

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

GUILHERME SCHMIDT HAYAMA

A OBRIGATORIEDADE DA OFERTA DE PLANO DE SAÚDE
INDIVIDUAL

SANTOS/SP

2024

GUILHERME SCHMIDT HAYAMA

**A OBRIGATORIEDADE DA OFERTA DE PLANO DE SAÚDE
INDIVIDUAL**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação do Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis.

SANTOS/SP

2024

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que citada a fonte.

344.04
H328o

Hayama, Guilherme Schmidt.
A obrigatoriedade da oferta de plano de saúde individual /
Guilherme Schmidt Hayama.
2024.
84 f.

Orientador: Dr. Renato Braz Mehanna Khamis.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Santa Cecília, Programa
de pós-graduação em Direito da Saúde, Santos, SP, 2024.

1. Direito da Saúde. 2. Saúde Suplementar. 3. Saúde
Complementar. 4. Saúde Pública. 5. Direito Constitucional. I.
Khamis, Renato Braz Mehanna. II. A obrigatoriedade da oferta de
plano de saúde individual.

GUILHERME SCHMIDT HAYAMA

A OBRIGATORIEDADE DA OFERTA DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado com média: _____

Santos, 07 de novembro de 2024.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis

Universidade Santa Cecília

Prof. Dr. Marcelo Lamy (avaliador interno)

Universidade Santa Cecília

Prof^a. Dr^a. Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita
(convidado)

Universidade Presbiteriana Mackenzie

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha mãe Marilise, aos meus pais Aldo e Antonio e à minha irmã Karine, pois sem eles eu não estaria aqui.

Dedico à minha querida prima Cyntia que é a luz e o exemplo intelecto-moral de toda a nossa família e à minha zelosa Tia Emi, por sempre acreditar em mim e me apoiar incondicionalmente. Sem vocês eu não teria conseguido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Renato Braz Mehanna Khamis, por todos os ensinamentos e oportunidades acadêmicas, uma pessoa que exerce o seu ofício com sinceridade, integridade e maestria. Aos professores Marcelo Lamy e Luciano Pereira de Souza, por todas as intervenções realizadas na banca de qualificação, na qual foram fundamentais para oxigenação e aprimoramento da problemática do trabalho.

Agradeço do fundo do coração aos meus amigos que estiveram comigo, propiciaram bons debates e me auxiliaram diretamente nessa trajetória: Felipe Corralo, Caio Corralo, Lucas Corralo, Nayan Marinho, André Castilho, Sandro Rodrigues, Rafael Seirafe, Andressa Lisboa, Carol Abud, Danilo de Oliveira, Maximino Jr e Rodney Guariglia.

Por fim, agradeço à Deus, que é a força primeira, a essência absoluta que rege o universo.

FIAT LUX.

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

NORBERTO BOBBIO

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o aspecto constitucional da saúde, se é um direito fundamental, se é um serviço público e, se positivo, se continua sendo direito fundamental e serviço público quando prestado por particular no âmbito da saúde suplementar, investigando o alcance de sua prestação particular e universalidade, trazendo a problemática da não comercialização de planos individuais para pessoas físicas. O método adotado é o dedutivo, mediante análise bibliográfica, legal e jurisprudencial. Como resultado constatou-se que a saúde é um direito fundamental e um serviço público mesmo quando prestado no âmbito da saúde suplementar, com fundamento nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal e a Lei 9.656/98.

Palavras-chave: Constituição Federal; saúde suplementar; serviço público; direito fundamental; prestação universal.

ABSTRACT

This work aims to analyze the constitutional aspect of health, whether it is a fundamental right, whether it is a public service and, if so, whether it remains a fundamental right and a public service when provided by private individuals in the context of supplementary health, investigating the scope of its private provision and universality, bringing up the problem of the non-marketing of individual plans for individuals. The method adopted is deductive, through bibliographical, legal and jurisprudential analysis. As a result, it was found that health is a fundamental right and a public service even when provided in the context of supplementary health, based on articles 196 to 200 of the Federal Constitution and Law 9.656/98.

Keywords: federal constitution; supplementary health; public service; fundamental right; universal provision.

LISTA DE TABELAS E QUADROS

Tabela 1 – Operadoras com planos ativos por tipo de contratação.....58

Tabela 2 – Beneficiários por tipo de contratação.....59

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL HISTÓRICA DA SAÚDE.....	16
2. SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	26
2.1 Saúde como direito fundamental	28
2.2 A estrutura constitucional da saúde.....	36
2.2.1 Saúde Pública.....	38
2.2.2 Saúde Complementar.....	42
2.2.3 Saúde Suplementar.....	44
2.2.3.1 Conselho de Saúde Suplementar.....	48
2.3 Serviço Público.....	48
2.3.1 Saúde Pública como serviço público.....	53
2.3.2 Saúde Complementar como serviço público....	54
2.3.3 Saúde Suplementar como serviço público.....	55
3. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE OFERTA DE PLANOS INDIVIDUAIS...56	
3.1 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1931.....	61
3.1.1 Voto do Ministro-Relator Marco Aurélio	63
3.1.2 Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	67
3.1.3 Voto do Ministro Edson Fachin.....	69

3.1.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	70
3.1.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	70
3.1.6 Voto do Ministro Celso de Mello.....	70
3.1.7 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	71
3.2 Projeto de Lei do Senado nº 153/2017 e Projeto de Lei nº 1.174/2024.....	72
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

O estudo apresentado neste trabalho foi desenvolvido pela análise histórica do direito da saúde no Brasil, para que se possa determinar qual o caráter do direito à saúde e, analisada a definição, entender se o direito à saúde pública ou privada teria a mesma definição de caráter fundamental.

A problemática gira em torno da prática das operadoras de planos de saúde, as quais se recusam a comercializar planos de saúde individuais para pessoas físicas sem as categorizá-las ou induzi-las à criação de Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), com exclusiva finalidade de contratação de plano ou seguro saúde.

Além disso, muitas operadoras de planos de saúde e assistência saúde sequer mantêm em seu portfólio para venda planos individuais ou familiares.

Também se justifica a pesquisa, ao passo que as consequências dessa prática são prejudiciais ao usuário, na medida que as regras são diferentes para pessoas físicas e jurídicas.

Um exemplo de medida prejudicial ao usuário, que demonstrou acarretar desequilíbrio contratual, demonstrado pela jurisprudência é a figura dos planos de saúde denominados de “falsos coletivos”.

Outras pesquisas realizadas chegaram ao resultado que a prática é prejudicial ao consumidor, sendo o índice de correção anual desvantajosos, além da possibilidade de rescisão unilateral dos planos de saúde em desfavor do segurado, ferindo a função social do contrato.¹

O direito à saúde atualmente é um direito constitucionalmente garantido, sendo de caráter fundamental, visto que formalmente foi incluído dentro do Título dos direitos e garantias fundamentais na

¹ HAYAMA, Guilherme Schmidt; KHAMIS, Renato Braz Mehanna; CHAGAS, Felipe da Silva Corralo. **O falso coletivo e a rescisão unilateral pelas operadoras de saúde: Reflexões sobre o Tema 1047 do STJ.** Revista UNISANTA – Direito e Ciências Sociais. Vol. 12, No 2 (2023). p. 128.

Constituição Federal de 1988 e teve seu lugar de destaque, no capítulo dos direitos sociais no “caput” artigo 6º, bem como nos artigos 196 ao 200. No entanto, essa posição de prestígio constitucional é relativamente nova, visto que desde a formação do Brasil como nação independente, apenas fora acrescentada menção à saúde com a Carta Constitucional de 1934, no qual a posição não era de resguardar direitos, mas sim, de determinar de quem seria a competência de cuidar da saúde.

Claro, a opção supracitada é apenas para ilustrar a importância de tornar explícita a saúde. Contudo, importante destacar que de forma implícita a saúde também está englobada em vários princípios constitucionais, como o da dignidade humana, estampado no 1º artigo da Constituição, ou do “caput” do artigo 5º, no qual determina a inviolabilidade do direito à vida, afinal, para viver de forma digna é de extrema importância a plenitude da saúde do indivíduo e da coletividade.

Sendo questão constitucional contemporânea, algumas conceituações se fazem necessárias para compreensão do instituto da forma correta e determinar as balizas das quais a investigação se pautou.

A relevância da pesquisa se dá ao passo que a Constituição de 1988 foi uma das primeiras do mundo a prever o acesso a bens e serviços públicos como *direitos*, não apenas como deveres estatais.²

O aparato histórico auxilia a análise normativa da saúde, sobretudo para contextualização da elaboração dos mandamentos legais, desde as constituições outorgadas (1824 – Brasil Império e 1937 – Estado Novo), passando pelas de 1891 – Primeira República, 1934 – Segunda República, Constituição Federal de 1946 – República de 1946, na qual tornou explícito o entendimento da saúde ser um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental, do Regime Militar de 1967, até a chegada da Constituição Federal de 1988 – Nova República.

Após a construção da constitucionalidade e do caráter de direito fundamental, a estrutura, também constitucionalmente determinada, foi o

² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – EDUSP, 2021. p. 261.

próximo ponto a ser atacado, isso porque no Brasil se adota um sistema que engloba três modalidades distintas: saúde pública, saúde complementar e saúde suplementar.

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 197, determinou que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, e, portanto, pela análise das referências constitucionais da saúde, apontou a função pública do serviço de saúde.

O trabalho também discorreu sobre o conceito de serviço público, tecendo as considerações acerca da prestação de serviços de saúde por particular, se também deve ser considerado serviço público.

Foi realizada a análise de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática bem como análise pormenorizada dos votos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, bem como do Projeto de Lei 153/2017 que foi arquivado além do Projeto de Lei nº 1.174/2024, que teve sua proposta em abril de 2024 e ainda não teve resolução nem designação de relatoria.

Conceituando as modalidades, o enfoque do trabalho se desenvolveu dentro da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da prática, na qual encontra-se a problemática da pesquisa, pois sendo prestação de serviço público, em tese, não poderiam as operadoras de planos de saúde e seguros-saúde deixar de ofertar os planos individuais para pessoas físicas, sendo assim, ao final, a pesquisa apresentará o resultado se demonstrou ou não ser constitucional tal prática.

1. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL HISTÓRICA DA SAÚDE

Tendo o Brasil alcançado sua independência, surgiu a necessidade de criar um “conjunto de normas pertinentes à organização do poder, distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”.³

Com isso, sendo outorgada a Carta constitucional de 1824, por Dom Pedro I, trazendo a garantia dos socorros públicos em seu artigo 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...)

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos⁴

Para alguns pesquisadores, “A Constituição Imperial de 1824 não tratava expressamente do direito à saúde, conferindo somente a garantia dos “socorros públicos” aos cidadãos brasileiros”.⁵

Contudo, em que pese em primeiro momento para alguns não conferir grande relevância a sintagma “socorros públicos”, acrescida na Constituição outorgada de 1824, sua inclusão se deu à expressão contida nos “Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 (Constituição Francesa de 1793), onde se garantiam os socorros públicos qualificados como dívida sagrada”.⁶

A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustento aos cidadãos desafortunados, seja proporcionando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não podem trabalhar” (art. 21). “Sobre a Garantia de Direitos: Artigo 122. - A Constituição garante a todos os cidadãos franceses a igualdade, a

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional 29ª Edição**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 80.

⁴ BRASIL. **Constituição Federal 1824**. Rio de Janeiro, 1824. D. Pedro I. Art. 179, XXXI.

⁵ SILVA, Michelle Emanuella de Assis. **Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e a aplicação da teoria de Karl Popper**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. 2017. v. 9, n. 2, p. 4–22.

⁶ LOPES, Maria Antónia. **Os socorros públicos em Portugal, primeiras manifestações de um Estado-Providência (séculos XVI-XIX)**. Revista Estudos do Século XX 13 Coimbra, 2013, pp. 257-280 (volume temático: “Estado Providência, capitalismo e democracia”).

liberdade, a segurança, a propriedade, a dívida pública, o livre exercício da religião, a educação comum, a assistência pública, a liberdade irrestrita de imprensa, o direito de petição, o direito de formar sociedades populares e o gozo de todos os direitos humanos.⁷ (tradução livre)

Vale destacar que o movimento da Revolução Francesa de 1789 inspirou seus preceitos por toda a Europa, não sendo diferente em Portugal, que, além de utilizá-los na elaboração da Constituição outorgada do Brasil de 1824, em sua Carta de 1826, seguiu incrementando rol de garantias, inclusive à garantia aos Socorros Públicos. (§29)⁸

Ademais, a religião ainda exercia muita influência no século XIX, sendo a sociedade pautada pelas crenças religiosas, inclusive sendo a religião oficial do Estado Brasileiro constitucionalmente previsto no artigo 5º, da Constituição de 1824.

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.⁹

Sendo assim, é de grande relevância pontuar que a questão dos socorros públicos é oriunda da cultura da época que acreditava que a doença era um castigo de Deus, sucedendo seu tratamento por instituições filantrópicas de “Misericórdia”, portanto para as pessoas o conceito da origem das doenças era completamente diverso do que se vê no século XXI.

⁷ “Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler” (art.º 21). “De la Garantie des Droits: Article 122. - La Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété, la dette publique, le libre exercice des cultes, une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit de pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l'homme” - Constitution du 24 juin 1793.

⁸ REGALLA, Jussara Gatto. **A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 E SUA INFLUÊNCIA NOS DIREITOS INDIVIDUAIS DAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS PORTUGUESAS (1822-1911)**. Universidade Nova de Lisboa. Dissertação apresentada à obtenção de grau de Mestre em História Contemporânea. 2019. p. 66

⁹ BRASIL. **Constituição Federal 1824**. Rio de Janeiro, 1824. D. Pedro I. Art. 5º.

Passados 67 (sessenta e sete) anos, surgiu a Constituição Federal de 1891, sendo a primeira Constituição republicana do Brasil, nomeada como Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

Foi esperada pela sociedade com muita esperança de ter uma estruturação da saúde de forma mais abrangente, mas ocorre que a mesma não aconteceu.¹⁰

No que se refere à saúde, na Constituição de 1891, não houve avanços substanciais, uma vez que a Assembleia Constituinte esteve mais focada na mudança das formas de Estado e governo, na criação da República, o que elencou deveres negativos ao Estado.¹¹

Outra mudança significativa foi a separação do Estado e religião, assim, além de não ter mais uma religião oficial (católica), o Estado permitiu o exercício de cultos religiosos, estando positivada a liberdade de crença e o Estado Laico.

Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: (...)

2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;¹²

Nesse momento observa-se um marco também para a saúde no Brasil, descolando-se do modelo religioso da conceituação de saúde e doença, começando a caminhada de estudos acerca da origem da doença e tratamentos mais eficazes, como foi na Europa.

Contudo, não se pode afirmar que a Constituição de 1891 foi totalmente silente no que diz respeito especificamente à saúde, visto que o *caput* do artigo 72, previu a inviolabilidade do direito à segurança individual.

¹⁰ SANTI, Eduardo José; ARGERICH, Eloisa Nair De Andrade. **AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS E JURISPRUDÊNCIAS EM FACE DO DIREITO À SAÚDE PELA DEFENSORIA PÚBLICA**. XXIII Seminário de Iniciação Científica. UNIJUI - Universidade Regional do Noroeste do Estado do RS, Brasil. 2015. p. 2.

¹¹ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; Miriam Pavani. **O direito à saúde na ordem constitucional brasileira**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 14(2), p. 75.

¹² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891**. Rio de Janeiro, 1891. PRUDENTE JOSÉ DE MORAES BARROS. Art. 11, II.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes (...) ¹³

Nessa disposição, embora não seja de forma clara, há previsão, ainda que genérica, de resguardo ao direito à saúde, prevendo a segurança individual dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil.

Contudo, no início do século XX, não havia centralização à organização de saúde em âmbito federal que coordenasse as ações de saúde, fazendo com que os estados enfrentassem as questões sanitárias de forma autônoma e independente. ¹⁴

Durante a década de 1920, começou a se ventilar ideais para realização da reforma sanitária do país, tendo como pilar um projeto de construção nacional, várias propostas surgiram, inclusive à criação de um Ministério para a Saúde, contudo a ideia centralizadora conflitava com interesses políticos regionais da época que entendiam que a autogestão era mais vantajosa. ¹⁵

A Constituição de 1934 foi marcada por grandes avanços no que diz respeito aos direitos sociais, destacando-se à saúde.

Durante a Ditadura Vargas (1930-1945), a saúde pública foi institucionalizada pelo Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP), e a previdência social e a saúde ocupacional, pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. ¹⁶

Agora não mais de forma tímida e indireta, a saúde teve disposição expressa, determinando a competência concorrente entre a União e os

¹³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891**. Rio de Janeiro, 1891. PRUDENTE JOSÉ DE MORAES BARROS. Art. 72.

¹⁴ FONSECA, Cristiana. M. O. **A história da política de saúde no Brasil**. In: TEIXEIRA, L. A.; PIMENTA. T. S.; HOCHMAN. G. **História da Saúde no Brasil**. São Paulo, 2018. Ed. Hucitec. p. 410.

¹⁵ FONSECA, Cristiana. M. O. **A história da política de saúde no Brasil**. In: TEIXEIRA, L. A.; PIMENTA. T. S.; HOCHMAN. G. **História da Saúde no Brasil**. São Paulo, 2018. Ed. Hucitec. p. 411

¹⁶ PAIM, Jairnilson Silva. **SUS TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER**. São Paulo, Rio de Janeiro, 2019. Editora Atheneu. p. 5.

Estados o cuidado da saúde e assistências públicas, além de determinar os preceitos de regência no que diz respeito à saúde do trabalhador e à trabalhadora gestante.

Art 10. Compete concorrentemente á União e aos Estados:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência públicas;”

“Art 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz.

§ 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:

(...)

h) assistencia medica e sanitaria ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e instituição de previdencia, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes de trabalho ou de morte;¹⁷

Mais adiante, no artigo 138, determina a competência também concorrente, só que agora conferindo a responsabilidade também aos Municípios em matérias relacionadas à protecção à maternidade, infância, juventude, mortalidade e doenças transmissíveis.

Art. 138. Incumbe á União, aos Estados e aos Municipios, nos termos das leis respectivas: (...)

c) amparar a maternidade e a infancia; (...)

e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono physico, moral e intellectual;

f) adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissiveis;

g) cuidar da hygiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociaes.¹⁸

¹⁷ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. GETULIO DORNELLES VARGAS. Art. 10, II, Art. 121, §1º, “h”.

¹⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. GETULIO DORNELLES VARGAS. Art. 138, “c”, “e”, “f” e “g”.

Além disso, tendo em vista que o final do século XIX e o século XX foram marcados por grandes epidemias mundiais, como a febre amarela, peste bubônica e a gripe espanhola.

As doenças epidêmicas e a aglomeração humana foram a matriz para as pesquisas e avanços à saúde no Brasil, se tornando temas de pesquisa e vigilância sistemática como na Europa, assim as transformações das cidades coloniais brasileiras em cidades modernas foram realizadas a partir desse encontro.¹⁹

No caso da peste bubônica, chegou no Brasil na virada do século, pelo porto de Santos em 1899, sendo combatida até 1903, sendo amplamente discutidas as medidas que deveriam ser tomadas, sobretudo qual deveria ser o papel do Estado e seus limites de atuação.²⁰

Sendo assim, a Constituição de 1934 teve o cuidado de prever especificamente sobre a matéria, dando força constitucional ao combate, inclusive delimitando a competência para atuação.

Art. 140. A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do país, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.²¹

Outra grande inovação dessa Constituição foi no que diz respeito à previsão de tributação vinculada à saúde, sendo, “política de vinculação de recursos tributários para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde, com sede constitucional, que se manteria polêmica e atual até hoje.”²²

Não obstante a Constituição de 1934 ter durado apenas 3 anos, é importante enfatizar que foi um avanço para a questão social, legado este

¹⁹ SILVA, Márcia Regina Barros. **O processo de urbanização paulista: a medicina e o crescimento da cidade moderna**. Dossiê: Cidades • Rev. Bras. Hist. 27 (53) • Jun 2007.

²⁰ NASCIMENTO, Dilene Raimundo; SILVA, Matheus Alves Duarte. **"Não é meu intuito estabelecer polêmica": a chegada da peste ao Brasil, análise de uma controvérsia, 1899**. Hist. cienc. saude-Manguinhos 20 (Suppl 1) • 30 Nov 2013.

²¹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. GETULIO DORNELLES VARGAS. Art. 140.

²² PINHEIROS, Maria do Carmo Gomes; ROMERO, Luiz Carlos. **Saúde como Matéria de Direito Constitucional no Brasil**. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.1, n.2, jul./dez. 2012. p. 51.

das Constituições do século XX, as quais positivaram os direitos de segunda geração, lugar onde se encontra o direito à saúde.²³

A Constituição outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 1937, restringiu para que fosse apenas competência da União legislar acerca da proteção da saúde e da saúde da criança.

Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes

materias: (...)

XXVII - normas fundamentaes da defesa e protecção da saude, especialmente da saude da creança.²⁴

Embora tenha conferido a competência privativa da União, no artigo 18, a própria Constituição abre exceções para que os Estados também possam legislar, só que apenas em matérias específicas.

Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam es exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...)

c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;²⁵

Assim como na Constituição anterior, manteve-se a proteção da saúde do trabalhador, até a edição do Decreto 10.358/42, no qual declarou estado de guerra no Brasil, deixando de vigorar alguns artigos da constituição, sendo abarcado o 137 que dispunha sobre a legislação do trabalho.

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...)

l) assistencia medica e higienica ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta, sem prejuizo do salário, um periodo de repouso antes e depois do parto;²⁶

²³ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: Uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF, 2003.

²⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. GETULIO DORNELLES VARGAS. Art. 16, XXVII.

²⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. GETULIO DORNELLES VARGAS. Art. 18, “c”

“DECRETO Nº 10.358, DE 31 DE AGOSTO DE 1942 Art. 1º É declarado o estado de guerra em todo o território nacional.

Art. 2º Na vigência do estado de guerra deixam de vigorar desde já as seguintes partes da Constituição: (...)

Art. 137;”²⁷

A Constituição de 1946 além de ser pautada pelo fim da Segunda Guerra Mundial, também foi o encerramento da Era Vargas e da Constituição outorgada por ele em 1937, portanto teve seu foco central nas questões relativas à redemocratização do Brasil.

No quesito saúde, a previsão foi acerca da competência para legislar, determinando ser da União, não podendo se excluir a legislação Estadual supletiva ou complementar, além de “preceitos” de higiene, segurança do trabalho e assistência sanitária.²⁸

Art 5º - Compete à União: (...)

XV - legislar sobre: (...)

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

Art 6º - A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras b , e , d , f , h , j , l , o e r , não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...)

VIII - higiene e segurança do trabalho; (...)

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;²⁹

A assistência à maternidade, criança e adolescência também foi obrigatória, conforme o artigo 164.

²⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. GETULIO DORNELLES VARGAS. Art. 137, “I”

²⁷ BRASIL. **Decreto 10.358/42**. GETÚLIO DORNELLES VARGAS. Art. 1º e 2º.

²⁸ PINHEIROS, Maria do Carmo Gomes; ROMERO, Luiz Carlos. **Saúde como Matéria de Direito Constitucional no Brasil**. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.1, n.2, jul./dez. 2012. p. 55.

²⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. EURICO GASPAR DUTRA. Art. 5º, XV, “b”, art. 6º e art. 157, VIII e XIV.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.³⁰

Ademais, diferentemente da Constituição de 1934 que durante o seu período em vigor previu a tributação vinculada para a saúde, a Constituição de 1946 previu isenção de impostos para produtos indispensáveis para o tratamento médico, das pessoas de “restrita capacidade econômica”.

Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre:

§ 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.³¹

Destaca-se que durante a vigência da Constituição de 1946, houve a separação do Ministério da Educação e Saúde, criando oficialmente o Ministério da Saúde (1953), reunindo campanhas, programas e departamentos em seu organograma,³²

Em vigor por 21 anos, a Constituição de 1946 foi ab-rogada pela Constituição da ditadura militar, de 1967, tendo como principal função legitimar o golpe militar de 1964, suprimindo os Poderes Legislativos e Judiciário em face do Poder Executivo.

Promulgada à força visto que foi editado Ato Institucional nº 04 no final do mandato do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, convocando o Congresso Nacional para discussão e votação da nova Constituição, conferindo-lhes autoridade para legislar com força de constituinte originária.

³⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. EURICO GASPAR DUTRA. Art.164.

³¹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. EURICO GASPAR DUTRA. Art. 15, §1º.

³² PAIM, Jairnilson Silva. **SUS TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER**. São Paulo, Rio de Janeiro, 2019. Editora Atheneu. p. 6.

Em tempo recorde (12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro de 1967) e com “verniz” para conferir formalidade e legalidade, foi “promulgada” a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

Não se pode falar, portanto, em caráter ‘semi autoritário’ da carta de 1967, mas em um procedimento inelutavelmente autoritário de outorga da Constituição.³³

Formalmente não alterou às previsões de direitos e garantias individuais presentes na Constituição de 1946, contudo, efetivamente, contestou o texto adotado ao transferir para a lei ordinária o estabelecimento dos termos em que se exerceriam aqueles direitos.³⁴

No tocante à saúde, se manteve a competência da União para legislar sobre a proteção à saúde e o estabelecimento de planos nacionais de saúde.

Art 8º - Compete à União: (...)

XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; (...)

XVII - legislar sobre: (...)

c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;³⁵

Além disso, a Constituição de 1967 também manteve as disposições quanto aos direitos dos trabalhadores.

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: (...)

IX - higiene e segurança do trabalho; (...)³⁶

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

³³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 55.

³⁴ PINHEIROS, Maria do Carmo Gomes; ROMERO, Luiz Carlos. **Saúde como Matéria de Direito Constitucional no Brasil**. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.1, n.2, jul./dez. 2012. p. 57/58.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. MARECHAL HUMBERTO DE ALENCAR CASTELO BRANCO. Art. 8º, XIV, XVII, “c”.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. MARECHAL HUMBERTO DE ALENCAR CASTELO BRANCO. Art. 158, IX e XV.

No ano seguinte à Constituição de 1967, em meio a total repressão social, foi baixado do Ato Institucional nº 05 (AI-5), conferindo ainda mais poderes ao Presidente da República.

Em 1969, sobreveio a Emenda Constitucional nº 01/1969, de autoria do Exército, Marinha e Aeronáutica (poderes autorizados pelos Atos Institucionais nºs 5 e 16) também conhecida como Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, que embora tenha alterado completamente a redação da Constituição anterior, não trouxe alterações significativas em matéria de saúde.

Antes mesmo do fim da ditadura militar, já haviam debates e propostas que permeavam a saúde pública, inclusive o documento elaborado pelo CEBES (Centro Brasileiro de Estudos de Saúde), no qual propôs pela primeira vez a criação do SUS (Sistema Único de Saúde)³⁷

Finalmente com o término da ditadura militar em 1985, uma nova Constituição era esperada e após anos de debates surge a Constituição Federal de 1988, sendo um grande marco aos direitos fundamentais e à redemocratização do Brasil, conhecida como a Constituição Cidadã.

2. SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em primeiro passo, assim como em outras Constituições, a questão relacionada à competência da saúde foi inserida na Constituição de 1988, determinando a competência comum ao cuidado à saúde e competência concorrente legislativa.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

³⁷ PAIM, Jairnilson Silva. **SUS TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER**. São Paulo, Rio de Janeiro, 2019. Editora Atheneu. p. 7.

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.³⁸

Embora a temática competência não ser inovadora na Constituição, o sentido é completamente diverso, visto que nas Constituições anteriores que tinham previsão de competência da saúde, o sentido empregado era meramente de organização administrativa, sendo na Constituição de 1988 diferente, sendo direito explícito e reconhecido do homem.³⁹

Fora as questões de competência, a reforma sanitária foi brusca, trazendo novos sentidos para a saúde, passando a ter caráter de direito fundamental.

Há robusta previsão da saúde na Constituição Federal de 1988, estando em lugar de destaque no artigo 6º, classificada como direitos sociais.

Ressalta-se que os direitos sociais são aqueles que objetivam promover a igualdade, especialmente nas áreas nos quais o acesso a bens e serviços essenciais é mais afetado pelas desigualdades que caracterizam a sociedade brasileira, como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a alimentação, o transporte.⁴⁰

Portanto, o sentido empregado à saúde na Constituição de 1988, tem relação íntima com o direito de igualdade, com o fito de fazer com que a sociedade brasileira seja menos desigual, caminhando cada vez mais em direção à equidade.

Mais adiante, na Seção II do Capítulo da Seguridade Social no Título da Ordem Social da Constituição, encontram-se disposições da saúde, nos artigos 196 a 200, sendo também inaugural estar expressamente previsto que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, além de sua relevância pública.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 23, II e 24, XII.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, 2005. 25ª Edição. p. 309.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – EDUSP, 2021. p. 260.

O que também se pode extrair da relevância pública do legislador constituinte foi o destacamento do direito à saúde sobre os demais direitos sociais, visto que optou expressamente por qualificar os serviços e as ações de saúde como sendo de relevância pública e tornando, com isso, sua implementação como sendo de relevância pública, mesmo quando praticada por particulares.⁴¹

Há também a universalidade e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), e com ele a possibilidade da existência constitucional da saúde pública, complementar e suplementar.

Com a universalidade, o sistema de saúde brasileiro prescreve o rompimento do padrão anterior de políticas públicas segmentadas, para que se torne público, universal, e igualitário, e se realize como uma política inclusiva.⁴²

Em conformidade com o ideal dos direitos sociais, atenção médica estar ligado à previdência social demonstra uma especificidade, com profundas raízes históricas, à atual questão da busca da equidade no direito dos cidadãos à saúde.⁴³

Com isso, primeiramente se faz necessário discorrer sobre a saúde e a fundamentalidade de sua previsão constitucional formal e materialmente.

2.1 Saúde como direito fundamental

Segundo a teoria de Robert Alexy, existem três dimensões da dogmática jurídica para análise de direitos fundamentais: analítica (análise

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, **O Conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal**. Revista de Direito Sanitário, vol. 5, n. 2, julho de 2004. p. 85

⁴² NORONHA, José Carvalho de; PEREIRA, Telma Ruth. **Princípios do sistema de saúde brasileiro**. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. p. 22.

⁴³ COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula S. **A Saúde como Direito e como Serviço**. Cortez Editora, 1999. 2ª Edição. p. 13.

sistemática-conceitual), empírica (cognição do direito positivo válido – práxis jurisprudencial – efetividade do direito) e normativa (balizas determinantes para a decisão correta no caso concreto), podendo estar inserida na Constituição Federal o contexto das três dimensões.⁴⁴

Para análise sistemática conceitual, pode ser analisada pelos conceitos elementares como conceituar a norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade (no direito à saúde especificamente de igualdade), até as construções jurídicas pela relação de suporte fático e suas restrições e pelo efeito perante terceiros (âmbito de proteção – intervenção estatal).⁴⁵

Os direitos de igualdade, na divisão dos direitos humanos, são direitos conhecidos como de segunda geração, visto que está no escopo dos direitos sociais e que tal denominação engloba os direitos econômicos, culturais e sociais.⁴⁶

O direito à saúde encontra-se amparo no direito à igualdade ao passo que, segundo Paulo Bonavides, os direitos de segunda geração nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.⁴⁷

Pode-se aferir que a norma que constitui o direito à saúde é a Constituição Federal, sendo que o âmbito de proteção e o suporte fático se referem aos fatos que a norma de direito à saúde garante, em primeiro momento, sem considerar possíveis restrições.⁴⁸

Virgílio Afonso da Silva classifica que o âmbito de proteção para os

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros. 2ª Edição, 2015, p. 33, 34, 35 e 38.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros. 2ª Edição, 2015, p. 34.

⁴⁶ COGO, Gricyella Alves Mendes; MASCARENHA, Tiago Rodrigues Sousa. **Direitos de primeira e segunda geração: direito à saúde x responsabilidade do estado**. Revista Interdisciplinar em Saúde, Cajazeiras, 7 (único), 2020. p. 969

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros. 29ª Edição. 2014. p. 578.

⁴⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz; PICOLLO, Thuany Klososki. **Suporte fático: elementos conceituais e as teorias restrita e ampla do suporte fático abstrato das normas de direitos fundamentais**. Unoesc International Legal Seminar v. 1, n. 1, 2012. p. 243

direitos sociais tem o significado de “realizar direitos”, sendo assim composto por ações estatais que fomentem a realização desse direito.⁴⁹

Da mesma forma, Virgílio sugere a inversão do significado da conceituação de intervenção estatal, que nesse caso, se dará em maior parte na dimensão ativa prestacional, ou seja, o estado deve intervir de forma ativa - ampliativa.⁵⁰

Para Georg Jellinek, cada direito fundamental constitui um dever subjetivo (status positivo) para o Estado com o cidadão, vinculando uma obrigação ao Estado.⁵¹

Ingo Sarlet caracteriza os direitos sociais como de dimensão positiva e que para tais direitos, a intervenção estatal não é mais evitada, mas sim atuante para que haja bem-estar social.⁵²

Para a análise empírica, a conjunção do direito à saúde positivado com a praxis jurisprudencial, ou seja, não só o direito legislado, mas também o direito jurisprudencial, demonstrando conceitos amplos e validade do direito tutelado.⁵³

Em se tratando de praxis jurisprudencial, segundo Konrad Hesse, um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua praxis, ou seja, se os operadores do direito, quando a aplicam, atendem a vontade da Constituição empregada àquele direito.⁵⁴

Já a análise normativa vai além das determinações postas pela lei ou praticada pelos operadores da norma, mas sim à fundamentação das decisões acerca do tema, quando a normativa é lacunosa em

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Malheiros. 2ª Edição. 2011. p. 77.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Malheiros. 2ª Edição. 2011. p. 77.

⁵¹ JELLINEK, Georg. *Subjektives Öffentliches Recht*. 1892.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado 7ª Edição. 2007. p. 56/57.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros. 2ª Edição, 2015, p. 34.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. 1991. p.21.

determinado aspecto,⁵⁵ fazendo o confronto e tendo a fundamentação interpretada com o juízo valorativo da norma fundamental.⁵⁶

Com relação à estrutura, Robert Alexy determina uma fórmula para as normas de direitos fundamentais, qualificando-as com duplo caráter, quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, estando assim, sujeita a sopesamento dos princípios.⁵⁷

A disposição do direito fundamental à saúde tem a seguinte forma, segundo a Constituição Federal de 1988:

Artigo 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.⁵⁸

Isso significa, dentre outras coisas, que qualquer intervenção que se inclua no âmbito do direito à saúde é *prima facie* obrigatória pelo Estado, contudo, não é uma regra completa de direito irrestringível, devendo, portanto, quando houver colisão com direitos, ser sopesados de forma a atender a proporcionalidade⁵⁹ e razoabilidade⁶⁰ e, a depender do caso concreto, preterido.⁶¹

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros. 2ª Edição, 2015, p. 34.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Revista Forense. 7ª Edição. 2023. p. 25.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros. 2ª Edição, 2015, p. 141.

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 196.

⁵⁹ A proporcionalidade segundo Renato Braz Mehanna Khamis em seu livro *Da proporcionalidade à razoabilidade entre a técnica e o princípio*, demonstrou se tratar de uma técnica de aplicação e argumentação racional oferecida metodologicamente ao aplicador do direito para solucionar as hipóteses de colisão de princípios.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade entre a técnica e o princípio**. 1ª Edição. 2015. p.179.

⁶⁰ O princípio da razoabilidade segundo Khamis, tem como finalidade escolher, dentre as opções racionais disponíveis, a mais prudente, e que acarrete aceitabilidade social, bem como preencha o sentimento de justiça.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade entre a técnica e o princípio**. 1ª Edição. 2015. p.180.

⁶¹ Robert Alexy em seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*, faz sua explanação com a exemplificação do direito artístico: “A arte é livre. (...) Isso significa, dentre outras coisas, que qualquer intervenção em uma atividade que se inclua no âmbito artístico, é *prima facie* proibida.” No exemplo de Alexy, se tratando de direito à liberdade artística, trata-se

O direito à saúde, sob o prisma da Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, preenche os requisitos estabelecidos pela fórmula do teórico, portanto se trata de direito fundamental.

Além disso, o direito à saúde ganhou status formal de direito fundamental na Constituição Federal de 1988, o qual acresceu o direito à saúde no Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Na visão de Konrad Hesse, a normativa constitucional não existe de forma autônoma e descolada da realidade, sendo assim, essencialmente está em sua vigência, portanto constante naquilo que por ela foi posta e que pretende ser concretizada na realidade fática,⁶² em outras palavras, se o legislador determinou que as normativas do direito à saúde se tratam de direitos fundamentais, a base fática para sua fundamentalidade encontra amparo na forma de sua criação.

Conforme Carl Schmitt, foram conferidos aos direitos fundamentais, pela própria Constituição, um nível maior de garantia e estabilidade, sendo imutáveis ou com grande dificuldade para sua alteração, fazendo apenas por emenda constitucional.⁶³

Além disso, corroborando com os mandamentos constitucionais, a Lei 8.080/90 em seu artigo 2º, ratifica expressamente que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que é dever do Estado promover as condições indispensáveis para o seu pleno exercício.⁶⁴

O Título II abrange do artigo 5º até o 17, e por si só já garantiria o status constitucional de direito fundamental, visto a opção legislativa de incluir esses direitos no rol dos direitos e garantias fundamentais, contudo, não é apenas quanto à forma que há garantia e esfera constitucional.

Para o juspositivismo, segundo Norberto Bobbio, as normas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação de

de direito negativo, no qual o Estado a prima facie é proibido, no caso do direito à saúde, o Estado é obrigado, fazendo-se a inversão do paradigma.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros. 2ª Edição, 2015, p. 141 e 142.

⁶² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. 1991. p. 14.

⁶³ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* - **Teoria da Constituição**. 1928. p. 168.

⁶⁴ BRASIL. **Lei 8.080/90**. Brasília. FERNANDO COLLOR DE MELO. Art. 2º.

autoridades subordinadas), podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito.⁶⁵

Esse é um dos principais sentidos do direito de liberdade dito por Bobbio, sendo como autodeterminação, autonomia e capacidade de legislar para si mesmo.⁶⁶

Além de expressamente versar sobre o direito à saúde no artigo 6º, indiretamente pode-se interpretar com relação à saúde o disposto no artigo 1º, III, que prevê a dignidade da pessoa humana, além da inviolabilidade do direito à vida no “caput” do artigo 5º, visto que para ter vida e dignidade, a saúde é indispensável.

Em se tratando de dignidade da pessoa humana, atua como fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca complexidade entre os direitos individuais e direitos sociais, na medida em que todos eles densificam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana, ainda que ela não se reduza.⁶⁷

Em conformidade com esse entendimento, o direito à vida também se entrelaça com o direito à saúde, ao passo em que tudo que interfere em desfavor ou prejuízo do fluir espontâneo e incessante contraria a vida⁶⁸ sendo necessário ter uma boa saúde para manter a marcha regular do direito à vida.

A categoria de fundamentalidade, segundo Gomes Canotilho, aponta para especial dignidade de proteção dos direitos, num sentido formal e material.⁶⁹

A fundamentalidade do direito à saúde no aspecto material encontra guarida e ligação à relevância do bem jurídico tutelado pela

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Editora Icone. 1999. p. 199/200.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Editora Elsevier. 8ª Tiragem. 2004. p. 80.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora SaraivaJur, 2018. 2ª Edição. p. 567.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, 2005. 25ª Edição. p. 197.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Edição. Libreria Almedina, Coimbra. 1993. p. 498.

ordem constitucional, sendo inquestionável a importância da saúde para a vida e dignidade humana.⁷⁰

Materialmente entendida como uma característica conatural a um direito, por entender-se que determinado direito constitui uma das ideias estruturantes e necessárias de um ordenamento jurídico “justo”⁷¹

Outrossim, a dignidade da pessoa humana assim como os demais direitos fundamentais e individuais, só se realizam plenamente com a efetividade e aplicação dos direitos sociais, especialmente o da saúde.⁷²

É fundamental, sendo ela (norma fundamental) que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.⁷³

É formalmente constitucional, posto que previsto expressamente no texto constitucional. De acordo com Kelsen, a Constituição está no mais alto grau hierárquico, razão pela qual consiste no ápice normativo e representa o fundamento último de validade positiva.⁷⁴

A professora Mariana Baeta, ao interpretar a teoria de Kelsen, pontua que Constituição deve ser precisa no que diz respeito à definição dos princípios constitucionais, não deixando margem para reconhecimento material de princípios que não tem previsão em seu texto.⁷⁵

Assim, sendo o direito à saúde um direito fundamental, carrega as características dos direitos fundamentais, se tratando de direito indisponível, indispensável e sendo vedado o seu retrocesso.

⁷⁰ SALET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº11, set/out/nov. 2007. p. 3.

⁷¹ OLIVEIRA, Danilo de; ABUD Carol de Oliveira; LAMY, Marcelo. **Consequências de o direito à saúde ser um direito humano e fundamental**. VI Encontro Virtual do Conpedi. 2023. p.139.

⁷² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Editora Saraiva. São Paulo. p. 154.

⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Martins Fontes, 2006, 7ª Edição. p. 217.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Martins Fontes, 2006, 7ª Edição. p. 247.

⁷⁵ MATSUSHITA, Mariana Barboza Baeta Neves; ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Igor Rafael Carvalho de. **Justiça Constitucional entre o Passado e o Presente**. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas. Vol. 10, N 2, 2022. p.638

Na ambiência dos direitos sociais, assevera-se que são indisponíveis, sendo assim que ocorre no ramo trabalhista e previdenciário e, também, quanto aos direitos à saúde e à educação.⁷⁶

Oliveira, Abud e Lamy, discorreram sobre o tema e observaram que conforme a indisponibilidade do direito à saúde, o titular não poderia (ou deveria) abrir mão desse direito, contudo, citaram os casos em que os trabalhadores buscam a transferência para laborar em setores que contém insalubridade, casos em que deverão receber o adicional, de certa forma sacrificando o direito indisponível da saúde em detrimento do capital.⁷⁷

A proibição do retrocesso assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito,⁷⁸ sendo vedado ao poder estatal proferir decisões que diminuam ou suprimam o direito à saúde.

E não apenas ser vedado o retrocesso como também o ordenamento deve ser estruturado, pautado e desenvolvido com a finalidade do progresso.⁷⁹

Caio Corralo pontua que o desenvolvimento não é um objetivo ou fim, mas um meio para a humanidade alcançar um estado de bem-estar geral, proporcionando uma situação mínima de existência.⁸⁰

O direito à saúde é indispensável e não pode ser preterido quando sopesados com direitos infraconstitucionais,⁸¹ além disso, quando há

⁷⁶ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas.** Revista Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010. p. 334.

⁷⁷ OLIVEIRA, Danilo de; ABUD Carol de Oliveira; LAMY, Marcelo. **Consequências de o direito à saúde ser um direito humano e fundamental.** VI Encontro Virtual do Conpedi. 2023. p.140.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang Proibição de Retrocesso e Dignidade da Pessoa Humana; in: Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros. p.223.

⁷⁹ OLIVEIRA, Danilo de; ABUD Carol de Oliveira; LAMY, Marcelo. **Consequências de o direito à saúde ser um direito humano e fundamental.** VI Encontro Virtual do Conpedi. 2023. p.140.

⁸⁰ CORRALO, Caio. **Os efeitos da coisa julgada tributária no direito ao desenvolvimento.** I Seminário Internacional Segurança Jurídica Coletiva. 2022. p. 227.

⁸¹ Sérgio Sérulo da Cunha enumera como sendo a influência lógica do ordenamento jurídico, no qual normas infraconstitucionais não podem se sobrepor a mandamentos contidos na Constituição Federal.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios Constitucionais.** Editora Saraiva. 2013. 2ª Edição. p.58.

colisão entre direitos fundamentais, se resolve pelo critério axiológico, preferindo-se aquele de maior peso valorativo (relação de precedência), apurado mediante ponderação, e não pelo critério lógico de validade (relação de validade), incidente na antinomia entre regras.⁸²

As disposições constitucionais conferindo ao direito à saúde o de ser direito fundamental não trouxe apenas previsão à saúde ou princípios norteadores, como também demonstrou a estrutura na qual a saúde ficaria regida por todo o país.

2.2 A estrutura constitucional da saúde

A Constituição Federal no artigo 198, determinou que as ações e serviços públicos de saúde, constituem um sistema único,⁸³ observando, portanto, o artigo não cria apenas o Sistema Único de Saúde, como também demonstra a previsão da saúde pública dentro da estrutura sanitária.

A saúde suplementar está amparada no “caput” do artigo 199, no qual preceitua que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.⁸⁴

Há ainda uma terceira via na estrutura constitucional da saúde, que é a saúde complementar, constante no parágrafo 1º, do artigo 199, no qual determina a possibilidade de participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 199, §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.⁸⁵

⁸² SAES, Wandimara Pereira dos Santos. **Colisão de direitos fundamentais. Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 76, jul./set. 2011, pp. 115-138.

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 198, “caput”.

⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 199, “caput”.

⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 199, §1º.

Outrossim, além do artigo 197 da Constituição Federal indicar a relevância pública conferida aos serviços de saúde, sua parte final do “caput” aponta quais são os atores que podem executar os serviços de saúde, corroborando com a estrutura pluralista da saúde brasileira.

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**. (negritei)

Portanto, afere-se que o Sistema de Saúde brasileiro adota um sistema híbrido, contendo 3 (três) modalidades em sua estrutura: i) saúde pública, ii) saúde complementar e iii) saúde suplementar.

Segundo Carol Abud, as três modalidades prestacionais de saúde, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, são de ações de relevância pública, sendo dever do Estado dispor acerca da regulação, fiscalização e controle.⁸⁶

Resultante das complexas inter-relações existentes nos sistemas de saúde envolvendo recursos humanos, físicos e financeiros, não há um país cuja totalidade dos cuidados à saúde seja de exclusividade dos agentes públicos ou exclusivamente por instituições privadas.⁸⁷

Trata-se de saúde pública quando os serviços públicos são oferecidos pelo próprio setor público, com estrutura pública e de acordo com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Quando houver atuação da iniciativa privada sendo estrutura e serviços privados, só que por contrato ou convênio, do Poder Público com, preferencialmente, entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas, que atuaram sob as diretrizes do SUS, será saúde complementar.

⁸⁶ ABUB, Carol de Oliveira. **Manual da boa-fé objetiva nos planos de saúde Análise dos deveres de conduta, conceitos parcelares e direito fundamental à saúde na formação dos contratos de plano de saúde**. Editora Dialética. 2021. p. 40.

⁸⁷ SCHEFFER, Mário César; BAHIA, Lígia. **Público e privado na saúde** in **SUS TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER**. PAIM, Jairnilson Silva. São Paulo, Rio de Janeiro, 2019. Editora Atheneu. p. 219/220.

Além disso, para a saúde integralmente privada, na qual é ofertado serviços de saúde com profissionais particulares, diretamente ou por meio de planos de saúde e seus derivados, de forma autônoma ou conjuntamente, mediante pagamento, constitui a saúde suplementar.

2.2.1 Saúde Pública

A tônica do artigo 196, da Constituição Federal, determinou que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, sendo, portanto, papel do Estado a garantia mediante políticas sociais e econômicas o acesso universal e igualitário à saúde.

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.⁸⁸

Criou-se o dever do Estado de garantir a saúde de acesso universal, assim sendo, sua cobertura e seu atendimento deverá alcançar todos os brasileiros e estrangeiros, entregando ao Estado a responsabilidade pela saúde,⁸⁹ sendo assim, possível extrair a atribuição de um direito público, universal à saúde.⁹⁰

Além disso, os ditames determinados pela Constituição acerca do acesso igualitário, indicam a vedação de tratamento desigual e discriminatório entre os pacientes.

Com a Constituição de 1988, tornou-se impossível falar de Saúde Pública sem associar-se com o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo suas diretrizes também de determinação constitucional, conforme o artigo 198.

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 196.

⁸⁹ Barreto Júnior, Irineu Francisco; Miriam Pavani. **O direito à saúde na ordem constitucional brasileira**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 14(2), p. 82

⁹⁰ TEMER, Milena Cirqueira, *et. al.* **Seguridade Social no Brasil e o direito à saúde como garantia de um direito fundamental**. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Vitória – ES. 2018. p. 9.

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;

II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - **participação da comunidade**.⁹¹ (negritei)

Assim como as diretrizes da saúde pública, temos a i) a regionalização, ii) a hierarquização, iii) a descentralização, iv) o atendimento integral e v) a participação da comunidade.

A regionalização diz respeito às questões territoriais, portanto, a saúde sendo “um direito de todos e dever do Estado” implica enfrentar questões tais como a de a população buscar serviços públicos de saúde, tendo por referência a sua proximidade.⁹²

Além disso, a regionalização não tem ligação apenas com serviços próximos do usuário, mas também com a organização com a própria distribuição dos serviços de saúde e dos recursos empregados, dentro do espaço territorial.

A regionalização foi determinada com o fito de auxiliar na estruturação das regiões de saúde, de modo a contemplar as necessidades locoregionais, reduzir as desigualdades de acesso e aprimorar a integralidade da atenção regional oferecida, além de ser estratégia para a descentralização das ações e serviços de saúde.⁹³

Importante destacar que para fins de regionalização, nem sempre as fronteiras municipais serão determinantes para determinada política sanitária, tendo o Decreto 7.508/2011 trazido uma definição precisa quanto às regiões de saúde.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 198.

⁹² COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula S. **A Saúde como Direito e como Serviço**. Cortez Editora, 1999. 2ª Edição. p. 25.

⁹³ AGUIAR, Zenaide Neto. **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percursos, perspectivas e desafios**. São Paulo, 2015. Editora Martinari, 2ª Edição. p. 119.

Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:

I - Região de Saúde - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde.⁹⁴

E para que seja superada a questão, traz-se o exemplo da constitucionalidade da regionalização do saneamento básico, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na qual foi ponderada as especificidades econômicas e sociais da prestação desse serviço, que por vezes, demanda coordenação que ultrapassa fronteiras de um único município.⁹⁵

A hierarquização está relacionada à organização no qual determina a hierarquia dos níveis de atenção e complexidade, sendo divididas em i) atenção primária ou baixa complexidade, ii) atenção secundária ou complexidade intermediária, iii) atenção terciária ou alta complexidade.

Essa divisão de níveis de complexidade balizam a forma na qual o acesso a saúde se dará, tendo como níveis mais complexos de necessidade aos níveis mais altos, de acordo com o caso concreto, direcionando adequadamente de acordo com as exigências de saúde, para que assim seja organizado dentro do sistema.⁹⁶

Sendo a atenção primária, um meio de possibilitar que todos os indivíduos recebam a assistência indispensável, aceitável e proporcional aos recursos disponíveis.⁹⁷

A diretriz da descentralização confere às atribuições e competências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), distribuindo

⁹⁴ BRASIL. **Decreto 7.508/11**. DILMA ROUSSEF. Art. 2º, I.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Saneamento básico: repartição de competências para garantir a segurança sanitária e o direito à saúde**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jul/set.; 12(3) p.19.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora SaraivaJur, 2018. 2ª Edição. p. 2021.

⁹⁷ LAMY, Marcelo; Oliveira, Danilo de; Bernal, Francisco Carlos. **Atenção Primária à Saúde: ideias estruturantes**. Revista UNISANTA – Direito e Ciências Sociais. Vol. 12, No 2 (2023). p. 158.

sua competência nos três níveis governamentais, com objetivo de tornar os serviços mais eficientes.

Essa diretriz também se encontra estampada nos artigos já citados 23, II e 24, XII, da Constituição Federal, no qual outorga a competência comum para os cuidados da saúde entre os entes federativos e concorrentes para legislar (excetuando os Municípios).

A integralidade ou atendimento integral, garante que a atenção à saúde sendo ela para prevenção ou reestabelecimento para todo e qualquer tipo de agravo de saúde existente e para todos.

Inclusive, encontra ligação íntima com o princípio de que todos os seres humanos têm o igual direito à vida, sendo que no caso de doença, cada um tem o direito ao tratamento condigno, de acordo com o estado atual da ciência médica.⁹⁸

Sendo assim, as políticas de saúde devem abarcar quaisquer doenças e atenção a todos os grupos, sem distinção, como por exemplo políticas de atenção à IST/ AIDS, saúde integral à mulher, gestante, crianças e adolescentes, entre outros.⁹⁹

A participação da comunidade ou participação social, indica a participação da sociedade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), instâncias e órgãos colegiados ligados ao Sistema, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, são exemplos de participação comunitária.

Representantes da sociedade civil junto às Conferências de Saúde, tendo eles competência para realizar proposições às políticas de saúde em cada nível dos entes federativos, participando, inclusive, nas agências reguladoras ligadas à saúde, como por exemplo, A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).¹⁰⁰

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, 2005. 25ª Edição. p. 308.

⁹⁹ MATTA, Gustavo Corrêa. **Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde**. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lucia de Moura (Org.). Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007. p. 72.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora SaraivaJur,

Sendo assim, a participação comunitária é um poderoso instrumento da sociedade, formalmente reconhecido e instituído no âmbito da Saúde Pública, para o controle social no campo da saúde e em consonância com o desenvolvimento da democracia do país.¹⁰¹

Além disso, o Sistema Único de Saúde (SUS) é regulado pela Lei 8.080/90, no qual institui que o SUS é formado por um 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, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS), estando incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.¹⁰²

Em linhas gerais, a Saúde Pública é regida pelos princípios de diretrizes norteadoras, tendo suas políticas públicas voltadas para o funcionamento, estruturação e eficiência do Sistema Único de Saúde, contudo, ainda há no ordenamento jurídico previsão constitucional da saúde privada, sendo ela complementar e suplementar.

2.2.2 Saúde Complementar

Em que pese o artigo 196 da Constituição Federal determinar que a saúde é dever do Estado, a própria Constituição, em seus artigos 197 e 199, confere a possibilidade de os serviços de saúde serem prestados tanto pelo Estado quanto pelo particular.

A saúde complementar está positivada especificamente no artigo 199 da Constituição:

Artigo 199: A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

2018. 2ª Edição. p. 2022.

¹⁰¹ MATTA, Gustavo Corrêa. **Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde**. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lucia de Moura (Org.). Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007. p. 78.

¹⁰² BRASIL. **Lei 8.080/90**. FERNANDO COLLOR DE MELO. Art. 4º e §1º.

§ 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.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.¹⁰³

Além disso, a Lei nº 8.080/90, dispõe que a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.¹⁰⁴

A prestação dos serviços ligados à saúde complementar funciona por meio de contratos ou convênios, nos quais as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos firmam contrato de direito público para que realize a prestação de serviços à população.

Segundo Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, a saúde complementar é atividade delegada à iniciativa privada, no qual atua no lugar do Poder Público, devendo os serviços observar os princípios éticos e às normas do Sistema Único de Saúde (SUS), no que diz respeito às suas condições de funcionamento.¹⁰⁵

A Lei nº 8.080/90, em seu Capítulo II, dispõe sobre a participação complementar do particular nos Serviços Públicos de saúde:

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

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 199.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei 8.080/90**. FERNANDO COLLOR DE MELO. Art. 4º, § 2º.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora SaraivaJur, 2018. 2ª Edição. p. 2025.

convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

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

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

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º (Vetado).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 5º Os valores a que se refere o **caput** deste artigo, para o conjunto das remunerações dos serviços de saúde, serão definidos no mês de dezembro de cada ano, por meio de ato do Ministério da Saúde, devendo-se buscar a garantia da qualidade do atendimento, o equilíbrio econômico-financeiro na prestação dos serviços e a preservação do valor real destinado à remuneração de serviços, observada a disponibilidade orçamentária e financeira.¹⁰⁶

Portanto, segundo o sistema de saúde complementar, o usuário dos serviços de saúde utilizará de instituições privadas, contudo a prestação será custeada pelo Estado, diferentemente da saúde suplementar, no qual o usuário utiliza das instituições privadas e realiza o custeio da prestação recebida.

2.2.3 Saúde Suplementar

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 8.080/90**. Brasília, 1990. FERNANDO COLLOR DE MELO. Art. 24, 25 e 26.

A saúde suplementar também tem sua previsão nos artigos 197 e 199 da Constituição Federal, só que nesse caso o sistema é puramente privado.

O artigo 199 preconiza que é livre à iniciativa privada a assistência à saúde,¹⁰⁷ com isso, sua interpretação deve se dar de forma conjunta com outros mandamentos constitucionais, como os princípios gerais da atividade econômica constantes no artigo 170 da Constituição Federal.¹⁰⁸¹⁰⁹

A saúde suplementar emerge com o intuito de aliviar o Estado, permitindo que a população tenha atendimento de serviços de saúde que satisfaça suas necessidades, contudo, é serviço de regulação estatal, visto seu caráter de interesse e relevância pública, conforme do artigo 197, da Constituição Federal.¹¹⁰

Sendo assim, é lícito a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado à execução dos serviços de saúde, sendo esses serviços subdivididos em contratos de planos de saúde e de seguro saúde, cujo segundo Marco Antônio de Freitas, sua concepção e finalidade praticamente se confundem.¹¹¹

Lígia Bahia e Mario Scheffer pontuaram as diferenças, que aparentemente não influem ao usuário:

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 199.

¹⁰⁸ O artigo 170 da Constituição Federal enumera de forma exemplificativa os princípios norteadores da ordem econômica (I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.) BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 170.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora SaraivaJur, 2018. 2ª Edição. p. 2024.

¹¹⁰ Segundo o artigo 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.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 197.

¹¹¹ FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. **Tutelas Provisórias Individuais nos Contratos de Plano de Saúde**. Editora Lumen Juris. 2018. p. 16.

As principais diferenças entre planos e seguros de saúde são: 1) quanto à natureza das empresas que comercializam os contratos, as seguradoras integram o sistema financeiro, enquanto as empresas de planos são regidas por outro ordenamento jurídico e tributário; 2) em decorrência da natureza do contrato de seguro, os seguros de saúde necessariamente admitem a livre escolha dos prestadores de serviços mediante reembolso, enquanto para as empresas de planos de saúde a modalidade de reembolso é opcional.¹¹²

Enquanto o seguro-saúde realiza o ressarcimento dos valores gastos com a prestação de serviço de saúde, os planos de saúde realizam a prestação de serviços pelas empresas ou profissionais credenciados.¹¹³

A Lei 9.656/98 faz a definição legal dos planos de assistência à saúde no I, do artigo 1º:

Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.¹¹⁴

É possível também uma relação entre particulares (tanto prestador de serviço quanto destinatário), sendo lícito ao particular fornecer diretamente serviços de saúde ao paciente.

Ademais, a regulação da saúde suplementar também se encontra respaldada e disciplinada na Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), sendo que sua regulação de mercado é realizada pela autarquia federal

¹¹² BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario. **Planos e Seguros Privados de Saúde**. In Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. GIOVANELLA, Lígia. Editora Fiocruz. 2ª Edição. 2012. p. 428.

¹¹³ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguros-saúde**. Editora Saraiva. São Paulo, 2010. p. 76

¹¹⁴ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 1º, I.

denominada de Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e pela Lei 10.185/01.

Para regulação do mercado, em outras palavras, tem a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) como objetivo a garantia da efetividade dos serviços prestados pelo particular, defendendo os interesses dos usuários, equacionando com interesses das operadoras e do Estado.¹¹⁵

Já o inciso II do artigo 1º da Lei 9.656/98, define o que é a operadora dos planos de assistência saúde:

Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato.¹¹⁶

As operadoras de planos/seguros-saúde firmam contratos de trato sucessivo com os usuários, que tem como características bilateralidade, onerosidade, aleatoriedade, obrigações recíprocas e prazo indeterminado.

Os contratos são bilaterais ou multilaterais quanto aos sujeitos participantes da relação jurídica, sinalagmático ou de obrigações recíprocas pois enquanto de um lado o usuário se obriga a pagar as prestações periódicas, de outro as operadoras ficam obrigadas a prestar o serviço de saúde.¹¹⁷

Portanto, dentro do sistema da saúde suplementar, as operadoras firmam os contratos privados de saúde com os usuários, de forma a atender suas necessidades, dentro dos parâmetros legais e recomendados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, de forma a atingir sua função social.

¹¹⁵ SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde**. São Paulo. Editora Pontes, 2005. p. 159

¹¹⁶ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 1º, II.

¹¹⁷ ABUB, Carol de Oliveira. **Manual da boa-fé objetiva nos planos de saúde Análise dos deveres de conduta, conceitos parcelares e direito fundamental à saúde na formação dos contratos de plano de saúde**. São Paulo. Editora Dialética. 2021. p. 44.

2.2.3.1 Conselho de Saúde Suplementar

O Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, é um órgão colegiado deliberativo criado pelo artigo 35-A, da Lei 9.656/98.¹¹⁸

Os membros do Conselho têm como uma de suas atribuições deliberar sobre a saúde suplementar por meio de resoluções.

§ 1º O Conselho deliberará mediante resoluções, por maioria de votos, cabendo ao Presidente a prerrogativa de deliberar nos casos de urgência e relevante interesse, **ad referendum** dos demais membros.¹¹⁹

Dentre as Resoluções do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, está a Resolução nº 19/1999, no qual contém a ressalva quanto a comercialização de planos individuais, desobrigando as operadoras que não detém tal plano em seu portfólio.

Art. 3º Aplicam-se as disposições desta Resolução somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar.¹²⁰

A Resolução nº 19 foi utilizada em fundamentação do Superior Tribunal de Justiça, na qual terá maior análise em momento posterior da pesquisa.

2.3 Serviço Público

Nos ensinamentos da professora Dinorá Grotti, pode-se conceber que cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico.¹²¹

¹¹⁸ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 35-A.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 35-B, §1º.

¹²⁰ Conselho de Saúde Suplementar. Resolução 19/1999. Brasília, José Serra. Art. 3º.

¹²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 87.

A conceituação doutrinária de serviço público é diversa e não é homogênea, sendo adotados parâmetros diversos para compor sua concepção.

Pela definição do Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹²²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, identificou que existem dois conceitos possíveis a serem adotados pela doutrina, conceito amplo e conceito restrito, no qual para ambos, são adotados elementos combinados para formular definição doutrinária específica.¹²³

O conceito amplo, segundo Edmir Araújo, integra todas as atividades executadas pelo Estado, englobando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, já para o conceito restrito, apenas os exercidos pela Administração, ou seja, relacionada apenas ao Poder Executivo.¹²⁴

Na definição clássica de Hely Lopes Meirelles:

Serviços públicos, em sentido amplo, se entendem todos aqueles realizados pelo Estado ou por seus delegados, sob as condições impostas pelo Poder Público, para a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da comunidade.¹²⁵

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Editora Malheiros. 31ª Edição. p. 689.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 36ª Edição. 2023. p. 268.

¹²⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. 2014. Editora Saraiva. 6ª Edição. p.124.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1966. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição. p. 267.

A definição de conceito amplo, também é conhecida pela doutrina como conceito de função pública, pois abarca a todas as funções do Estado (legislativa, executiva e judicial),¹²⁶ ou terminologia vulgar.¹²⁷

Pela definição do conceito amplo, Miguel S. Marienhoff:

A doutrina predominante, com razão, ao se referir à administração pública, não a considera em sentido orgânico ou subjetivo, mas do ponto de vista material, substancial ou objetivo; em outras palavras, a administração é caracterizada com base na natureza jurídica interna do ato administrativo, com total desconsideração da natureza do órgão ou agente produtor do ato. O “autor” do ato é, portanto, desconsiderado: apenas o “ato” em si é levado em conta. Esse é o critério pelo qual a administração pública será considerada no presente trabalho. É a “substância” de uma instituição que a define, não a “forma” ou o “autor” dos respectivos atos: a “forma” e o “autor” são apenas elementos contingentes. Portanto, pode haver “administração” não apenas na atividade do executivo, mas também em parte da atividade do legislativo ou do judiciário.¹²⁸ (tradução livre)

Para Grotti, a utilização isolada dos critérios apresentados não oferece condições para solucionar a definição doutrinária de serviço público, devendo ser combinadas para que não seja observada apenas parte da realidade.¹²⁹

Maria Sylvia Di Pietro demonstrou em sua doutrina que autores denominaram de crise na noção de serviço público, e citou a tese de

¹²⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 107.

¹²⁷ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. 2018. Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 13ª Edição. p. 631.

¹²⁸ La doctrina predominante, con todo acierto, al referirse a la administración Pública no considera a ésta en sentido orgánico o subjetivo, sino desde el punto de vista material, substancial u objetivo; vale decir, la administración resulta caracterizada en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto. Se prescinde, pues, del "autor" del acto: sólo se tiene en cuenta el "acto" en sí mismo. Tal es el criterio con que será considerada la Administración Pública en la presente obra. Lo que ha de definir una institución es la "substancia" de la misma, no la "forma" ni el "autor" de los actos respectivos: la "forma" y el "autor" sólo constituyen elementos contingentes. Puede, entonces, haber "Administración" no sólo en la actividad del ejecutivo, sino también en parte de la actividad del órgano legislativo o de la del órgano judicial.

MARIENHOFF, Miguel S., **Tratado de Derecho Administrativo – TOMO I**. Buenos Aires. 1960. p. 39.

¹²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 47.

doutorado de Louis Corail, da França, no qual constatou que os três requisitos apontados pela doutrina não são essenciais, podendo faltar um ou até dois os requisitos e mesmo assim, ainda ser considerado serviço público.¹³⁰

Segundo Hely Lopes Meirelles, o conceito não é uniforme, sendo apresentado pela doutrina três classificações de critérios ou elementos, ora noção orgânica ou subjetiva, apenas considerados pelos serviços prestados por órgãos públicos, ora conceito material ou objetivo, pela definição de seu objeto e ora formal, pela identificação de suas características extrínsecas.¹³¹

Já pelo critério formal, o que é relevante para esse elemento é o regime jurídico pelo qual a prestação do serviço se dará.

O serviço público seria aquele exercido sobre regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.¹³²

Com isso, sob a perspectiva formal a conceituação de serviço público como sendo procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, o processo de direito público e regime jurídico-administrativo.¹³³

O critério subjetivo consiste na figura do Estado ou de sua entidade figurar como titular exclusivo da prestação do serviço.

Em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um grande organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público.¹³⁴

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 36ª Edição. 2023. p. 276.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros. 41ª Edição. p. 407.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 36ª Edição. 2023. p. 275.

¹³³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 46.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo. Editora RT. 1968. p. 151.

Anteriormente essa definição era funcional e fazia sentido, sobretudo na França, pois o Estado era o único a promover prestação de serviços público, contudo, com o passar do tempo, o Estado assumiu outras responsabilidades, sendo impossível manter a centralização, transferindo então ao particular a prestação de alguns serviços público.¹³⁵

Sendo assim, surgiu a necessidade da análise de um novo critério para a combinação e definição de serviço público, passando a analisar a natureza da atividade a ser prestada, surgindo, portanto, o critério objetivo.¹³⁶

Segundo Marçal Justen, o aspecto material é o mais relevante, do ponto de vista lógico, pois sua qualidade de serviço público decorre à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais.¹³⁷

Pela definição da professora Maria Sylvia Di Pietro, o aspecto material considera a atividade exercida, é aquele que tem por objetivo a satisfação das necessidades coletivas.¹³⁸

Marienthoff demonstrou o aspecto material pela seguinte descrição:

A concepção “orgânica”, como critério determinante do que se deve entender por serviço público, opõe-se à concepção “funcional”, substancial ou material, que define ou considera o serviço público não precisamente com base em quem o presta ou executa, mas sim com base na natureza da “necessidade” que é satisfeita por esse meio ou com essa atividade; Assim, para aqueles que pensam dessa última forma, haverá serviço público tanto quando for prestado ou executado pela administração pública - direta ou indireta - quanto quando for prestado por particulares ou pelos administrados, desde que a respectiva “necessidade” assim satisfeita atenda a determinadas características.¹³⁹ (tradução livre)

¹³⁵ DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros. p.71.

¹³⁶ DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros. p.71.

¹³⁷ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. 2018. Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 13ª Edição. p. 636.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 36ª Edição. 2023. p. 275.

¹³⁹ La concepción “orgánica”, como criterio determinante de lo que ha de entenderse por servicio público, tiene como opuesta a la concepción “funcional”, sustancial o material, que define o considera al servicio público no precisamente sobre la base de quien lo preste o realice, sino en mérito a la índole de la “necesidad” que por ese medio o con esa actividad se satisfaga; de modo que para quienes piensen de esta última manera,

Pela leitura clássica de Hely, os serviços públicos são privativos e exclusivos do Poder Público e só por seus órgãos poderia ter sua execução.¹⁴⁰

Contudo, pela revisão da obra de Hely Lopes Meirelles, realizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, admitiram em nota de rodapé que esse entendimento está ultrapassado.

Atualmente não mais cabe o entendimento de Hely Lopes Meirelles, colocando, p. ex., "o ensino", quando prestado pelo "particular", como desprovida da natureza jurídica de serviço público. A evolução do tema também levou o insigne Eros Grau a rever semelhante posição adotada na obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica), São Paulo, Ed. RT, 1990, p. 149, item 57, reconhecendo, nas últimas edições dessa obra, que tal "raciocínio" era "errôneo", visto ter partido de premissa equivocada, qual seja, a de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Isso, como se vê, é inteiramente insustentável (ob. cit., 16ª ed., p. 120). Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, adotando a terminologia 'titularidade exclusiva' para os serviços 'privativos' e 'não privativos' (*Grandes Temas de Direito Administrativo*, cit., p. 284).¹⁴¹

Sendo assim, para a concepção material ou objetiva de serviço público, afere-se a natureza da atividade a ser prestada, atendendo necessidades que abrangem o interesse da coletividade, é considerado serviço público por tal concepção.

2.3.1 Saúde Pública como serviço público

habrá servicio público tanto en el supuesto de que lo preste o realice la Administración Pública -directa o indirectamente-, como en el caso de que lo presten los particulares o administrados, siempre y cuando la respectiva "necesidad" que así se satisfaga reúna determinados caracteres.

MARIENHOFF, Miguel S., **Tratado de Derecho Administrativo – TOMO II**. Buenos Aires. 1960. p. 3.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros. 41ª Edição. p. 409.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros. 41ª Edição. p. 409.

Com relação ao direito à saúde pública, na estrutura apresentada no item 2.2.1 do presente estudo, confrontando com os critérios apresentados para a definição doutrinária de serviço público, pode-se aferir que sendo a pessoa jurídica prestadora do serviço um ente público, de execução direta pelo SUS (ex: policlínicas, Unidades de Pronto Atendimento – UPAs, etc), portanto tendo regime jurídico de direito público e sendo os serviços de saúde considerados como de matéria relevante perante a sociedade, tendo seu interesse social estampado na Constituição Federal, trata-se de um serviço propriamente público.

2.3.2 Saúde Complementar como serviço público

Com relação ao direito à saúde complementar, na estrutura apresentada no item 2.2.2, sendo a saúde matéria de relevância e por finalidade a satisfação das necessidades coletivas, só que nesse caso não sendo o serviço prestado diretamente pelo Estado, mas sim por particular, contudo pelo regime do Sistema Único de Saúde – SUS, por regime de contrato de direito público ou convênio (ex: Hospitais Santas Casas que firmaram convênio com o Poder Público), trata-se, também de serviço público próprio.

A título de fixação dos ensinamentos da Professora Maria Sylvia Di Pietro, ao Estado perceber que não seria capaz de prestar com exclusividade determinados serviços, tiveram alterações nas concepções subjetivas e formais de serviço público.

A partir daí, dois elementos foram afetados; o elemento subjetivo, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público. E o elemento formal, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.¹⁴²

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 36ª Edição. 2023. p. 276.

Assim, na saúde complementar, o serviço também é considerado público.

2.3.3 Saúde Suplementar como serviço público

Com relação ao direito à saúde suplementar, na estrutura apresentada no item 2.2.3, a matéria é de relevância e satisfação das necessidades coletivas, contudo, os serviços prestados por particular sob regime jurídico de direito privado (ex: hospital privado, clínica de vacinação privada, etc), ainda se tratará de serviço público, contudo, nominado pela doutrina como serviço público impróprio ou virtual.

Os serviços públicos que são denominados de públicos pela sua matéria e que tem sua prestação pelo particular, como em muitos casos da saúde no Brasil, são conhecidos pela doutrina por serviços públicos impróprios ou virtuais.

Dinorá Grotti, ao comentar a doutrina de Marienhoff, aponta que segundo o autor, todas as atividades exercidas por particulares ou administrados com o objetivo de satisfazer necessidades de caráter geral, por seu caráter e natureza constituem serviço público virtual, oriundo do critério objetivo.¹⁴³

Pela análise da professora Dinorá, outros autores coadunam com o entendimento de Marienhoff, classificando como próprio ou impróprio o serviço público, como o italiano Arnaldo De Valles, pontuando que essas atividades se encontram no âmbito do direito público, mesmo prestado por particular, pois contrariamente ao que ocorre no direito privado, são de subordinação do particular à administração pública.¹⁴⁴

Estando subordinados, podem ser limitados pelo Estado, em defesa do interesse geral, por meio de suas regulações, controlando

¹⁴³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 117.

¹⁴⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 117.

preço, qualidade, e demais aspectos que sejam de interesse ao bem comum.¹⁴⁵

O recorte determinado pela grande relevância social, inclusive dado a característica da saúde com sendo serviço de relevância pela própria Constituição, aplicando os conceitos, denota-se o caráter de serviço público.

Portanto, mesmo que prestados por particular, em sede de Saúde Suplementar, os serviços de saúde continuam sendo serviços públicos.

3. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE OFERTA DE PLANOS INDIVIDUAIS

As operadoras dos planos de saúde podem comercializar contratos com algumas modalidades de tipos de contratação, conforme o inciso VII do artº 16, da Lei 9.656/98:

VII - o regime, ou tipo de contratação:

- a) individual ou familiar;
- b) coletivo empresarial; ou
- c) coletivo por adesão.¹⁴⁶

O regime de contratação a ser comercializado pelas operadoras de planos/seguros-saúde, implicam diretamente nas características e condições do contrato, sobretudo no que diz respeito à rescisão unilateral e ao reajuste praticado pelas operadoras.

O artigo 10, da Lei 9.656/98 institui o plano-referência:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas

¹⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. p. 117.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 16, VII.

na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei.¹⁴⁷

O artigo 13, da Lei 9.656/98, aponta algumas diferenças entre os planos individuais e coletivos por adesão:

Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

I - a recontagem de carências;

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.¹⁴⁸

A previsão de renovação automática serve para todos os tipos, contudo, para os planos celebrados individualmente a Lei prevê um rol de direitos maior, visando o equilíbrio contratual.

Além disso, para o reajuste, segundo Abud, para os planos de saúde individuais o reajuste linear será tabela divulgado e aplicado pela variação de porcentagem autorizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Para os coletivos, apenas monitoração da variação dos valores.¹⁴⁹

No que tange ao reajuste, o índice dos planos individuais se dá através do controle da ANS (mais vantajoso para o consumidor, já para os planos coletivos o reajuste se dá pela variação de custos

¹⁴⁷ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 10.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 13

¹⁴⁹ ABUB, Carol de Oliveira. **Manual da boa-fé objetiva nos planos de saúde Análise dos deveres de conduta, conceitos parcelares e direito fundamental à saúde na formação dos contratos de plano de saúde**. Editora Dialética. 2021.

médicos e hospitalares (VCMH), por sinistralidade, e por faixa etária.¹⁵⁰

Tendo em vista que os planos de saúde individuais detêm maiores garantias ao consumidor, muitas operadoras de planos de saúde deixaram de comercializar esses planos.

Segundo a tabela extraída do site oficial do governo federal, o número de operadoras que comercializam planos individuais ou familiares é menor em comparação às que ofertam planos coletivos empresariais ou coletivos por adesão.

TABELA 1

Operadoras com planos ativos por tipo de contratação		
Individual ou Familiar	365	
Coletivo Empresarial	594	
Coletivo por adesão	538	

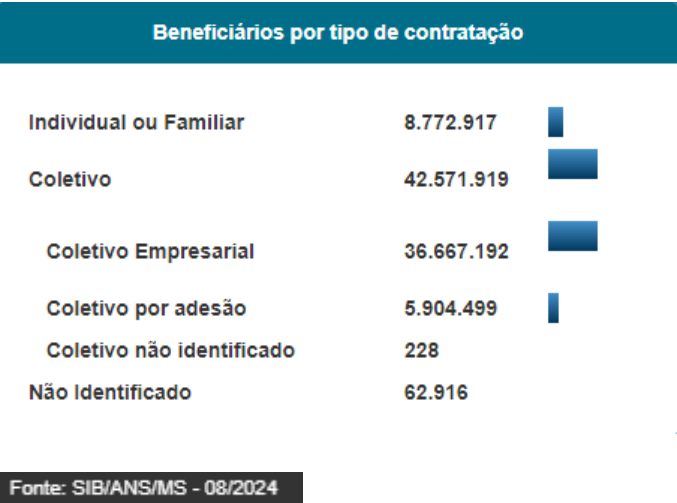
Fonte: Portal de transparência ans.gov.br¹⁵¹

Além disso, ao analisar o número de usuários em planos individuais, pode-se aferir que o número é quase quatro vezes menor em relação aos usuários de planos coletivos.

¹⁵⁰ HAYAMA, Guilherme Schmidt; KHAMIS, Renato Braz Mehanna; CHAGAS, Felipe da Silva Corralo. **O falso coletivo e a resilição unilateral pelas operadoras de saúde: Reflexões sobre o Tema 1047 do STJ.** Revista UNISANTA – Direito e Ciências Sociais. Vol. 12, No 2 (2023). p. 125.

¹⁵¹ Dados extraídos do site oficial da Agência Nacional de Saúde Suplementar. https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html

TABELA 2



Fonte: Portal de transparência GOV/ANS¹⁵²

Além disso, o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, emitiu a resolução nº 19, na qual determina que as operadoras disponibilizem planos individuais ou familiares para os casos em que trabalhadores desligados de suas empresas que eram beneficiários de planos coletivos empresariais ou por adesão, contudo, a mesma resolução desobriga às operadoras que não tem em seu portfólio o plano individual ou familiar.

Art. 1º As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

(...)

Art. 3º Aplicam-se as disposições desta Resolução somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar.¹⁵³

¹⁵² Dados extraídos do site oficial da Agência Nacional de Saúde Suplementar. https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html

¹⁵³ Conselho de Saúde Suplementar. Resolução 19/1999. Brasília, José Serra. Art. 1º e 3º.

Outrossim, além dos dados demonstrarem que muitas operadoras de planos/seguro saúde não realizam mais a oferta de planos individuais, bem como a Resolução nº 19 do Conselho de Saúde Suplementar demonstra a exceção às operadoras sem o plano no portfólio, o próprio Superior Tribunal de Justiça, considerou que a lei não determina a obrigatoriedade da comercialização de planos individuais ou familiares.

Pela análise do Recurso Especial nº 1.592.278 – DF, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por votação unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a legislação vigente não obriga as operadoras de planos/seguro saúde comercializarem planos individuais ou familiares.

Não é ilegal a recusa de operadoras de planos de saúde de comercializarem planos individuais por atuarem apenas no segmento de planos coletivos. Com efeito, não há norma legal alguma obrigando-as a atuar em determinado ramo de plano de saúde.¹⁵⁴

Além disso, observa-se que não é uma decisão isolada, tendo em vista que pela análise do Agravo em Recurso Especial nº 2.467.965 – PE de 2023, também da Terceira Turma, foi incluída a ressalva de estarem os planos desobrigados em caso de não comercialização de planos individuais.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, rescindido o contrato coletivo antes existente entre operadora e empregadora, o beneficiário possui direito a ser incluído no novo plano de saúde coletivo eventualmente contratado pela ex-empregadora ou **fazer a migração para plano de saúde na modalidade individual ou familiar (quando comercializados pela operadora)**, sem cumprimento de novos prazos de carência, desde que se submeta às novas regras e encargos inerentes a essa modalidade contratual.¹⁵⁵

Decisão de igual maneira proferida, pelo Ministro Raul Araújo da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.025.044 – SP.

¹⁵⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.592.278 – DF, Terceira Turma. 2016.

¹⁵⁵ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.467.965 – PE, Terceira Turma. 2023.

Esta Corte Superior, no julgamento do Resp 1.924.523/PE (DJe de 3/8/2021), firmou o entendimento de que a migração de empregados e ex-empregados para planos individuais ou familiares, sem o cumprimento de carência, deve ser permitida desde que a operadora comercialize tais planos. Além disso, ficou consolidado que a operadora não está obrigada a oferecer plano individual a usuário de plano coletivo extinto, se a modalidade não é por ela comercializada.¹⁵⁶

Não obstante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (sem efeito vinculante), passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual foi questionada a obrigatoriedade de as operadoras/seguradoras ofertarem o plano referência.

3.1 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931

Primeiramente, para a pesquisa se faz importante a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade, visto que diferentemente das decisões citadas anteriormente proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade terá efeito vinculante erga omnes¹⁵⁷.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou como sendo inconstitucional o §2º, do artigo 10 e artigo 35-E, da Lei 9.656/98, além do artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001.

Acórdão

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou prejudicada a ação no tocante aos artigos 10, inc.VI;12, incisos I, c, e II, g, e parágrafos 4º e 5º; e 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º, todos da Lei 9.656/1998, e,

¹⁵⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.025.044 – SP, Quarta Turma. 2016.

¹⁵⁷ Segundo o artigo 102, §2º da Constituição Federal, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 102, §2º.

na parte conhecida, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 10, §2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001. Falaram, pela requerente, Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços - CNS, Dr. Marcelo Ribeiro; e, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União. Impedidos o Ministro Dias Toffoli, ausente neste julgamento, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.2.2018.¹⁵⁸

Para a presente pesquisa, destacou-se a parte dos votos no que diz respeito ao §2º do artigo 10, da Lei 9.656/98.

O Relator defendeu que esse artigo era inconstitucional porque ele não poderia retroagir a relações jurídicas anteriores, utilizando como base o princípio da irretroatividade do ato jurídico perfeito, constante no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹⁵⁹

O §2º do artigo 10, que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931, trazia a obrigatoriedade da oferta do plano-referência:

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.¹⁶⁰

O §2º, do artigo 10 da Lei determinava a obrigatoriedade de oferta do plano referência para os futuros usuários e atuais.

¹⁵⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96293/false>

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 5º, XXXVI.

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 10, §2º (Declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931)

Em 2003 foi conferido efeito suspensivo no qual suspendeu a eficácia da norma a ser debatida, sendo proferida decisão definitiva em 2018.¹⁶¹

O Ministro Marco Aurélio fora o Relator, sendo votantes os Ministros: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

3.1.1 Voto do Ministro-Relator Marco Aurélio

¹⁶¹ O primeiro relator foi Ministro Maurício Corrêa, que proferiu a Decisão suspendendo os efeitos da norma até o julgamento final, nos seguintes termos: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio proferiu apontamentos interessantes sobre aspectos gerais relacionados ao direito à saúde.

A discussão em torno da razoabilidade do ato revela a colisão de valores constitucionais relevantes: **a livre iniciativa** e o **direito à saúde**, sob a óptica dos limites da regulação do setor pelo Poder Público. Se, de um lado, é inadequado o esvaziamento da autonomia individual, de outro, há de guardar-se princípios e regras da Lei Maior. (...) Os limites da intervenção estatal estão versados no Diploma Maior, considerada a ausência de direito fundamental absoluto.¹⁶²

Inicialmente, o Ministro destaca o confronto entre o direito à livre iniciativa e o direito à saúde e demonstra legitimidade na possibilidade da discussão, sustentando que o ordenamento constitucional brasileiro não acolhe direitos absolutos, portanto, existindo a possibilidade da análise concreta para o sopesamento entre eles.

Destaca, também, que especificamente no direito à saúde, quando pautado dentro do direito à livre iniciativa, não tem por finalidade exclusiva aferição de renda, visto ser serviço de relevância pública conforme previsão constitucional do artigo 197.

A promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro, sob pena de ter-se, inclusive, ofensa à isonomia, consideradas as barreiras ao acesso aos planos de saúde por parte de pacientes portadores de moléstias graves. A atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior.¹⁶³

E da parte expositiva destacada pelo Ministro-Relator, elucida que a participação na saúde pelo particular não se trata de transferência de responsabilidade estatal para o particular, mas sim de ato de admissão do Estado para que as ações de saúde sejam executadas pelo particular.

¹⁶² BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁶³ BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

Percebam, na redação do preceito constitucional, ser inviável afirmar que a regulamentação dos planos de saúde transfere ao particular dever do Estado. O dispositivo admite a execução de ações de saúde por entidades privadas, mediante regulamentação, controle e fiscalização do Poder Público.¹⁶⁴

O serviço de saúde prestado por particular tem o mesmo caráter que a prestação estatal, sendo ato de admissão a execução pelo particular, portanto, não perde o caráter de serviço de interesse público.

Adentrando na inconstitucionalidade do §2º do artigo 10, da Lei 9.656/98, o Ministro suscita a segurança jurídica conferida pelo ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Os dispositivos em análise preveem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma. A norma destoa do Texto Maior. A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova. É o que decorre do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁶⁵

Nos fundamentos lançados pelo voto do Ministro, fica cristalino que a segurança jurídica é conferida aos contratos que foram celebrados anteriormente, contudo, ao analisar a declaração de inconstitucionalidade, pode-se aferir que abarcou também os contratos futuros, sendo questionável a análise de segurança jurídica para atos futuros.

É impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade. Consoante fez ver o ministro Maurício Corrêa, cujo voto acompanhei integralmente, no exame da medida acauteladora:

Nesse ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam

¹⁶⁴ BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁶⁵ BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação.¹⁶⁶

No balanço do Ministro Marco Aurélio, bem como do ex-Ministro Maurício Corrêa, há uma aparente inquestionabilidade quanto ao direito adquirido e ato jurídico perfeito das relações anteriores, o que fica questionado no ensaio é justamente acerca da inconstitucionalidade dos atos futuros, ou seja, nos contratos celebrados após o possível marco legal da legislação.

Na decisão, o Ministro Marco Aurélio cita o precedente do Ministro Celso de Mello, no que diz respeito à irretroatividade:

Para os efeitos da incidência da cláusula constitucional da irretroatividade em face de situações jurídicas definitivamente consolidadas, mostra-se irrelevante a distinção pertinente à natureza dos atos legislativos. (...) o, à eficácia condicionante e incontestável do princípio constitucional assegurador da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada em face da ação normativa superveniente do Poder Público (RTJ 106/314).¹⁶⁷

E finaliza reafirmando seu voto quanto a inconstitucionalidade, corroborando com decisão proferida em sede liminar, do §2º, do artigo 10, da Lei 9.656/98.¹⁶⁸

Contudo, pela análise da decisão liminar à época do Ministro Maurício Corrêa, em primeiro momento havia feito a leitura da inconstitucionalidade da integralidade do §2º, do artigo 10, da Lei 9.656/98, não fazendo distinção, a priori, entre os contratos atuais e futuros, contudo, em sede de Embargos de Declaração, o Ministro reconsiderou a decisão, ressaltando os contratos atuais.

No voto final do Ministro Marco Aurélio, fundamentou apenas corroborando com o que fora decidido anteriormente em sede liminar,

¹⁶⁶ BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁶⁷ BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁶⁸ A decisão também incluiu a inconstitucionalidade do artigo 35-E da Lei 9.656/98 e do artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/01, contudo, esse recorte não faz parte do escopo da pesquisa.

contudo, houve omissão na decisão do Ministro Relator com relação aos contratos futuros.

A omissão na fundamentação do voto do Ministro-Relator, deixa implícito que na verdade não houve julgamento com relação aos contratos futuros.

Embora na parte dispositiva o Ministro-Relator tenha optado por “julgar parcialmente procedentes os pedidos, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 10, § 2º, e 35-E da Lei nº 9.656/1998, bem assim do artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001”, houve omissão com a falta de fundamentação temática.

Pela omissão e falta de fundamentação com relação aos contratos futuros, a decisão do Ministro-Relator, deve ser considerada nula, por ser próprio da Constituição Federal a necessidade da fundamentação de qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹⁶⁹

A nulidade abarcando a matéria dos contratos futuros, pois houve a completa ausência de fundamentação na decisão.

3.1.2 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

No voto do Ministro Alexandre de Moraes, inicialmente também faz considerações sobre a leitura constitucional da saúde, relacionando com

¹⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 93, IX.

o preâmbulo da própria Constituição, no qual determina que o Estado Democrático assegure o bem estar social.

A Constituição Federal não só, no artigo 196, mas, é importante também lembrar, em seu preâmbulo, estabelece que o nosso Estado Democrático deve assegurar o bem-estar da sociedade. Depois, no art. 196, obviamente dentro dessa ideia de bem-estar, consagra o direito à saúde.¹⁷⁰

O Ministro cita a possibilidade do terceiro participar na prestação de serviços à saúde, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal e frisa que tal prestação deve se dar com a finalidade constitucional conferida à saúde.

Ressaltado no artigo 197 - que esses serviços de saúde sejam executados por meio de terceiros, que é exatamente o caso de que aqui se trata. Mas que sejam executados por terceiros não só mediante a regulamentação do Poder Público, mas mediante a finalidade que a Constituição traz na proteção à saúde. (...) não é um serviço a ser prestado tão somente visando ao lucro; não é um serviço simplesmente monetário, porque há exatamente esse comando constitucional do bem-estar da sociedade, há esse comando constitucional da saúde.¹⁷¹

Reforçando o ideal do mandamento constitucional da saúde estar direcionado ao bem estar social, corrobora com o voto do Ministro Marco Aurélio, pontuando que os serviços de saúde prestados pelo particular não têm o condão constitucional exclusivo de aferir lucro.

Sobre o tema, o Ministro enaltece a importância do artigo 10 da Lei 9.656/98, e entendeu serem legítimas as exceções das obrigações à iniciativa privada.

Eu diria até que o artigo 10 é pródigo em excetuar obrigações à iniciativa privada. Foi bem pródigo nessa exceção, eu diria que se desproporcionalidade houvesse seria em relação a todos aqueles que pagam o plano de

¹⁷⁰ BRASÍLIA. Ministro Alexandre de Moraes - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁷¹ BRASÍLIA. Ministro Alexandre de Moraes - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

saúde, porque tudo o que pode surgir de novo está excluído de cobertura.¹⁷²

Ao final, acompanhou integralmente o voto do Ministro-Relator.

3.1.3 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do Relator, contudo, pediu alguns esclarecimentos com relação aos contratos atuais.

Há um dado inicial que me permitiria verificar junto ao eminente Ministro Marco Aurélio quanto à cautelar, que a seu tempo foi deferida.

MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A cautelar não alcançou esses dispositivos. E pela passagem... EDSON FACHIN - Na parte referente aos atuais contratos...

MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ainda vamos examinar o preceito que foi realmente atingido pela cautelar. E a passagem dos anos, porque a Lei é de 1998, sinaliza a adaptação do mercado a essas regras.¹⁷³

Embora tenha sido lacunosa a informação prestada pelo Ministro Relator, o que se pode aferir é que o Supremo Tribunal Federal faria análise com relação ao preceito que atingiu a cautelar deferida em 2003, analisando a relação com os novos contratos.

Contudo, não há análise realizada nesses termos, outrossim, o questionamento do Ministro Edson Fachin sinalizou de forma positiva a possibilidade de não se considerar inconstitucional mandamento legal que determine a oferta dos planos-referência para os contratos futuros.

Pela justificativa do Ministro-Relator Marco Aurélio, ao afirmar que houve adaptação do mercado às regras da Lei, observa-se que a adaptação também foi decorrente da liminar concedida em 2003, estando suspensa a obrigatoriedade da oferta do plano referência, as operadoras

¹⁷² BRASÍLIA. Ministro Alexandre de Moraes - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁷³ BRASÍLIA. Ministro Edson Fachin - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

pouco a pouco deixaram de comercializar planos individuais ou familiares sob a ótica de estarem desobrigadas a tal comercialização ou manutenção em seu portfólio.

3.1.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o Relator, pontuando o necessário equilíbrio entre os direitos do consumidor e a iniciativa privada e que a Lei 9.656/98 é uma das formas de intervenção estatal no setor da saúde privada.

Esta lei é uma forma de intervenção do Estado nesse delicado setor da saúde privada, dos planos privados de saúde, em que deve haver um equilíbrio entre a iniciativa privada e a defesa do consumidor.¹⁷⁴

Outrossim, inobstante o equilíbrio que a Lei impõe, está sempre sujeita à análise de sua constitucionalidade.

3.1.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou integralmente o Relator, pontuando sobre a possibilidade dos ajustes legais com relação à saúde pública.

O legislador pode fazer releituras, adaptações, ao longo da própria experiência que se desenvolve, fazendo esse ajuste eventual de interesses que se contrapõem, tendo em vista o bem maior, que é o da saúde pública. Todos nós sabemos que hoje há um grave problema com a sustentação de serviços oferecidos de forma universal, aqui é apenas uma faceta do problema.¹⁷⁵

¹⁷⁴ BRASÍLIA. Ministro Ricardo Lewandowski - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁷⁵ BRASÍLIA. Ministro Gilmar Mendes - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

3.1.6 Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello: acompanho integralmente, o voto do eminente Relator.¹⁷⁶

3.1.7 Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Relator, contudo, pontuou diretamente sobre os contratos futuros.

Ficou, Ministro, uma única preocupação, no primeiro estudo, relativa ao parágrafo 2º do art. 10. Há referência a todos os seus atuais e futuros consumidores. Mas a passagem que tenho com a explicação de Vossa Excelência me fez relevar essa circunstância, porque a compatibilidade fica demonstrada com a Constituição.¹⁷⁷

Pode-se extrair, também, que em seu apontamento quanto à análise da constitucionalidade dos contratos futuros, ela entende ser constitucional, contudo, disse expressamente que vai relevar a circunstância, para que não haja divergência no julgamento.

A Ministra deixa subentendido que a Constituição compatibiliza com a obrigatoriedade de oferecimento de planos-referência para contratos futuros.

Ou seja, ela entende que as operadoras de saúde são obrigadas a ofertar os planos-referência, não apenas segundo o §2º que foi suprimido sob o crivo da análise de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas também por ser norma constante na própria Constituição.

Embora, na parte dispositiva da decisão tenha sido optado pela inconstitucionalidade da integralidade do §2º, do artigo 10 da Lei 9.656/98, na fundamentação de alguns Ministros como do Edson Fachin

¹⁷⁶ BRASÍLIA. Ministro Celso de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

¹⁷⁷ BRASÍLIA. Ministra Cármen Lúcia - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

ou da Cármen Lúcia, demonstrou que o sistema constitucional brasileiro se compatibiliza com a obrigatoriedade da comercialização dos planos individuais para contratos futuros.

3.2 Projeto de Lei do Senado nº 153/2017 e Projeto de Lei nº 1.174/2024

O artigo 8º da Lei 9.656/98, determina alguns requisitos para que as operadoras de planos privados e assistência saúde obtenham autorização de funcionamento.¹⁷⁸

Pode-se observar que pelo artigo 8º, da Lei 9.656/98, não é requisito essencial a comercialização de planos individuais ou familiares.

Contudo, em 2017 houve proposta de acréscimo legislativo pelo Senado, no qual incluía o inciso VIII, no artigo 8º, da Lei 9.656/98, nos seguintes termos:

VIII – comercializar planos individuais de assistência à saúde.¹⁷⁹

Parte da fundamentação do projeto se deu em razão da identificação da falta de comercialização dos planos individuais, em detrimento do consumidor, sendo apontado o índice de reajuste mais benéfico ao consumidor dos planos individuais, bem como a rescisão unilateral.

E para não se submeter a essas cláusulas protetivas dos consumidores, as operadoras de planos de saúde tem deixado de oferecer planos individuais. Quando as empresas de plano de saúde se negam a vender planos individuais, obrigam milhões de pessoas a contratar planos coletivos. E quem contrata plano de saúde coletivo não conta com a proteção dessas duas garantias fundamentais: controle de reajuste pela ANS e a

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei 9.656/98**. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Art. 8º, “caput”.

¹⁷⁹ BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 153/2017.

impossibilidade de rescisão unilateral por parte das empresas.¹⁸⁰

Além disso, a falta de comercialização é qualificada como “artimanha” das operadoras de saúde para benefício próprio, ao não incluir em seu portfólio de vendas os planos individuais.

Atualmente, as empresas de planos de saúde se utilizam de uma artimanha para se negarem a oferecer planos de saúde individuais, obrigando os consumidores a adquirir planos coletivos que não contam com garantias importantes aos consumidores.¹⁸¹

Também utiliza como fundamento o descabimento da racionalidade exclusiva nos lucros em desfavor da saúde, dada a relevância pública empregada no direito à saúde no Brasil.

Com efeito, o projeto garante à população o direito de contratar um plano de saúde individual, determinando que as operadoras de saúde ofertem, necessariamente, esse produto ao consumidor. O direito à saúde não pode ser negligenciado e sucumbir à lógica pura e simples do maior lucro possível pelas operadoras de planos de saúde.¹⁸²

Contudo, o Projeto nº 153/2017, não caminhou e foi arquivado ao final da legislatura por não ter sido apreciado pelo Senado.

Em 2024, foi proposto pelo Senador Romário Projeto de Lei nº 1.174/2024, no qual propõe o mesmo acréscimo anteriormente submetido pelo Projeto de Lei nº 153/2017.

Em sua fundamentação, aponta como sendo necessária a oferta dos planos individuais à população.

Com efeito, o projeto garante à população o direito de contratar um plano de saúde individual, determinando que as operadoras de saúde ofertem, necessariamente, esse produto ao consumidor.¹⁸³

¹⁸⁰ BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 153/2017.

¹⁸¹ BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 153/2017.

¹⁸² BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 153/2017.

¹⁸³ BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1.174/2024.

Também fundamenta que o direito à saúde não está submetido apenas à lógica da lucratividade, devendo atender os interesses sociais e da ordem pública.

A saúde suplementar no Brasil é exercida pela iniciativa privada, em regime de concorrência com a saúde pública, dever do Estado e direito de todos, nos termos do art. 196 da Carta da República. Ela é, portanto, submetida aos ditames do interesse social e da ordem pública, não devendo jamais prevalecer a mera lógica mercantil.¹⁸⁴

O Projeto de Lei 1.174/2024, foi proposto em 10/04/2024 e ainda não tem Relator designado, porém visa positivar a obrigatoriedade a comercialização, que se demonstrou compatível com o sistema constitucional brasileiro.

Embora não haja vinculação do Congresso Nacional em emitir normas que foram anteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a tramitação da lei que obriga as operadoras de saúde a oferecerem os planos individuais corrobora com a tese que não foi enfrentado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1931, a obrigatoriedade de oferta para os contratos futuros.

A fundamentação da Ministra Cármen Lúcia demonstra que apenas a norma é inconstitucional para os contratos presentes, violando o ato jurídico perfeito.

Os esclarecimentos prestados pelo Ministro-Relator Marco Aurélio ao questionamento do Ministro Edson Fachin, deixa claro que a parte inconstitucional é apenas dos contratos atuais e que seria realizado estudo para aferir a relação dos contratos futuros.

A ausência da oferta é ato inconstitucional realizado pelas operadoras de planos de saúde e assistência à saúde, ao passo que é serviço público, de relevância pública e não pode estar aprioristicamente vinculada à finalidade da obtenção de lucros.

¹⁸⁴ BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1.174/2024.

Ademais, ao sopesar o direito à livre iniciativa e o direito à saúde, o segundo se demonstra como direito indisponível, sendo considerado direito de relevância pública, nos termos da própria Constituição Federal.

A ausência da oferta se demonstra uma ameaça aos direitos fundamentais do usuário, dentro da eficácia horizontal lecionada por Virgílio Afonso da Silva.

Aponta em seus estudos que não é apenas o Estado que pode ameaçar direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.¹⁸⁵

Além disso, Virgílio demonstra que as grandes corporações exercem posição de domínio, por meio de concentração financeira, demonstrando que as relações jurídicas entre ambos não estão em pé de igualdade, exercendo relação de dominação, ameaçando os direitos fundamentais tanto quanto a atividade estatal.¹⁸⁶

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, vinculado diretamente ao direito à vida e ao bem-estar social, deve ter seus ditames legais expandidos pelo Estado.

Outrossim, sendo o direito à saúde um direito fundamental, carrega as características de tais direitos, sendo vedado seu retrocesso, portanto, admitir a possibilidade da falta de comercialização dos planos individuais, seria aceitar o retrocesso direito à saúde no ordenamento jurídico, indo de encontro com a própria nota de ser direito fundamental.

A opção legislativa de acrescentar o direito à saúde no rol de direitos fundamentais, demonstra a importância que tem esse direito para a sociedade, portanto, sempre deve ser interpretado de forma extensiva a garantir esse direito.

Em que pese a deliberação do Conselho de Saúde Suplementar por meio da Resolução nº 19/1999, desobrigar às operadoras oferecerem os planos individuais àqueles que estavam vinculados em planos

¹⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2014. Editora Malheiros. 1ª Edição. p.52.

¹⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2014. Editora Malheiros. 1ª Edição. p.52 e 53.

coletivos por vínculo empregatício, a leitura é incompatível com os ditames constitucionais da saúde.

Se a saúde quando prestada por particular, não abandona o caráter de serviço público, sendo considerada prestação necessária para o bem comum, deve, portanto, estar em compatibilidade com a proteção empregada pela Constituição, não podendo ser restringida em face da livre iniciativa.

Com isso, sendo o direito à saúde um direito formalmente e materialmente constitucional, tendo caráter de serviço público mesmo prestado por particular, e sua obrigatoriedade de oferta compatível com a Constituição Federal de 1988, a atitude quanto a ausência de oferta pelas operadoras de planos de saúde e assistência saúde mostra ser prática inconstitucional.

CONCLUSÃO

Nas primeiras Constituições do Brasil, o direito à saúde não tinha o status de direito fundamental, tendo seu caráter de direito fundamental atribuído pela Constituição de 1988.

Pela leitura doutrinária constitucionalista, destaca que o caráter fundamental do direito à saúde é amplamente defendido, sendo a matéria de relevância pública e formalmente se encontra no rol de direitos fundamentais, tendo ligação direta com o direito à vida, bem-estar e demais direitos fundamentais.

Os serviços de saúde, pela leitura constitucional da saúde e conceituação doutrinária de serviços públicos, demonstraram que as prestações de serviços de saúde, prestados pela saúde pública, saúde complementar e saúde suplementar, se trata de serviços públicos.

A obrigatoriedade da oferta dos planos individuais também está amparada na condição de serviço público na qual a saúde suplementar está categorizada.

Havendo um Sistema Único de Saúde a obrigatoriedade de comercialização de planos individuais corrobora com a nota da saúde no Brasil ser universal.

A Resolução nº 19/1999 do Conselho de Saúde Suplementar, funcionou como uma porta para as operadoras alegarem que não comercializam os planos individuais e retirarem de seu portfólio tal produto, além de ter sido utilizada como fundamentação para a Terceira e Quarta Turma firmarem o entendimento que as operadoras de planos de saúde que não mantêm em seu portfólio estão desobrigadas ao fornecimento.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, julgou ser inconstitucional a necessidade das operadoras de planos de saúde e assistência saúde ofertarem os planos referência para os contratos já celebrados, contudo, pela fundamentação dos Ministros, a obrigatoriedade de as operadoras oferecerem os planos para os contratos futuros é compatível com a Constituição Federal.

A inconstitucionalidade da falta de comercialização também está amparada na vedação do retrocesso imposta aos direitos fundamentais, não estando submetido à lógica do capital, tendo a finalidade dos interesses sociais.

Com o espírito da Constituição de 1988 tendo como ideal os direitos de igualdade, estando esses direitos intimamente ligados com o direito à saúde, para que se busque a equidade, a obrigatoriedade da comercialização de planos individuais seria prática constitucional condizente com a irradiação do mandamento constitucional.

Em decorrência da compatibilidade, o Projeto de Lei nº 1.179/2024, também não demonstra ser inconstitucional e tem como finalidade positivar a obrigatoriedade da comercialização dos planos individuais.

Assim, como resultado do presente trabalho, ficou demonstrado que a ausência da comercialização de planos individuais ou coletivos pelas operadoras de planos de saúde é prática inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- ABUB, Carol de Oliveira. Manual da boa-fé objetiva nos planos de saúde. Análise dos deveres de conduta, conceitos parcelares e direito fundamental à saúde na formação dos contratos de plano de saúde. Editora Dialética. 2021.
- AGUIAR, Zenaide Neto. SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percursos, perspectivas e desafios. São Paulo, 2015. Editora Martinari, 2ª Edição.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Revista Forense. 7ª Edição. 2023
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Malheiros. 2ª Edição, 2015
- ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. 2014. Editora Saraiva. 6ª Edição.
- BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario. Planos e Seguros Privados de Saúde. In Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. GIOVANELLA, Lígia. Editora Fiocruz. 2ª Edição. 2012.
- BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; Miriam Pavani. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 14(2)
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, O Conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal. Revista de Direito Sanitário, vol. 5, n. 2, julho de 2004
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Editora Elsevier. 8ª Tiragem. 2004. p. 80.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Editora Icone. 1999. p. 199/200.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros. 29ª Edição. 2014. p. 578.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891. Rio de Janeiro, 1891. PRUDENTE JOSÉ DE MORAES BARROS.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967.

MARECHAL HUMBERTO DE ALENCAR CASTELO BRANCO.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA. Art. 196.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.

GETULIO DORNELLES VARGAS.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

GETULIO DORNELLES VARGAS.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

EURICO GASPAR DUTRA.

BRASIL. Constituição Federal 1824. Rio de Janeiro, 1824. D. Pedro I.

BRASIL. Decreto 10.358/42. GETÚLIO DORNELLES VARGAS.

BRASIL. Decreto 7.508/11. DILMA ROUSSEF.

BRASIL. Lei 8.080/90. Brasília, 1990. FERNANDO COLLOR DE MELO.

BRASIL. Lei 9.656/98. Brasília, 1990. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO.

BRASÍLIA. Ministra Cármen Lúcia - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Ministro Alexandre de Moraes - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Ministro Celso de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Ministro Edson Fachin - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Ministro Gilmar Mendes - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Ministro Marco Aurélio de Mello - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Ministro Ricardo Lewandowski - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931.

BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1.174/2024.

BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei nº 153/2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.467.965 – PE, Terceira Turma. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em

- Recurso Especial nº 1.025.044 – SP, Quarta Turma. 2016.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.592.278 – DF, Terceira Turma. 2016.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Edição. Livraria Almedina, Coimbra. 1993.
- COGO, Gricyella Alves Mendes; MASCARENHA, Tiago Rodrigues Sousa. Direitos de primeira e segunda geração: direito à saúde x responsabilidade do estado. Revista Interdisciplinar em Saúde, Cajazeiras, 7 (único), 2020.
- COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula S. A Saúde como Direito e como Serviço. Cortez Editora, 1999. 2ª Edição.
- Conselho de Saúde Suplementar. Resolução 19/1999. Brasília, José Serra.
- Conselho de Saúde Suplementar. Resolução 19/1999. Brasília, José Serra.
- CORRALO, Caio. Os efeitos da coisa julgada tributária no direito ao desenvolvimento. I Seminário Internacional Segurança Jurídica Coletiva. 2022.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. Princípios Constitucionais. Editora Saraiva. 2013. 2ª Edição.
- DAL POZZO, Augusto Neves. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo. Editora Malheiros.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito sanitário. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Editora Forense. 36ª Edição. 2023.
- FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. 2018. Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 13ª Edição.
- FONSECA, Cristiana. M. O. A história da política de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, L. A.; PIMENTA, T. S; HOCHMAN, G. História da Saúde no Brasil. São Paulo, 2018. Ed. Hucitec.
- FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. Tutelas Provisórias Individuais nos

- Contratos de Plano de Saúde. Editora Lumen Juris. 2018.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo. Editora Malheiros. 2003.
- HAYAMA, Guilherme Schmidt; KHAMIS, Renato Braz Mehanna; CHAGAS, Felipe da Silva Corralo. O falso coletivo e a resilição unilateral pelas operadoras de saúde: Reflexões sobre o Tema 1047 do STJ. Revista UNISANTA – Direito e Ciências Sociais. Vol. 12, No 2 (2023).
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. 1991
- JELLINEK, Georg. Subjektives Offentliches Recht. 1892.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Martins Fontes, 2006, 7ª Edição.
- KHAMIS, Renato Braz Mehanna. Da proporcionalidade à razoabilidade entre a técnica e o princípio. 1ª Edição. 2015.
- LAMY, Marcelo; Oliveira, Danilo de; Bernal, Francisco Carlos. Atenção Primária à Saúde: ideias estruturantes. Revista UNISANTA – Direito e Ciências Sociais. Vol. 12, No 2 (2023).
- LOPES, Maria Antónia. Os socorros públicos em Portugal, primeiras manifestações de um Estado-Providência (séculos XVI-XIX). Revista Estudos do Século XX 13 Coimbra, 2013, pp. 257-280 (volume
- MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo – TOMO I. Buenos Aires. 1960.
- MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo – TOMO II. Buenos Aires. 1960.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. Revista Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.
- MATSUSHITA, Mariana Barboza Baeta Neves; ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Igor Rafael Carvalho de. Justiça Constitucional entre o Passado e o Presente. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas. Vol. 10, N 2, 2022.
- MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lucia de Moura (Org.). Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 1966. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Editora Malheiros. 41ª Edição.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora Malheiros. 31ª Edição.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza e Regime Jurídico das Autarquias. São Paulo. Editora RT. 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. Saneamento básico: repartição de competências para garantir a segurança sanitária e o direito à saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jul/set.; 12(3) p.19.

NASCIMENTO, Dilene Raimundo; SILVA, Matheus Alves Duarte. "Não é meu intuito estabelecer polêmica": a chegada da peste ao Brasil, análise de uma controvérsia, 1899. Hist. cienc. saude-Manguinhos 20 (Supl 1) • 30 Nov 2013.

NORONHA, José Carvalho de; PEREIRA, Telma Ruth. Princípios do sistema de saúde brasileiro. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3.

OLIVEIRA, Danilo de; ABUD Carol de Oliveira; LAMY, Marcelo. Consequências de o direito à saúde ser um direito humano e fundamental. VI Encontro Virtual do Conpedi. 2023.

PAIM, Jairnilson Silva. SUS TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER. São Paulo, Rio de Janeiro, 2019. Editora Atheneu.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Direito à saúde: Uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UPF, 2003.

PINHEIROS, Maria do Carmo Gomes; ROMERO, Luiz Carlos. Saúde como Matéria de Direito Constitucional no Brasil. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.1, n.2, jul./dez. 2012.

REGALLA, Jussara Gatto. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 E SUA INFLUÊNCIA NOS DIREITOS INDIVIDUAIS DAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS PORTUGUESAS (1822-

1911). Universidade Nova de Lisboa. Dissertação apresentada à obtenção de grau de Mestre em História Contemporânea. 2019.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais. Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 76, jul./set. 2011.

SALET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº11, set/out/nov. 2007.

SANTI, Eduardo José; ARGERICH, Eloisa Nair De Andrade. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS E JURISPRUDÊNCIAS EM FACE DO DIREITO À SAÚDE PELA DEFENSORIA PÚBLICA. XXIII Seminário de Iniciação Científica. UNIJUI - Universidade Regional do Noroeste do Estado do RS, Brasil. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang Proibição de Retrocesso e Dignidade da Pessoa Humana; in: Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado 7ª Edição. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil. Editora SaraivaJur, 2018. 2ª Edição.

SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguros-saúde. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

SCHEFFER, Mário César; BAHIA, Ligia. Público e privado na saúde in SUS TUDO O QUE VOCÊ PRECISA SABER. PAIM, Jairnilson Silva. São Paulo, Rio de Janeiro, 2019. Editora Atheneu.

SCHMITT, Carl. Verfassungslehre -Teoria da Constituição. 1928.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 2005. 25ª Edição.

SILVA, José Luiz Toro da. Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo. Editora Pontes, 2005.

SILVA, Márcia Regina Barros. O processo de urbanização paulista: a medicina e o crescimento da cidade moderna. Dossiê: Cidades • Rev.

Bras. Hist. 27 (53) • Jun 2007.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e a aplicação da teoria de Karl Popper. Revista Constituição e Garantia de Direitos. 2017. v. 9, n. 2,

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 2014. Editora Malheiros. 1ª Edição.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – EDUSP, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros. 2ª Edição. 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Editora Saraiva. São Paulo.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; PICOLLO, Thuany Klososki. Suporte fático: elementos conceituais e as teorias restrita e ampla do suporte fático abstrato das normas de direitos fundamentais. Unoesc International Legal Seminar v. 1, n. 1, 2012.

TEMER, Milena Cirqueira, et. al. Seguridade Social no Brasil e o direito à saúde como garantia de um direito fundamental. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Vitória – ES. 2018.