pública brasileiro.

Diferentemente, há aqueles que vislumbram a possibilidade de cobrança, independentemente do direito infraconstitucional, dado que a sua interpretação do art. 43 da Lei Orgânica da Saúde não leva à necessidade de gratuidade do sistema de saúde pública brasileiro. Nessa acepção, Ingo Wolfgang Sarlet, Saulo Lindorfer Pivetta, Mariana Filchtiner Figueiredo e Fernando Borges Mânica não vislumbram no ordenamento jurídico brasileiro à gratuidade como um princípio a ser deduzido, seja a nível constitucional (leia-se: acesso universal e igualitário do art. 196, Constituição Federal) ou infraconstitucional (entenda-se: art. 43, Lei 8.080, de 1990).

Contudo, mesmo entre aqueles autores que identificam a possibilidade de cobrança das ações e serviços de saúde, entende-se que o financiamento direto deveria ser limitado aos indivíduos com condições econômicas elevadas, sob pena de tornar o direito à saúde direito de todos e dever do Estado, mera expectativa, tendo em vista que a contraprestação pecuniária representa uma barreira à utilização

das prestações estatais.

4.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE GRATUITO E UNIVERSAL COMO ESCOLHA POLÍTICA DO CONSTITUINTE

Independente da linha doutrinária que se adote, certo é que a gratuidade não se encontra satisfatória e expressamente prevista no sistema jurídico brasileiro, especialmente nos dispositivos constitucionais relativos ao Sistema Único de Saúde e na Lei Orgânica da Saúde. Porém, conforme destaca o Banco Mundial em relatório sobre os 20 anos da construção do Sistema Único de Saúde:

Indiretamente, ainda que não formalmente, o direito à saúde foi operacionalizado por meio de dois princípios gerais: primeiro, com a garantia legal de que qualquer pessoa tem direito a ser tratada gratuitamente no SUS; e segundo, com a expansão da rede pública de unidades e serviços de saúde, tornando esses serviços acessíveis. Na realidade, nenhum desses dois princípios é uma condição necessária para garantir o direito à saúde, uma vez que os serviços de saúde não precisam ser gratuitos nem ser prestados por um sistema público para serem acessíveis. Em vários países, onde o direito à saúde é tido como garantido e universal, os serviços de saúde não são gratuitos (são subsidiados) e não necessariamente prestados por um sistema público (a cobertura pode ser obrigatória e não proporcionada, como acontece na Holanda).³⁵⁹

Questiona-se, então: o que levou a situação fática de gratuidade ampla verificada nas ações e serviços de saúde senão a existência de um princípio da gratuidade implícito no texto constitucional? É justamente diante desta constatação de gratuidade fática que o reconhecimento do caráter implícito de um suposto princípio da gratuidade torna-se tentador.

Por oportuno, traz-se à tona as ponderações de Solon Magalhães Vianna, Sérgio Francisco Piola e Carlos Octávio Ocké Reis sobre a eventual intencionalidade do constituinte estabelecer implicitamente a gratuidade nas prestações estatais em saúde:

Se a Assembléia Nacional Constituinte (ANC) pretendesse consagrar o

359 COUTTOLENC, Bernard; GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus. **20 anos de construção do sistema de saúde no Brasil: uma avaliação do sistema único de saúde**. Washington D.C.: The Word Bank, 2013. P. 47. Disponível em: < <https://edisciplinas.usp.br> >. Acesso em 01/07/2017.

princípio da gratuidade, por que não aprovou dispositivo explícito? Pelo menos um substitutivo examinado pela ANC garantia, de forma inequívoca, a gratuidade dos serviços de saúde. Os constituintes, no entanto, preferiram rejeitá-lo. Nada indica que essa decisão tenha sido tomada em nome da boa técnica legislativa para evitar redundância. Quando a mesma assembléia quis assegurar aos idosos a “gratuidade dos transportes coletivos urbanos”, optou por dispositivo constitucional específico (CF, art. 230, § 2º). Não foi diferente a conduta da ANC no caso da educação pública, também, como a saúde, “direito de todos e dever do Estado” (CF, art. 205). O artigo 206 (inciso IV) estabelece o princípio da “gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais”. E, ainda, o artigo 208 garante o ensino fundamental obrigatório e gratuito (CF, art. 206, § I), além da progressiva extensão da gratuidade ao ensino médio (CF, art. 206, § II).³⁶⁰

Entretanto, embora pertinentes as observações dos autores, ressalva-se que, em relação aos direitos citados, que são explicitamente gratuitos, à exceção da educação, não há na normatização constitucional disposição estabelecendo a sua universalidade, ao contrário do direito à saúde no art. 196 da Constituição Federal.

Deve-se, desse modo, colocar eventuais comparações em segundo plano e operacionalizar a análise de forma mais isolada, mas ainda sim sistêmica. Evidencia-se, com isso, a lição de Guido Ivan de Carvalho³⁶¹ no sentido de ser o conteúdo do art. 196 da Constituição Federal:

(...) uma consequência do disposto no artigo 1º - a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; no artigo 3º - o bem de todos os cidadãos como um dos objetivos fundamentais da República; no artigo 5º, caput - inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à segurança, abrangendo esta o direito à integridade física e moral e à saúde; e no artigo 6º - a saúde como direito social”.

Em sentido semelhante, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior destacam a sistemática da Constituição brasileira de 1988, que:

(...) primeiro definiu a dignidade do ser humano como fundamento do Estado republicano, federativo, social e democrático. Em um segundo plano, criou um sistema - dos Direitos Fundamentais - para proteção dessa dignidade. Finalmente, identificou expressamente, no art. 196, a saúde como um dever do Estado, revestindo-lhe, pois, do caráter de um serviço público a ser obrigatória e adequadamente prestado pelo Estado.³⁶²

Logo, as disposições normativas relativas à Saúde brasileira devem ser interpretadas e aplicadas com base na harmonização de princípios e fundamentos de ordem jurídico-constitucional, a fim de dar eficácia ao direito à saúde. Tem-se,

360 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 123.

361 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 36-37.

362 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 74.

desta forma, uma análise interpretativa sistêmica na qual, segundo Sergio Pinto Martins, a norma é vista dentro do sistema onde se encontra, e não de forma isolada³⁶³.

Além disso, deve utilizar o mecanismo hermenêutica de interpretação histórica a fim de extrair da legislação relativa ao direito à saúde e ao seu mecanismo estatal garantidor, o Sistema Único de Saúde, a norma que mais se coaduna com os objetivos visados ao tempo de sua formulação.

Sergio Pinto Martins afirma que, para fins de análise das normas jurídicas, existem diversas formas de interpretação, destacando, por pertinente ao presente estudo, a interpretação histórica, a qual reconhece que o direito é resultado de um processo evolutivo, motivo pelo qual “há necessidade de se analisar, na evolução histórica dos fatos, o pensamento do legislador não só à época da edição da lei, as de acordo com sua exposição de motivos, mensagens, emendas, discussões parlamentares etc”³⁶⁴.

E no âmbito da saúde, segundo Eugênio Vilaça Mendes, a definição do modelo institucional dos serviços de saúde é consequência “dos valores vigentes numa sociedade, dos posicionamentos políticos-ideológicos em frente aos serviços de saúde e do papel do Estado em relação a esses serviços”³⁶⁵.

É nessa lógica que Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior aduzem ser a historicidade “um importante vetor interpretativo, possibilitando muitas vezes a análise do instituto jurídico a partir de sua gênese, o que não raro contribui, de forma decisiva, para que se desvende o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica analisada”³⁶⁶. Afirmam os autores que o direito à saúde é, indubitavelmente, um produto de uma evolução histórica, sendo que a sua fundamentalidade apenas deu-se com a promulgação da Constituição vigente, que assim dispôs expressamente³⁶⁷.

Tendo isso em mente, chegar-se-ia mais facilmente à solução da problemática posta, dado que, conforme anteriormente afirmado, o constituinte contemplou as sugestões da Reforma Sanitária brasileira. Nesse sentido, compreendendo-se que a positivação do direito à saúde com base no princípio da

363 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* 2013. p. 42.

364 *Idem.* p. 42-43.

365 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 57.

366 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 68.

367 *Idem.* p. 67-68.

universalidade teve como fonte ideológica “os movimentos democráticos que levaram à democratização do País no início dos anos 80”, razão pela qual se entende esta instituição na Constituição Federal como “uma conquista política e social e não uma decisão técnica”. Entretanto, “a decisão de garantir cobertura nacional e gratuita de saúde não foi acompanhada de uma discussão sobre os recursos necessários para apoiá-la”.³⁶⁸

Contudo, mantendo-se o problema posto para fins de método, questiona-se: em havendo a limitação (focalização) das prestações estatais em saúde apenas aos mais necessitados, caberia a exclusão do acesso de quem possui condições econômicas para satisfazer suas necessidades por intermédio da iniciativa privada ou o estabelecimento de um mecanismo de cobrança?

Ao longo do presente estudo, observou-se - principalmente na doutrina da segunda corrente anteriormente formada - que ambas as modalidades de limitação conseguem encontrar fundamentos no próprio sistema basicamente utilizando-se os primados da proporcionalidade e discriminação positiva, sem, contudo, ofender a universalidade, visto que a Assistência Social, mesmo no âmbito da Seguridade Social, apresenta característica de focalização.

No entanto, há forte doutrina contrária à segmentação do sistema público de saúde. Nesse sentido, Eugênia Vilaça Mendes³⁶⁹ afirma que a segmentação não cumpre a justificativa mais corriqueira de seus defensores: a possibilidade de destinarem-se mais recursos à atenção médica dos pobres. Ocorreria, em verdade, o inverso, já que a desorganização política e vocação política das camadas menos favorecidas ensejaria o subfinanciamento. Verificando este argumento no mundo fático, o autor cita a diferença qualitativa entre o programa de controle de AIDS brasileiro, que tem seu resultado de sucesso explicado pela participação da classe média em sede de público-alvo, e aqueles programas destinados à população carente, que não apresentam desempenho satisfatório relevante.

Fazendo uma análise mais ampla da segmentação fática existente no país, Ricardo Lobo Torres sentencia que o Brasil apresenta hoje dois sistemas de saúde:

- a) o SUS, gratuito, precário e com acesso universal, que a própria prática reservou aos pobres e miseráveis, salvo no que concerne aos estabelecimentos universitários e modelares, que são objeto de predação

368 COUTTOLENC, Bernard; GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus. *Op.cit.* 2013. p. 47.
369 MENDES, Eugênio Vilaça. *Op.cit.* 2001. p. 59-67.

pelas classes médias e ricas; b) o sistema privado, contributivo e de boa qualidade, seletivamente reservado às classes economicamente superiores.³⁷⁰

Por isso, há quem entenda a presença dos “mais ricos” no sistema público de saúde como um benefício ao próprio sistema, vez que a presença desses indivíduos produz “externalidades positivas”, justamente em razão do suposto “poder de pressão, nível de exigência e grau de consciência da cidadania, mais altos nesse segmento do que entre os mais pobres (e menos informados)”, ajudando, por conseguinte, na melhoria da qualidade do atendimento³⁷¹.

Sara Granemann, fazendo suas considerações sobre a focalização da política de saúde aos mais necessitados e cobrança em relação aos mais abastados economicamente, afirma que o argumento daqueles que defendem essa ideia apresenta a noção:

(...) de que uma política social deve ser lucrativa, uma mercadoria. Esta noção mercantil dos serviços sociais é em tudo contrária a noção de direito social que reconhece: toda a riqueza social é proveniente do trabalho social realizado pelos trabalhadores (trabalho excedente + trabalho necessário). Aos trabalhadores, tenham eles um salário com um pouco mais de dignidade, sejam aqueles totalmente aviltados ou mesmo os que jamais encontram postos de trabalho, porque constituem a classe trabalhadora devem ter direito integral aos serviços sociais. A noção de universalismo no atendimento pelas políticas sociais é aqui balizada pela de classe social. Numa perspectiva de cobrança de serviços aos diferentes trabalhadores o `lucro` seria aplicado de modo absolutamente similar aos das empresas capitalistas: nas especulações financeiras³⁷².

Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁷³, reconhecendo que a universalidade acaba por gerar polêmica quanto à eventual utilização de acesso ao sistema por pessoas com melhores condições econômicas, afirma que a alegação de violação da equidade por não se dada prioridade às pessoas menos favorecidas não se verifica. Ocorre que o teor do art. 196 da Carta Cidadã tratou de conjugar a universalidade à igualdade, devendo o acesso ao Sistema Único de Saúde ser

370 TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* 2009. p. 248.

371 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 150.

372 GRANEMANN, Sara. Fundações Estatais: projeto de estado do capital. In: BRAVO, Maria Inês Souza; MENEZES, Juliana Souza Bravo de. (Org). **Saúde na atualidade**: por um sistema único de saúde estatal, universal, gratuito e de qualidade. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2011. Disponível em: < http://www.adufrj.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Revista_cadernos_de_Saude_PAGINA.pdf >. Acesso em 18/06/2017.

373 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 73

informado simultaneamente pelos dois princípios específicos da Saúde.

Além disso, tem que se ter em mente o entendimento dos autores sobre a universalidade enquanto princípio, já que, para Suieli Gondolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, o direito à saúde destina-se à espécie humana, sendo incabíveis limitações a determinados segmentos sociais³⁷⁴.

Nesse norte, igualmente afastando a possibilidade de condicionantes ao acesso universal e igualitário à saúde, lembra Guido Ivan de Carvalho³⁷⁵ que “o direito à saúde não se vincula à assistência social que deve ser prestada no sentido de prover mínimos existenciais às pessoas carentes”, inclusive espécies da Seguridade Social disciplinadas em artigos distintos.

Sendo, em sua totalidade, direito fundamental, não são cabíveis condicionantes ao exercício do direito à saúde, inclusive com base em critérios econômicos do usuário, com o objetivo de focalizar nas camadas mais necessitadas da população. Especialmente porque:

A luta pelo direito à saúde, como um direito das pessoas pobres, valoriza a saúde apenas como um direito que deve ser satisfeito no campo da assistência social, esvaziando-se de seu conteúdo de direito social e individual a ser garantido pelo poder público a qualquer cidadão. O direito à saúde assim considerado (mero assistencialismo) transforma-o em “direito dos pobres”, devendo a classe média desejá-lo na forma de “mercadoria”, pretendendo sempre ter ou melhorar seu plano ou seguro-saúde. O direito à saúde transformado em bem de consumo dificulta a sua concretização, pois todos aqueles que, de algum modo, devem garantir a saúde pública, entendem que estão praticando ato de assistencialismo, dando ao pobre aquilo que ele não pode comprar.

Essa mercantilização da Saúde tem sido, inclusive, estimulada pelo Estado, sob a justificativa de ser uma das soluções para o enfrentamento da escassez de recursos na área. Corroborando esta afirmação, temos a Portaria nº 1.482, de 4 de agosto de 2016³⁷⁶, que institui grupo de trabalho para discutir projeto de Plano de Saúde Acessível, sendo, posteriormente, criado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar um Grupo Técnico com objetivo de analisar as propostas formuladas

374 DALLARI, Suieli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op.cit.* 2010. p. 73.

375 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 44-47.

376 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 1.482, de 4 e agosto de 2016. Institui Grupo de Trabalho para discutir projeto de Plano de Saúde Acessível. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em 01/07/2017.

pelo Ministério da Saúde por intermédio do grupo de trabalho referido³⁷⁷.

Conforme alerta Guido Ivan de Carvalho³⁷⁸, a sociedade brasileira ainda não compreende que é dever do Estado garantir o direito à saúde para todos, persistindo em instituir faticamente o modelo norte-americano de saúde, baseado na compra de seguros privados. Contudo, não se trata de fenômeno observado apenas no âmbito do direito à saúde, tendo em vista que:

(...) todos os direitos sociais inscritos no artigo 6º da CF estão transformados em mercadoria que a classe média deseja consumir, não os reivindicando como um direito individual. A sociedade quer ter renda para consumir saúde, educação, moradia, lazer, proteção à infância, juntamente com os novos sonhos de consumo: a segurança privada e os planos de previdência social privada complementar. Sem uma conscientização de que esses direitos são devidos pelo Estado à sociedade que os financia, sempre haverá maior dificuldade em sua concretização, pois é grande a diferença entre lutar por um direito sentido e tido como seu e lutar por um direito devido apenas ao pobre, de forma piedosa.

Trata-se de descompasso entre o senso comum e o texto constitucional, dado a evolução “ímpar e sem precedentes” com a positivação na Carta Maior do direito à saúde enquanto “um interesse vital merecedor da proteção do Estado, fruto certamente da persistência e da conscientização da sociedade para manifestar-se, definindo as suas carências e pugnando pelos seus interesses”, razão pela qual, no entendimento de Guido Ivan de Carvalho, “qualquer interpretação que tenda a diminuir ou relativizar esse direito não pode prosperar”.

Nesse sentido, a instituição de co-pagamento pode ser entendida como uma forma de diminuição ou relativização do direito à saúde, considerando que, justamente, um dos objetivos da instituição dessa modalidade de financiamento direto é “despertar” a consciência de cidadania por meio de um ônus “mais perceptível” ao usuário. Ademais, tratar-se-ia igualmente de redução do alcance do direito social fundamental à saúde a configuração como barreira econômica a instituição do co-pagamento.

Em relação à justificativa no sentido de instituir taxas moderadoras a fim de reduzir o consumo de prestações estatais em saúde, observa-se que a demanda supérfluo não tem como regra a culpa do paciente, cabendo ao médico, que “(n)ão

377 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA; INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Idec e Abrasco repudiam decisão da ANS de dar continuidade à proposta de plano de saúde popular. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2017/01/Nota_GT-ANS-plano-acessivel-VF.pdf>. Acesso em 01/07/2017.

378 CARVALHO, Guido Ivan de. *Op.cit.* 2002. p. 44-47.

tão raramente, médicos, quando sabem que o paciente não será onerado, pedem mais exames complementares do que seria rigorosamente necessário, se não existisse a figura do chamado terceiro pagador”³⁷⁹ ³⁸⁰.

Além do mais, advogando contra o co-pagamento, tem-se que no Brasil não existe no sistema público de saúde brasileiro problema de sobreconsumo, dado que a oferta é, em verdade, abaixo do necessário, bem como “os segmentos de média e alta renda, que poderiam ser alvos de tais taxas, pouco utilizam os serviços públicos, e quando o fazem, sua utilização se concentra nos serviços de alta tecnologia oferecidos pelo Estado”³⁸¹.

Por fim, ressalva-se, ainda em relação à inviabilidade do co-pagamento que, em determinados casos, a demanda pela utilização das ações e serviços de saúde deve ser incentivada, pois há agravos que somente apresentam chances de cura se recentemente detectados³⁸².

Tem-se, com isso, que a imposição de taxas moderadoras encontra óbice no princípio da gratuidade, implicitamente previsto em nosso sistema jurídico por força da escolha política do constituinte em contemplar os ideais da Reforma Sanitária, especialmente o acesso universal e igualitário, conjuntamente positivados na Constituição Federal, além de encontrar questionamentos quanto a seus efeitos, sejam aqueles pretendidos pretendidos sejam os não esperados.

379 VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 142.

380 Ver recente reportagem na qual o Ministro da Saúde Ricardo Barros critica o excessivo número de exames que considera desnecessários. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/exames-com-resultado-normal-sao-desperdicio-para-o-sus-diz-ministro-da-saude.ghtml>>. Acesso em 01/07/2017.

381 MEDICI, A. C. Financiamento e contenção de custos nas políticas de saúde — Tendências atuais e perspectivas futuras. **Planejamento e Políticas Públicas**, IPEA, P. 95, dez. 1990. _____. Incentivos governamentais ao setor saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**, n.2, p.79-115, 1992. apud VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 142.

382 MEDICI, A. C. *Op.cit.* 1992 p.79-115. apud VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. *Op.cit.* 1998. p. 142.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo compreender a natureza jurídica da gratuidade fática no Sistema Único de Saúde e, por conseguinte, investigar a possibilidade de implementação do sistema de co-pagamento, modalidade de custeio direto das ações e serviços prestados pelo Estado e utilizadas de maneira individualizada pelo indivíduo.

A hipótese estabelecida neste trabalho foi no sentido de ser a gratuidade princípio implícito das prestações estatais na área da saúde pública no Brasil, inviabilizando, por conseguinte, a implementação do co-pagamento pelo usuários do Sistema Único de Saúde.

Para confirmá-la, foi necessário, preliminarmente, analisar o direito social à saúde enquanto direito social fundamental à luz do nosso ordenamento jurídico vigente, expondo-se as principais características dos direitos fundamentais e da espécie direitos sociais, grupo de direitos no qual se encontra o direito à saúde.

Em relação à terminologia, adotou-se ao longo do estudo a expressão direitos fundamentais, tendo em vista a sua utilização pela Constituição Federal, isto é, optou-se pelo termo positivado na legislação, embora tenha restado consignado que diversas outras expressões seguem sendo utilizados pela Doutrina para referenciar o mesmo grupo de direitos que apresentam a qualidade de “fundamentalidade”.

Esta qualidade dos direitos fundamentais diz respeito à vocação deste gênero de direitos em concretizar convivência digna, livre e igual entre todos que, por serem conceitos voláteis ao longo da história e no âmbito das sociedades, dão ensejo a diversas “gerações” de direitos fundamentais.

Embora haja divergência quanto à presença da fundamentalidade nos direitos sociais, concluiu-se que esta discussão não encontra guarida no direito brasileiro, dado que critérios formais (localização no Título II da Constituição Federal) e materiais (conteúdo voltado à promoção da igualdade material entre os indivíduos) demonstram que estes direitos de segunda geração são direitos fundamentais.

Entretanto, entendeu-se que a aplicabilidade imediata decorrente desta característica deveria ser analisada de forma específica em relação a cada direito, pois, eventualmente, conforme a forma de positivação de determinado direito social, a eficácia poderia ser condicionada à atividade legiferante posterior.

Ao encontro desta análise específica, o presente estudo antes tratou de investigar a influência do Estado Social brasileiro em relação aos direitos sociais. A Constituição Federal de 1988, sendo fruto da terceira fase do constitucionalismo pátrio, caracterizada pelo enfoque em um aspecto social - negligenciado nas constituições antecedentes a este período - modelou um Estado Social, abandonando, por conseguinte, o modelo abstencionista do século XIX.

Nessa lógica, o Estado brasileiro não se limitaria a declarar em seus textos normativos os direitos, cabendo-lhe, ainda, o dever de garanti-los. Tanto é assim que a Constituição Federal de 1988 positivou mecanismos com o claro objetivo de não reduzir ao campo da programaticidade os direitos nela declarados, sendo a norma instituidora do Sistema Único de Saúde o principal meio de garantia do direito social à saúde.

Nota-se que a própria previsão do direito à saúde na Constituição Cidadã trata-se de inovação, acompanhada ainda de um enfoque em relação às prestações positivas devidas pelo Estado e pela adoção de um conceito amplo de saúde, que deixa de ser entendido como a simples ausência de doença.

Com base em retrospectiva histórica a fim de expor a evolução da positivação (ou ausência de positivação) da saúde no ordenamento pátrio, observou-se que, de forma geral, a normatização antecedente limitava-se a tratar esparsamente a questão da saúde, sem considerá-la como um direito do homem e voltado à preocupação social de garantir saúde, e sim um direito como um direito devido estritamente àqueles que detinham a força de trabalho.

É por este motivo que se considera a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 como um marco na evolução do tratamento normativo da saúde, dado que este estatuto supremo a promoveu ao patamar de um direito devido a todos os cidadãos e, ainda, estabeleceu um mecanismo voltado a assegurá-la, conforme já afirmado, qual seja: o Sistema Único de Saúde.

Dando continuidade à análise dos aspectos normativos, jurisprudenciais e doutrinários do direito à saúde, evidenciou-se, em relação à programaticidade do direito social à saúde, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que entende não ser cabível a utilização desta característica como meio de postergar ou tornar irrisórias as medidas estatais voltadas ao dever de promover e recuperar a saúde dos cidadãos. Além disso, no ordenamento vigente, evidenciou-se que a

Saúde está incluída como espécie do gênero Seguridade Social que, ao lado da Previdência Social e Assistência Social, formam o Sistema de Seguridade Social brasileiro.

A ideia de Seguridade Social tem como pressuposto a extensão de suas prestações a todos os indivíduos, não sendo limitada aos contribuintes do sistema, fato este que ocorre em sistemas baseados na ideia de seguro social. Com efeito, a Previdência Social, muito embora esteja prevista como espécie da Seguridade Social, tem por pressuposto ofertar prestações pecuniárias aos indivíduos que previamente contribuíram ao sistema, motivo pelo qual se entende que os benefícios previdenciários baseiam-se na ideia de seguro social, contrapondo-se, assim, ao gênero do qual pertencem. De outro lado, temos a Assistência Social que, por não exigir contribuição prévia dos indivíduos, pode ser entendida como a expressão máxima da ideia de seguridade social, em que pese seja destinada a determinada categoria de sujeitos: os indivíduos hipossuficientes que necessitam de proteção estatal a fim de garantir as condições mínimas necessárias à sua subsistência.

O Sistema Único de Saúde, disciplinado nos arts. 196 à 200 da Constituição Federal e regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde, trata-se de modelo de sistema público de saúde em perene processo de implementação. Há, assim, como herança histórica as características do modelo antecedente, que acabam por influenciar no processo e, inclusive, causam a persistência de diversas ineficiências violadoras da normatização em vigor.

A principal característica do modelo antecedente de assistência médica era o caráter não universalista do Instituto Nacional de Assistência Médica Previdenciária, limitado exclusivamente aos contribuintes do sistema previdenciário. Com a entrada deste modelo em crise, há o fortalecimento do Movimento da Reforma Sanitária, que postulava a implementação de uma política pública fundada na descentralização, universalização e unificação, sendo que a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde contemplou estas ideias em seu relatório final, posteriormente utilizados pelo constituinte para formular a política de saúde disciplinada na Constituição Federal de 1988.

O Sistema Único de Saúde apresenta-se, desse modo, como a ruptura definitiva com o modelo antecedente que condicionava a cidadania à prévia

contribuição previdenciária pelo indivíduo, além de mudanças no sistema de financiamento e nas diretrizes organizativas.

No tocante aos princípios específicos do Sistema Único de Saúde, deu-se enfoque à integralidade, à igualdade e à universalidade, com relativo destaque a este último, diante do qual a Doutrina, reconhecedora da gratuidade das prestações estatais em saúde, costuma extrair norma implícita vedando a cobrança direta dos usuários sistema de saúde pública.

Estabelecidas as bases doutrinárias imprescindíveis quanto ao direito social à saúde e em relação ao Sistema Único de Saúde, passou-se à análise da natureza jurídica da gratuidade e da possibilidade financiamento direto mediante co-pagamento pelo usuário.

Restou consignado, em primeiro lugar, a opção por entender o financiamento direto como o desembolso de valores pecuniários diretamente pelo usuário com o objetivo de arcar com as prestações públicas em saúde, sendo, desse modo, o co-pagamento uma das modalidades de financiamento direto.

Diante de uma retrospectiva histórica, observaram-se diversas tentativas de instituição do sistema de co-pagamento, inclusive após a entrada em vigor da Constituição Cidadã que, em tese, ao disciplinar um Sistema Único de Saúde com acesso universal e igualitário, vedaria a prática em questão.

Inclusive, ficou registrado a atual existência de um sistema de co-pagamento em vigor, no âmbito do Programa Farmácia Popular do Brasil, na modalidade Aqui Tem Farmácia Popular que, ao utilizar o mecanismo de subsídio, custeia parcialmente o medicamento adquirido onerosamente pelo usuário. Isto mesmo em um cenário onde a Política Nacional de Assistência Farmacêutica prevê a necessidade expressa de serem observados os princípios da universalidade, integralidade e equidade.

A verificação de um mecanismo de financiamento direto dentro do Sistema Único de Saúde reafirmou a necessidade de ser investigada a natureza jurídica da gratuidade, dado que, um princípio implícito, nesse sentido, inviabilizaria a execução do referido programa, desde 2006 em vigor, sem ter sido até o momento questionada juridicamente a sua constitucionalidade e legalidade.

Fala-se em questionamento jurídico, pois a implementação dessa modalidade de execução do Programa apresentou oposição de diversas entidades atuantes na

área da Saúde, que a entendem como um precedente para a instituição do co-pagamento em outras áreas do Sistema Único de Saúde.

Exemplo de implementação de um sistema de co-pagamento mesmo num cenário jurídico que em tese o vedaria ocorreu em Portugal, que no ano de 1896 instituiu as chamadas taxas moderadoras, mesmo com a previsão expressa e a nível constitucional de gratuidade do sistema público de saúde à época, situação posteriormente legitimada pelo Corte Constitucional portuguesa.

A Corte Suprema brasileira, por outro lado, ao ser chamada a solucionar caso de repercussão geral sobre o Sistema Único de Saúde, houve por bem afastar a interferência financeira na execução desta política pública ao tempo do julgamento da possibilidade de “diferença de classe” no atendimento estatal prestado, que era permitida quando da existência do Instituto Nacional de Assistência Médica Previdenciária.

A decisão, que considerou constitucional a vedação ao pagamento pelo paciente a fim de lhe ser oferecido atendimento de melhor qualidade e personalizado, foi utilizada no presente estudo para estabelecer uma distinção entre o co-pagamento, modalidade de financiamento direto, e a “complementação”. A distinção teve como fundamento a finalidade do pagamento, tendo em vista que no primeiro caso busca-se a melhoria no atendimento, tanto por intermédio de melhores acomodações na internação hospitalar quanto na possibilidade de escolha do médico, enquanto no segundo caso o objetivo da cobrança é o financiamento da prestação estatal disponibilizada aos usuários, sem que esta contraprestação permita privilégios no atendimento.

Além disso, esta decisão fortaleceu que a gratuidade, hodiernamente, trata da regra no plano fático de execução da política de saúde pública brasileira, restringindo-se à divergência ao âmbito doutrinário quanto à possibilidade de cobrança diretamente dos usuários.

A controvérsia em torno da gratuidade no Sistema Único de Saúde tem como razão de ser a ausência de disposição normativa explícita vedando ou permitindo a cobrança diretamente do usuário pela utilização dos serviços prestados pelo Estado na área.

Ocorre que diversos outros direitos constitucionalmente previstos - como a educação, a assistência social e o transporte de pessoas idosas em coletivos urbanos - possuem a gratuidade positivada de forma expressa no ordenamento

constitucional brasileiro, não sendo este o caso da Saúde, que não apresenta norma explícita na Constituição Federal nesse sentido.

Diante deste cenário, analisou e sistematizou-se a Doutrina sobre a questão, restando estabelecida duas correntes doutrinárias quanto à natureza da gratuidade no Sistema Único de Saúde.

A primeira corrente reuniu as lições dos autores que identificam a gratuidade como norma (regra ou princípio) implícita, decorrente das disposições expressamente postas na Constituição Federal sobre o Sistema Único de Saúde e, ainda, na Lei Orgânica da Saúde, especificamente no art. 43.

Ademais, verificou-se uma segunda linha doutrinária que, embora minoritária, não compreende a gratuidade ampla e irrestrita como decorrente dos postulados constitucionais referentes ao modelo de sistema de saúde pública atualmente em vigor, vislumbrando, por conseguinte, a possibilidade de financiamento direto pelos usuários do sistema.

Contudo, no âmbito desta segunda linha de pensamento, observou-se a divergência entre os autores quanto à imposição pelo art. 43 da Lei 8.080, de 1990, de uma gratuidade ampla e irrestrita. Isto é, mesmo que não seja verificada a gratuidade a todos os indivíduos nas disposições constitucionais, para parcela dessa segunda corrente doutrinária, a gratuidade encontra-se positiva de forma cogente pelo citado artigo infraconstitucional, devendo, em decorrência disso, ser observada.

Por outro lado, há parcela desta segunda linha de pensamento que, além de não verificar a gratuidade como consequência das disposições constitucionais da Seção II - Da Saúde, ressalta a inexistência de impossibilidade de cobrança como decorrência do art. 43 da Lei Orgânica da Saúde, vez que esta disposição normativa apenas garante a gratuidade nos serviços contratados aos indivíduos que possuem este direito.

Em todo o caso, mesmo entre aqueles que a cobrança pela prestação estatal na área da saúde seria viável, observa-se que o pagamento direto caberia apenas aos usuários com melhores condições financeiras, sob pena de tornar inócua a previsão de direito social à saúde enquanto direito de todos e dever do Estado.

Para tanto, os autores que advogam pela cobrança no âmbito do Sistema Único de Saúde fazem uma leitura distinta dos princípios da universalidade e da igualdade, específicos e informadores do acesso ao Sistema Único de Saúde, compreendendo-os como objetivo a ser alcançado pelo Poder Público, não devendo

serem tratados como imposição formal. Isto porque a universalidade para esses autores é de acesso, podendo este, uma vez permitido, ser condicionado à contraprestação pecuniária, sem ofensa ao princípio, salvo, conforme já mencionado, nos casos de pessoas hipossuficientes.

A igualdade, por sua vez, partiria da ideia de isonomia, a permitir discriminações positivas, dentre elas, a restrição da gratuidade apenas aos hipossuficientes, desde que esta limitação proporcionasse igualdade material entre os pacientes do Sistema Único de Saúde.

De qualquer sorte, embora exista divergência doutrinária quanto à gratuidade no âmbito do Sistema único de Saúde, no plano fático a cobrança pelas prestações estatais no âmbito do Sistema Único de Saúde não se trata da regra.

E em que pese a gratuidade não seja condição necessária para configurar a acessibilidade exigida pela universalidade do art. 196 da Constituição Federal, no contexto social brasileiro e dentro daquilo que a Reforma Sanitária postulou ao tempo da redemocratização do país, há de se verificar a gratuidade como um princípio implícito, extraído a partir de uma interpretação histórica e sistêmica dos dispositivos relativos ao Sistema Único de Saúde.

E nesse sentido, seria incabível inclusive a cobrança em relação aos indivíduos mais abastados, vez que a universalidade, além de estar conjugada ao princípio da igualdade no art. 196 da Constituição Federal, garante a toda a população o acesso às ações e serviços pelo Estado na área da saúde, sem prever distinções de qualquer natureza.

Aliás, a impossibilidade ou condicionamento do acesso dos mais abastados no Sistema Único de Saúde jamais deveria ser encorajada, pois assiste-se razão àqueles que afirmam como benéfica a presença das classes com melhores condições econômicas no sistema público de saúde, dado que, inquestionavelmente, trata-se de grupo social que possui maior força política em suas reivindicações.

E nesse norte, a persistência da compreensão do Sistema Único de Saúde como “coisa de pobre” tem como consequência a falta de incentivo ao bom funcionamento desta política pública, havendo espaço para ideias privatizantes e permitindo que a questão da cobrança direta ou restrição do acesso esteja recorrentemente em pauta.

Tomando como ponto de partida a conclusão de a gratuidade ser princípio implícito, não se verifica compatibilidade do sistema de co-pagamento no ordenamento vigente, dado que a contribuição direta representa empecilho econômico que fere a universalidade instituída pela Constituição Federal de 1988.

Em verdade, mesmo diante da possibilidade jurídica de pagamento direto pelas ações e serviços de saúde prestado pelo Estado, oriunda tanto de interpretação das normas vigentes quanto de eventual alteração legislativa, o pagamento de forma indireta, através de impostos, como atualmente ocorre, trata-se da opção mais adequada e viável, tendo em vista que observa as peculiaridades sócio-econômicas dos cidadãos brasileiros e concretiza o princípio da solidariedade, que rege a Seguridade Social como um todo.

O presente estudo também serve de alerta para as constantes tentativas de modificação das ideias positivadas na Constituição de 1988 no que toca à Saúde, especialmente quanto às características de universalidade e gratuidade. A contrarreforma verificada na década de 1990, quando o governo objetivou fazer alterações na recentemente promulgada Constituição Federal, é um dos exemplos mais visíveis desta tentativa.

Não menos importante é a implementação do modelo de co-pagamento em uma das modalidades de execução do Programa Farmácia Popular do Brasil, denominada Aqui Tem Farmácia Popular. Como bem alertado pela CONASS à época da implementação do Programa, trata-se de precedente que pode justificar outras alterações futuras a ensejar o pagamento direto mediante co-financiamento. O “sucesso” do Aqui Tem Farmácia Popular tem justificado as alterações recentes no Programa Farmácia Popular do Brasil, tornando, ao menos a nível federal, a dispensação de medicamentos subsidiados parcialmente pelo Estado como a regra da Política Nacional de Medicamentos.

De uma maneira geral, ao realizar-se pesquisa bibliográfica sobre o objeto estudo do presente trabalho, verificou-se relativa escassez de publicações doutrinárias sobre a gratuidade no Sistema Único de Saúde, embora houvesse, de outro lado, inúmeros e profundos trabalhos no tocante ao direito à saúde, em relação à Seguridade Social e sobre o Sistema Único de Saúde. Destaca-se quanto a estes materiais a grande produção do governo na área, que os edita com o objetivo de orientar a população em geral e os gestores em saúde sobre as características do sistema, apresentando, por isso, limitação aos fins de um estudo acadêmico.

Com isso, verificou-se a necessidade de a academia destinar maior atenção científica quanto ao Sistema Único de Saúde, deixando de restringir a pesquisa apenas no âmbito do Direito à Saúde. É fundamental que haja um equilíbrio entre as investigações dos aspectos da saúde enquanto direito social fundamental de todos e da saúde enquanto dever do Estado, a ser garantido através do Sistema Único de Saúde.

Com efeito, a judicialização da saúde, fruto da subjetivação chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de fenômeno decorrente justamente das falhas e limitações que o sistema de saúde pública vigente apresenta, motivo pelo qual se sugerem pesquisas que venham a fortalecê-lo e que abordem o aspecto prestacional do direito à saúde. Especificamente, nota-se a imperiosidade de se averiguar a inconstitucionalidade do Programa Aqui Tem Farmácia Popular e da fundamental análise de que a ideia de Reserva do Possível poderia trazer ao financiamento da Saúde.

A solução derradeira para a questão é tornar expresso o princípio da gratuidade dentre as normas constitucionais disciplinadoras do Sistema Único de Saúde. Existe atualmente em tramitação no Congresso Nacional Projeto de Lei, de autoria do Senador Humberto Costa, propondo a inclusão na Lei Orgânica da Saúde da gratuidade entre os demais princípios do art. 7º, a fim de obstar o pagamento pela utilização de ações de saúde executadas nas unidades da rede própria do SUS. Contudo, a medida a modificação produziria maiores e mais sólidos efeitos se a alteração fosse realizada a nível constitucional.

REFERÊNCIAS

AMARO, Brasileiro. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA; INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Idec e Abrasco repudiam decisão da ANS de dar continuidade à proposta de plano de saúde popular. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2017/01/Nota_GT-ANS-plano-acessivel-VF.pdf>. Acesso em 01/07/2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <Http://Www.Ccs.Saude.Gov.Br/Cns/Pdfs/8conferencia/8conf_Nac_Anais.Pdf>. Acesso em 05/06/2017.

_____. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004**. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/17/Resolucao-338-06052004.pdf>>. Acesso em: 25/06/2017.

_____. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. **Nota Informativa nº 18/2017**. Informa sobre o encerramento da Rede Própria do Programa Farmácia Popular do Brasil. p. 4. Disponível em: <<http://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Nota-encerramento-Rede-Pr%C3%B3pria-FPB.pdf>>. Acesso em 26/06/2017.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2009. Disponível em: <http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_18.pdf>. Acesso em 18/06/2017.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2007. p. 59. Disponível em: <http://www.cff.org.br/> >. Acesso em: 25/06/2017.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Legislação Estruturante do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2011. p. 18. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/para_entender_estao_sus_v13.pdf>. Acesso em 24/06/2017.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos**. Brasília: CONASS, 2009. p. 18-19. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/sus20anosfinal.pdf>>. Acesso em 28/05/2017.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 18/05/2017.

_____. **Constituição (1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 21/06/2017.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 18/05/2017.

_____. **Decreto Nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados (redação original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682.htm. Acesso em 18/05/2017.

_____. **Decreto Nº 5.090, de 20 de maio de 2004**. Regulamenta a Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil", e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5090.htm>. Acesso em 27/06/2017.

_____. **Lei Nº 10.858, de 13 de abril de 2004**. Autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 13 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.858.htm>. Acesso em 27/06/2017.

_____. **Lei Nº 6.439, de 1º de setembro de 1977**. Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm>. Acesso em 18/06/2017.

_____. **Lei Nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em 11/06/2017.

_____. **Lei Nº 8.689, de 27 de julho de 1993**. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em 18/06/2017.

_____. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 06/06/2017.

_____. Ministério da Saúde. **Financiamento público de saúde**. Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

(Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 1, v. 1). p. 20-21. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/>. Acesso em 25/06/2017.

_____. Ministério da Saúde. Portaria Nº 1.482, de 4 e agosto de 2016. Institui Grupo de Trabalho para discutir projeto de Plano de Saúde Acessível. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** . Acesso em 01/07/2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Programa Farmácia Popular do Brasil: Manual de Informações às Unidades Credenciadas : Sistema de Co-Pagamento / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos.** – 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br> >. Acesso em 25/06/2017.

_____. **Portaria nº 491, de 09 de março de 2006.** Dispõe sobre a expansão do Programa “Farmácia Popular do Brasil”. Diário Oficial da União, Brasília-DF, Brasil, 10 mar. 2006.

_____. **Portaria nº 491, de 09 de março de 2006.** Dispõe sobre a expansão do Programa “Farmácia Popular do Brasil”. Diário Oficial da União, Brasília-DF, Brasil, 10 mar. 2006.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 28 de março de 1995.** Modifica a redação do artigo 196 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169281>. Acesso em 27/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS.** Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ nº 65 de 08/04/2016. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ane_xo/RE581488DT .pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ane_xo/RE581488DT.pdf)>. Acesso em 24/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 8 MC,** rel. min. Celso de Mello, j. 13-10-1999, P, DJ de 4-4-2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286,** rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538> >. Acesso em 28/05/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Degração da audiência pública sobre Recurso Extraordinário nº 581.488/RS.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>>. Acesso em 25/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de convocação de audiência pública no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet: 1246 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/01/1997, Data de Publicação: DJ 13/02/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Celso de Mello, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010.] Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 29/05/2017.

CALHEIROS, Renan. **Agenda Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/AgendaBrasil_1208.pdf>. Acesso em 26/06/2017.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa [et al.]. **Tratado de Saúde Coletiva**. 2.ed. rev. aum. São Paulo: Hucitec, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica de Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90)**. 3.ed. Campinas, SP: UNICAMP, 2002.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Maria Valéria Costa. **O Conselho Nacional de Saúde e os rumos da política de saúde brasileira: mecanismos de controle social frente às condicionalidades dos organismos financeiros internacionais**. Recife: o autor, 2005. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br>>. Acesso em 29/06/2017.

COUTTOLENC, Bernard; GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus. **20 anos de construção do sistema de saúde no Brasil: uma avaliação do sistema único de saúde**. Washington D.C.: The Word Bank, 2013. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br>>. Acesso em 01/07/2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. **Agenda Brasil: saiba quais são as propostas do Senado para enfrentar a crise**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/08/agenda-brasil-saiba-quais-sao-propostas-do-senado-para-enfrentar-crise>. Acesso em 26/06/2017.

SCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

SCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; Flavio Coelho Edler. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade (Org). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem-jurídico-constitucional brasileiro. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito da seguridade social**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GERSCHMAN, Sílvia; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. Descentralização e desigualdades regionais em tempos de hegemonia liberal. In: LIMA, Nísia Trindade (Org). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

GRANEMANN, Sara. Fundações Estatais: projeto de estado do capital. In: BRAVO, Maria Inês Souza; MENEZES, Juliana Souza Bravo de. (Org). **Saúde na atualidade: por um sistema único de saúde estatal, universal, gratuito e de qualidade**. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2011. Disponível em: < http://www.adufrj.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Revista_cadernos_de_Saude_PAGINA.pdf >. Acesso em 18/06/2017.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa; MENEGUZZO, Marco. **Inovação e cooperação intergovernamental: microregionalização, consórcios, parcerias e terceirização no setor saúde**. São Paulo: Annablume, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Título: Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexão sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**: tomo I. Salvador, BA: Casa da Qualidade, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil**: atores, processos e trajetórias [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7476/9788575413562>>. Acesso em 27/06/2017.

OIT. **Convenção 102**. Normas mínimas de seguridade social. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/468>>. Acesso em 26/06/2017.

OLIVEIRA, Ana Maria Caldeira; DALLARI, Sueli Gandolfi. Reflexões sobre o Sistema Único de Saúde e o Servizio Sanitario Nazionale: a reforma da reforma - a adoção do Ticket Sanitário. **Saude soc.**, São Paulo, v. 25, n. 4, p. 895-901, dez. 2016. Disponível em <<http://www.scielo.br> >. Acessos em 26/06/2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18/06/17.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal**. Relatório mundial de saúde. Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2010. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf >. Acesso em 01/07/2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1974). Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 28/06/2017.

_____. Serviço Nacional de Saúde: taxas moderadoras. Disponível em: <<https://www.sns.gov.pt/sns-saude-mais/taxas-moderadoras/>>. Acesso em 27/06/2017.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

SENADO FEDERAL. **A 'Agenda Brasil', sugerida por Renan Calheiros.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>>. Acesso em 26/06/2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** Direito Constitucional Positivo. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TEIXEIRA, Carmen Fontes. **Planejamento em saúde: conceitos, métodos e experiências.** Salvador: EDUFBA, 2010.. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br>>. Acesso em 25/06/2017.

UGÁ, Maria Alicia D.; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS: trajetória, contexto e constrangimento. In: LIMA, Nísia Trindade (Org). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa (Org.). 2008.

VIANNA, S.M.; PIOLA, S.F.; REIS, C.O.O. **Gratuidade no SUS: controvérsia em torno do co-pagamento.** Brasília, DF: Ipea, 1998. (Texto para Discussão, n.587). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/td_0587.pdf>. Acesso em: 23/06/2017.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

WORLD BANK. **A organizacao, prestacao e financiamento da saude no Brasil : uma agenda para os anos 90.** Washington, DC: World Bank, 1995. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/421811468239375008/A-organizacao-prestacao-e-financiamento-da-saude-no-Brasil-uma-agenda-para-os-anos-90>>. Acesso em 30/06/2017.

_____. **Novo desafio a saude do adulto.** Washington, DC: World Bank, 2010. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/133951468016254783/Brasil-Novo-desafio-a-saude-do-adulto>>. Acesso em 30/06/2017.