

A regulação estatal sobre saúde mental no Brasil e suas implicações sobre os serviços de Psicologia e Psicoterapia na Saúde Suplementar

Pesquisa encomendada Pelo Conselho Federal de
Psicologia.

Conselho Federal de Psicologia
XIV Plenário
Gestão 2008-2010

Diretoria

Humberto Verona

Presidente

Ana Maria Pereira Lopes

Vice-Presidente

Clara Goldman Ribemboim

Secretária

André Isnard Leonardi

Tesoureiro

Conselheiras efetivas

Elisa Zaneratto Rosa

Secretária Região Sudeste

Maria Christina Barbosa Veras

Secretária Região Nordeste

Deise Maria do Nascimento

Secretária Região Sul

Iolete Ribeiro da Silva

Secretária Região Norte

Alexandra Ayach Anache

Secretária Região Centro-Oeste

Conselheiros suplentes

Acácia Aparecida Angeli dos Santos

Andréa dos Santos Nascimento

Anice Holanda Nunes Maia

Aparecida Rosângela Silveira

Cynthia R. Corrêa Araújo Ciarallo

Henrique José Leal Ferreira Rodrigues

Jureuda Duarte Guerra

Marcos Ratinecas

Maria da Graça Marchina Gonçalves

Conselheiros convidados

Aluizio Lopes de Brito

Roseli Goffman

Maria Luiza Moura Oliveira



PARECER JURÍDICO FINAL

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PESQUISA E ASSESSORIA
FIRMADO ENTRE O CEPEDISA E O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA**

A REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE SAÚDE MENTAL NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE OS SERVIÇOS DE PSICOLOGIA E PSICOTERAPIA NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Equipe de Redação e Pesquisa:

Coordenador:

Dr. Fernando Aith

Pesquisadores:

Ms. Marco Aurélio A. Torronteguy

Bel. Gabriela Barros de Luca

SÃO PAULO - 2009



PARECER JURÍDICO FINAL

A REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE SAÚDE MENTAL NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE OS SERVIÇOS DE PSICOLOGIA E PSICOTERAPIA NA SAÚDE SUPLEMENTAR

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

1.1 SAÚDE: DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO

1.1.1 Estado Democrático de Direito, Constitucionalismo e proteção dos Direitos Humanos

1.1.2 A saúde como um Direito humano fundamental no Brasil

1.1.3 Saúde como Dever do Estado: O Sistema Único de Saúde

1.2 PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA SAÚDE: SAÚDE COMPLEMENTAR E SAÚDE SUPLEMENTAR.

1.2.1 Saúde Complementar

1.2.2 Saúde Suplementar

1.3 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS: ÓRGÃO FEDERAL DE REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO SETOR NO PAÍS

1.4 MARCOS REGULATÓRIOS DA SAÚDE SUPLEMENTAR: LEIS FEDERAIS 9.656/1998 E 9.961/2000

1.4.1 Lei 9.656/1998



1.4.2 A Lei 9.961/2000

1.4.3 A fiscalização dos serviços dos Psicólogos prestados no âmbito da saúde suplementar

2 PREVENÇÃO EM SAÚDE MENTAL NO BRASIL: ANÁLISE DA REGULAÇÃO DOS OS SERVIÇOS DE PREVENÇÃO EM SAÚDE MENTAL PRESTADOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E NA SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1 PREVENÇÃO NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS:

2.1.1 Prevenção na Organização e funcionamento dos serviços públicos de saúde

2.1.2 Prevenção na Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – NOB/SUS

2.1.3 Prevenção no Pacto pela Saúde 2006 – “Consolidação do SUS e Diretrizes Operacionais”

2.1.4 Medidas Preventivas no Atendimento a Usuários de Álcool e Outras Drogas

2.1.5 Diretrizes Nacionais para Prevenção do Suicídio

2.1.6 Prevenção nos Centros de Atenção Psicossocial - CAPS

2.2 PREVENÇÃO NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

2.2.1 Medidas Preventivas nos planos privados de assistência à Saúde

2.2.2 Prevenção no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde

2.2.3 Medidas Preventivas nas Diretrizes Assistenciais em Saúde Mental na Saúde Suplementar

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO DE PREVENÇÃO NO CAMPO DA SAÚDE MENTAL

3 ATENDIMENTO DE SAÚDE MENTAL NOS SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA, AMBULATORIAIS E HOSPITALARES: ANÁLISE DA REGULAÇÃO DOS REFERIDOS SERVIÇOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

3.1 REGULAÇÃO PELO SUS

3.1.1 Atendimento ambulatorial - Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)

3.1.2 Atendimento hospitalar

3.1.3 Atendimento de emergência

3.2 REGULAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

3.2.1 Plano ambulatorial

3.2.2. Plano hospitalar

3.2.3 Atendimento de emergência

3.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE EMERGÊNCIAS E ATENDIMENTO AMBULATORIAL E HOSPITALAR

4 ATENDIMENTO DOMICILIAR EM SAÚDE MENTAL

4.1 ATENDIMENTO DOMICILIAR NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

4.1.1 - Subsistema de Atendimento e Internação Domiciliar

4.1.2 Atendimento Domiciliar nos serviços de Saúde Mental do SUS

4.1.3 Atendimento Domiciliar no Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA-SUS)

4.1.4 Atendimento Domiciliar nos Centros de Atenção Psicossocial – CAPS

4.1.5 Atendimento Domiciliar de Pacientes com Transtornos causados pelo Uso Prejudicial ou Dependência de Álcool e Outras Drogas

4.2 ATENDIMENTO DOMICILIAR NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

4.2.1 Atendimento Domiciliar no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de cobertura mínima

4.2.2 Atenção Domiciliar nas Diretrizes Assistenciais em Saúde Mental na Saúde Suplementar

4.2.3 Considerações Finais sobre Atendimento Domiciliar

5 - ATENDIMENTO TERAPÊUTICO E/OU POR SESSÕES EM SAÚDE MENTAL NO SUS E NA SAÚDE SUPLEMENTAR

5.1 NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

5.1.1 Atendimento Terapêutico/ por sessões nos Hospitais

5.1.2 Terapia Psicossocial no Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA-SUS)

5.1.3 Terapia Psicossocial nos Centros de Atenção Psicossocial - CAPS

5.1.4 Terapia Psicossocial no Atendimento de Pacientes com Transtornos causados pelo Uso Prejudicial ou Dependência de Álcool e Outras Drogas

5.2 - NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

5.2.1 Porta de Entrada

5.2.2 Terapia Psicossocial na Cobertura aos Tratamentos dos Transtornos Psiquiátricos

5.2.3 Terapia Psicossocial no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde

5.2.4 Limite ao número de sessões

5.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE ATENDIMENTO POR SESSÕES

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS



6.1 SOBRE A LEGISLAÇÃO DE PREVENÇÃO NO CAMPO DA SAÚDE MENTAL

6.2 SOBRE EMERGÊNCIAS E ATENDIMENTO AMBULATORIAL E HOSPITALAR

6.3 SOBRE ATENDIMENTO POR SESSÕES

6.4 NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA REGULAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE MENTAL

1 – INTRODUÇÃO

O presente Parecer Jurídico Final foi elaborado com base em parceria de cooperação técnica firmada entre o Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário – CEPEDISA e o Conselho Federal de Psicologia - CFP para a execução de pesquisa sobre os principais aspectos da regulação sobre saúde mental no Brasil, com enfoque em alguns pontos de interesse direto do Conselho Federal de Psicologia – CFP.

Este Parecer Jurídico Final organiza-se de forma a analisar a regulação sobre saúde mental no Brasil no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e do sistema de saúde suplementar a partir da perspectiva de organização da rede de serviços de saúde no Brasil, que obedece a um modelo hierarquizado. Sendo assim, serão analisadas de forma comparativa as normas jurídicas que regulam a saúde mental no Brasil no SUS e na saúde suplementar, a partir das seguintes perspectivas: i) atendimentos preventivos; ii) atendimentos de emergência; hospitalares e ambulatoriais; iii) atendimentos domiciliares e; atendimentos terapêuticos e/ou por sessões.

A metodologia de análise seguida obedece a um roteiro básico que facilita a comparação entre a regulação incidente sobre o sistema público de saúde (SUS) e a regulação incidente sobre o sistema de saúde suplementar. A premissa hermenêutica básica que orienta este Parecer segue a diretriz constitucional segundo a qual os serviços de saúde no país possuem relevância pública (Art. 197 da CF) e devem orientar-se de acordo com a diretriz da integralidade.

Por ser um sistema suplementar ao público, o sistema de saúde suplementar, regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, deve observar em sua normativa geral os mesmos princípios e diretrizes que orientam o sistema público, guardadas as devidas peculiaridades que cercam cada um destes sistemas. É dever do sistema de saúde suplementar oferecer serviços integrais e resolutivos, que dêem conta das

demandas de saúde a ele encaminhadas, aliviando assim o sistema público e funcionando de forma verdadeiramente complementar ao SUS.

Para o desenvolvimento deste estudo foi seguida a seguinte metodologia:

1.1. Pesquisa e identificação das normas jurídicas de direito sanitário que regulam a saúde mental no Brasil e suas implicações para os serviços de psicologia e psicoterapia no âmbito da saúde suplementar (normas constitucionais, legais e infralegais);

1.2. Análise e interpretação das normas jurídicas identificadas para a compreensão da atual regulação da saúde mental no Brasil e suas implicações para os serviços de psicologia e psicoterapia no âmbito da saúde suplementar. A análise realizada aferiu a adequação da atual regulação infralegal exarada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS aos princípios do Direito Sanitário Brasileiro, derivados do sistema constitucional de proteção do direito fundamental à saúde estipulado especialmente pelos Arts. 6º e 196 a 200 da Constituição de 1988;

1.3. Elaboração deste Parecer Jurídico Final com as conclusões das pesquisas sobre Direito Sanitário realizadas.

As análises jurídicas realizadas e as conclusões aqui exaradas refletem os resultados da pesquisa realizada e da ampla discussão coletiva realizada pela equipe do CEPEDISA com representantes do Conselho Federal de Psicologia - CFP.

Importante ressaltar a necessidade de aprofundar, em sede introdutória, a compreensão sobre o papel da saúde suplementar no Brasil. A partir desta compreensão inicial é que serão detalhados alguns aspectos da regulação da saúde suplementar sobre



saúde mental no Brasil que possuem impacto direto sobre as atividades de psicologia no país.

A saúde foi reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito de todos e dever do Estado. A partir desse reconhecimento expresso da saúde como um direito, o Estado brasileiro organizou o Sistema Único de Saúde – SUS, voltado a organizar as ações e serviços públicos de saúde no país. Ao mesmo tempo, a iniciativa privada também pode participar do setor da saúde, desde que em observância às normas jurídicas vigentes no país.

Um dos grandes campos de atuação da iniciativa privada na área da saúde é o campo da saúde suplementar. É justamente neste campo que os serviços psicológicos ainda são incipientes e merecem um estudo mais aprofundado. Regulado pelas Leis 9.656, de 3 de junho de 1998, e 9.961, de 28 de janeiro de 2000, o setor da saúde suplementar atende hoje mais de 42 milhões de beneficiários no Brasil, sendo o segundo maior mercado após os Estados Unidos da América.

A regulação do setor de saúde suplementar no Brasil ainda não atingiu um grau de aperfeiçoamento que nos permita afirmar que os beneficiários de planos de saúde estão com seu direito à saúde garantido. Um dos grandes desafios atuais, que este documento procura auxiliar na busca de soluções, é o de inserir no âmbito da saúde suplementar a obrigatoriedade do oferecimento de serviços psicológicos voltados à atenção de aspectos essenciais da saúde humana, como a saúde mental, o enfrentamento de situações limites (como os cânceres) ou ainda os aconselhamentos psicológicos que possibilitem ao indivíduo uma correta compreensão de sua saúde e dos fatores de risco a que está submetido.

A regulação da saúde suplementar no Brasil, feita pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, merece ser melhor compreendida e analisada, para que se possa propor alterações no sentido de melhorar os mecanismos de proteção dos beneficiários dos planos de saúde e para que se possa contribuir, efetivamente, para a melhoria da atenção à

saúde no país. As contribuições que podem ser dadas pelos psicólogos são relevantes, sendo este um documento base para que as discussões e reflexões sobre o tema possam fazer com que a saúde suplementar no Brasil se humanize cada vez mais e atenda de forma eficiente e adequada aos cidadãos que a procuram.

1.1 - SAÚDE: DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO

A saúde é direito de todos e dever do Estado. É assim que a Constituição de 1988 protege a saúde, reconhecendo-a como um direito fundamental do ser humano. A partir desse reconhecimento, importantíssimo para a proteção da saúde no Brasil, a Constituição oferece os fundamentos jurídicos que devem ser observados pelo Estado e pela sociedade no desenvolvimento de ações que visem à promoção, à proteção e à recuperação da saúde no país.

A Constituição de 1988 dedicou alguns artigos¹ para expressamente dispor sobre os grandes princípios e diretrizes que devem pautar as ações do Estado e da sociedade na busca da proteção do direito à saúde no Brasil. A partir desse avanço Constitucional, os legisladores brasileiros passaram a produzir um conjunto de normas jurídicas² voltadas justamente à proteção do direito à saúde no país, ampliando de forma bastante significativa a abrangência do direito sanitário brasileiro.

Dentre as normas jurídicas que protegem o Direito à Saúde destacam-se, preliminarmente, aquelas que disciplinam o Sistema Único de Saúde – SUS nacionalmente: a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Por ser a saúde um dever do Estado, este deve organizar uma rede de ações e serviços públicos de saúde realizados pela União, pelos Estados e pelos Municípios. O

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Arts. 6º e 196 a 200.

² Leis, Decretos, Portarias, Resoluções, etc.

Estado deve ser capaz, portanto, de desenvolver políticas econômicas e sociais voltadas à redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde e à promoção do acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde.

Uma das principais diretrizes do SUS é promover o atendimento integral da população, ou seja, ações e serviços públicos que dêem conta da promoção, prevenção e recuperação da saúde, abrangendo desde educação em saúde e fornecimento de medicamentos, passando pelo fornecimento de órteses, próteses, exames diagnósticos e tratamentos terapêuticos, até os cuidados que demandam a realização de cirurgias de alta complexidade.

Para a proteção da saúde no Brasil, os legisladores produziram duas leis importantes que instituem as Agências Reguladoras da área da saúde. A Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, institui a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e a Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Ambas as Agências Reguladoras foram criadas para normatizar e fiscalizar, em benefício da saúde pública, atividades de interesse à saúde no Brasil. Neste contexto, a ANS foi definida como o órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam assistência suplementar à saúde no Brasil.

Para compreender a regulação incidente sobre a saúde suplementar no Brasil, portanto, convém introdutoriamente mencionar alguns aspectos importantes sobre a evolução política, jurídica e institucional do Brasil, evolução esta que ampliou os mecanismos de proteção do direito à saúde no país, inclusive no que diz respeito aos serviços prestados pela iniciativa privada. Com efeito, foi com a Constituição de 1988 que o Brasil voltou a funcionar na forma de um Estado Democrático de Direito, fundado em uma Constituição promulgada democraticamente e que protege os direitos humanos. A proteção dada à saúde vem, assim, neste contexto mais amplo da história política e jurídica brasileira, sendo importante ressaltar, preliminarmente, alguns elementos essenciais à compreensão da regulação incidente sobre a saúde suplementar no Brasil.

1.1.1 - Estado Democrático de Direito, Constitucionalismo e proteção dos Direitos Humanos

A partir do momento em que as organizações sociais foram adotando o laicismo e abandonando modelos de organização social embasados na religião, deu-se o desenvolvimento de uma nova forma de pensar na organização das sociedades, com o conseqüente apelo para a razão como fundamento do Estado e do Direito. Iniciou-se, assim, uma difusão em larga escala, nos séculos XVII e XVIII, da tese do contrato social como explicação e origem do Estado, da Sociedade e do Direito. *"Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional de indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito porque não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos"*³.

O Estado de Direito representa hoje, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos⁴, um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno.⁵ A atual concepção de Estado modela-se no sentido de direcionar a estrutura estatal para a promoção e proteção dos direitos humanos (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos). Estes direitos, por sua vez, exigem, para sua promoção e proteção, um ambiente social dotado de regras de convivência que garantam a todos, sem exceção, o respeito à vida e à dignidade do ser

³ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo Com o Pensamento de Hannah Arendt. 2ª Reimpressão. São Paulo:Companhia das Letras, 1988. p. 121

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

⁵ O Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar os elementos essenciais de uma Constituição: “Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. In: COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Editora Saraiva. São Paulo. 1999. p. 139.

humano. Essas regras devem atingir não só a figura dos governados como também, e principalmente, a figura dos governantes. O exercício do poder deve sujeitar-se a regras pré-estabelecidas, voltadas à promoção, proteção e garantia dos direitos humanos. A esse conjunto de regras, que define o âmbito do poder e o subordina aos direitos e atributos inerentes à dignidade humana, damos o nome de Estado de Direito.⁶

Como comunidade social, “*o Estado – de acordo com a teoria tradicional do Estado – compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo do Estado independente. Todos esses três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica (...) O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida atrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica*”⁷. Essa concepção de Estado orienta até os dias de hoje o conceito de Estado de Direito, onde a eficácia da ordem jurídica - do Direito - é fundamental para a existência de um Estado de Direito.

Nos Estados Modernos, a ordem jurídica costuma organizar-se com base em um texto normativo de hierarquia superior denominado Constituição do Estado. As regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, bem como de definição de direitos básicos, não importa o regime político nem a forma de distribuição de competência aos poderes estabelecidos são, por conseguinte, matéria de direito constitucional.⁸ Para J.J. Canotilho, o “*constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. (...) Numa outra acepção – histórico descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno*

⁶ NIKEN, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos. Tomo I, p. 22.

⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2ª Edição Brasileira. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1987. p. 303.

⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.26

*para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”.*⁹

Dentre as principais características do constitucionalismo surgido com o advento do Estado moderno, sobretudo após a Revolução Francesa de 1789, destacam-se a positivação do princípio da legalidade; o surgimento de constituições escritas e rígidas, que exigem procedimentos mais complexos para sua alteração; a positivação do princípio de divisão de poderes; a positivação de direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis – propriedade, liberdade e igualdade; a legitimação do poder político nas mãos da soberania popular, que pode exercê-lo diretamente ou por meio de representatividade no poder legislativo – elevação da noção de cidadania – e o surgimento de um Estado liberal, destinado prioritariamente a garantir a liberdade individual, sem quase nenhuma preocupação com o bem estar coletivo e caracterizado pelo absentismo – “*laissez faire, laissez passer*”.

São exemplos de Constituições Liberais as Constituições: Francesa, de 1791; dos Estados Unidos da América de 1787; Espanhola e Portuguesa, de 1812; Belga de 1822 e a Brasileira de 1824. Estas Constituições refletiram o liberalismo burguês, pensamento dominante da época, orientando uma atitude passiva do Estado, como simples conservador dos direitos dos que já os possuíam, sem nada fazer pelos que não tinham qualquer direito a conservar. A ordem política instalada pela nova classe dominante, detentora do poder econômico - a burguesia do “*laissez faire, laissez passer*” - pregava a não intervenção do Estado na liberdade de iniciativa e de contrato (inclusive de trabalho). Tal orientação política, absorvida pelo Direito, acabou gerando um enorme desequilíbrio social, onde patrões exploravam empregados com a aplicação da “mais valia”, regimes

⁹ CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª Ed., Editora Almedina, Coimbra, 1998.

trabalhistas de semi escravidão, com jornadas de trabalho de até 16 horas por dia, trabalho infantil generalizado e direitos trabalhistas quase inexistentes.

Estas desigualdades estimularam o surgimento, ainda no Século XIX, de movimentos em prol da positivação dos direitos sociais. O Estado, tal como estava sendo utilizado, tornou-se um instrumento de opressão dos trabalhadores e das classes menos favorecidas. Os movimentos do século XIX questionavam a questão da liberdade como sendo um direito apenas destinado ao burguês, já que somente quem tinha tempo poderia fazer reunião e somente quem tinha meios poderia expressar suas opiniões. Os direitos individuais conquistados estavam se mostrando como direitos meramente formais, existente para uma pequena parcela da população e causador de exclusões sociais gritantes. Denunciavam a suplantação do direito de igualdade pelo direito de liberdade. O que estava sendo colocado em xeque era o fato de que a proteção exclusiva dos direitos individuais não estava contemplando os princípios da Revolução de 1789, uma vez que haviam sido deixadas de lado a igualdade e a fraternidade. Caberia ao Estado, desta forma, interferir na atividade dos particulares para que estes usufríssem a liberdade individual sem que com isso prejudicassem os direitos sociais e a busca pela igualdade. Neste mesmo sentido já acenava a Igreja Católica, através do Papa Leão XIII, que em 1891 redigiu a encíclica *Rerum Novarum*, na qual advogava a intervenção ativa do estado em questões sociais, visando melhorar as condições de vida dos miseráveis e excluídos.

Entretanto, somente no século XX os direitos sociais começaram a se incorporar nas constituições dos Estados. A primeira a incluí-los foi a Constituição Mexicana, em 1917, sendo seguida por diversas outras nações, incluindo o Brasil. Esta evolução histórica de constitucionalização (fundamentalização) resultou num modelo estatal adotado pela grande maioria dos países do mundo, onde figuram, desde o início do século, de um lado, os direitos individuais, derivados da Bill of Rights e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Os direitos individuais são direitos que protegem o indivíduo contra o Estado - vida, segurança, igualdade de tratamento perante a lei,



propriedade, liberdade (de ir e vir, de expressão, de reunião, de associação, dentre outras liberdades).

De outro lado, podemos encontrar em diversas constituições menções expressas aos direitos sociais, econômicos e culturais, que refletem pretensões do indivíduo perante o Estado - trabalho (greve, salário mínimo, jornada máxima de trabalho, aposentadoria), acesso aos bens históricos e culturais e às ciências, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, dentre outros.

Nas últimas décadas pudemos acompanhar o surgimento dos direitos que têm como titular não os indivíduos na sua singularidade, mas grupos humanos, como a família, o povo, a nação ou a própria humanidade¹⁰. Pode-se dizer que compõem ainda esse conjunto de direitos humanos os direitos ao desenvolvimento, à paz, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente e de comunicação.¹¹

Importante destacar que o Estado de Direito brasileiro, que tem como fundamento jurídico-normativo a Constituição de 1988, pressupõe que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.¹² Ao mesmo tempo em que reconhece e protege os direitos individuais, civis e políticos, o Estado de Direito brasileiro protege os direitos sociais, ao reconhecer, na Constituição de 1988, que *“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*.¹³ E, complementando o arcabouço constitucional de proteção dos direitos humanos, o §2º do

¹⁰ Celso Lafer, *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos*, Companhia das Letras, 2ª edição, 1998, p. 125 a 137

¹¹ Karel Vasak, *Léçon Inaugurale*, sob o título *Pour Les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*, ministrada em 2 de julho de 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 9ª edição, São Paulo, 2000, p. 523

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Art. 5º, *Caput*.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Art. 6º.

Art. 5º da Constituição dispõe que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte*”.

1.1.2 - A saúde como um Direito humano fundamental no Brasil

Existem, portanto, no Estado de Direito brasileiro, direitos fundamentais que devem ser promovidos e protegidos pela sociedade como um todo e, principalmente, pelos órgãos de Administração do Estado criados pela própria Constituição. De fato, todo Poder carece do aparelho administrativo para a execução de suas determinações. O Estado de Direito brasileiro representa o modelo modernamente adotado para a garantia dos “*princípios axiológicos supremos*” dos direitos humanos, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade)¹⁴.

Serve o Estado de Direito, assim, como instrumento viabilizador da realização dos direitos humanos, voltado à proteção e promoção da liberdade, da igualdade e da fraternidade¹⁵. A liberdade expressa-se, no Estado de Direito, através da vontade dos indivíduos, que tem como núcleo central a idéia da autonomia, demonstrando-se através da submissão de todos os membros de uma determinada sociedade às regras que ela própria estabelece e ao poder do governante que ela própria elege. As liberdades públicas, no sentido político de autogoverno, e as liberdades privadas, mecanismos de defesa existentes contra intervenções arbitrárias do governo, compõe o primeiro elemento da tríade de princípios axiológicos supremos que têm, no Estado de Direito, a sua proteção mais sólida.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 50.

¹⁵ O Preâmbulo da Constituição nos oferece exata dimensão deste aspecto do Estado de Direito: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

E esta proteção é dada através do conjunto de direitos individuais voltados à garantia da liberdade.

O Estado de Direito consolida em sua dimensão, ainda, a igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a Lei, não podendo haver leis ou regras aplicáveis apenas a alguns, da mesma forma que estas leis não podem privilegiar indivíduos ou grupos em detrimento de outros. A igualdade formal, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos, necessita, para se tornar realmente efetiva, do terceiro princípio axiológico supremo, ou seja, a solidariedade. De nada adianta todos terem a igualdade formal garantida se as diferenças materiais existentes entre indivíduos da mesma sociedade podem anular esta proteção. De fato, dizer que formalmente todos têm direito à propriedade não basta para que tenhamos uma sociedade que respeite os direitos humanos, se a propriedade só estiver ao alcance de alguns. Seria tão inútil quanto se afirmar que todos podem ir à lua, sabendo-se que os meios tecnológicos que nos permitem ir à lua são inacessíveis a quase a totalidade dos seres humanos.

Neste sentido, o terceiro elemento que compõe a tríade de princípios axiológicos supremos, dando a dimensão dos elementos essenciais do denominado Estado de Direito, é a fraternidade. A fraternidade, ou solidariedade, expressa-se como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõe o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material. Para tanto é que foram sendo positivados os direitos sociais como direitos humanos, destinados a garantir condições mínimas de existência a todos os seres humanos, em especial os mais fracos e os mais pobres. A saúde encaixa-se, exatamente, neste grupo de direitos, que necessitam de uma atuação ativa do Estado para a sua proteção. Para a proteção dos direitos sociais é necessário que o Estado, através de seus órgãos, adote medidas ativas e intervencionistas buscando promover os direitos sociais na sociedade, em busca do ideal da igualdade material. É preciso garantir um patamar mínimo de vida para todos os seres humanos da sociedade brasileira, cabendo ao Estado o dever de promover e

proteger os direitos sociais, principalmente da parcela da população que não tem acesso a esses direitos.

A gênese dos Estados de Direito modernos encontra-se justamente na positivação do Direito, ou seja, na consolidação das expectativas sociais na Constituição. Como bem assevera Antonio Augusto Cançado Trindade, a proteção internacional dos direitos humanos testemunhou, nas últimas décadas, tentativas ou propostas de categorizações de direitos, dentre as quais a mais próxima da operação dos meios de implementação tem sido precisamente a da suposta distinção entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais. Não tardou muito para que se percebesse que, assim como há direitos civis e políticos que requerem ação positiva do Estado (v.g. direito civil à assistência judiciária como integrante das garantias do devido processo legal), também há os direitos econômicos, sociais e culturais ligados à garantia do exercício de medida de liberdade (e.g. direito à greve e liberdade sindical), ao que há que se acrescentar a vinculação dos direitos humanos à garantia efetiva da liberdade da pessoa humana. Ao recordar, a esse respeito, que o núcleo de direitos humanos possui caráter inderrogável (v.g. direitos à vida, a não ser submetido a tortura ou escravidão), encontrando-se inelutavelmente ligado à salvaguarda da própria existência, liberdade e dignidade da pessoa humana, compreende-se a razão para que, no transcurso das três últimas décadas, tenha havido uma reconsideração geral da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos.¹⁶

Cançado Trindade aponta que o divisor de águas neste sentido foi a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã no ano de 1968. A Conferência proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em suma, "entre as duas 'categorias' de direitos - individuais e sociais ou

¹⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 359, 360

coletivos - não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia"¹⁷.

A saúde foi reconhecida, nesse contexto, como um Direito humano social expressamente previsto pela Constituição brasileira e por diversos instrumentos normativos internacionais. O reconhecimento da saúde como um Direito humano fundamental deu origem a uma profusão de normas e decisões jurídicas que têm o escopo de garantir esse importante direito humano, dando vida e conteúdo a uma parte específica da ciência jurídica, que chamamos de Direito Sanitário. O Direito Sanitário é, hoje, uma realidade do ordenamento jurídico que não pode mais ser ignorada. Trata-se de uma parte importante do Estado de Direito brasileiro, pois é justamente a organização jurídica do Estado brasileiro voltada à promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil. O Direito Sanitário é formado pelo conjunto de normas jurídicas que tem por finalidade a concretização do Direito humano fundamental à saúde.

Desde a Constituição Federal, passando por normas definidas em Tratados Internacionais, em Leis internas brasileiras e em normas infra-legais, encontraremos diversos instrumentos jurídico-normativos que tratam de variados aspectos relacionados com o Direito à saúde, sempre voltados à garantir o Direito à saúde de cada indivíduo e da sociedade. Esse aparato normativo dá origem à necessidade de uma interpretação sistêmica e lógica, bem como exige das autoridades públicas um dever de agir que se concretiza através de decisões (a execução de uma política pública, a normatização de um setor da saúde, uma decisão judicial visando garantir um tratamento etc.).

O direito à saúde foi reconhecido como um Direito Humano fundamental no Brasil e encontra-se categorizado no que se convencionou chamar de Direitos Sociais ou

¹⁷ Antonio Augusto Cançado Trindade, ob. Cit., p. 360. A Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, realizada em Viena, também proclamou solenemente a indivisibilidade entre os direitos individuais, civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, estipulando ainda outros princípios de interação, nos seguintes termos: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados."

Direitos Humanos de segunda geração. A própria Constituição de 1988 expressamente declara a saúde como um Direito social (CF, art. 6º). Entretanto, cumpre destacar, na linha já traçada por Cançado Trindade, que o direito à saúde, como Direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do Direito à saúde. De outro lado, a saúde também possui diversas características que lhe oferecem contornos de direito subjetivo público. O Direito à saúde pode ser também considerado como um Direito subjetivo público¹⁸ na medida em que permite que o cidadão ingresse com uma ação junto ao Poder Judiciário para exigir do Estado ou de terceiros responsáveis legalmente a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor da saúde.

Assim, podemos perceber que, como Direito Social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o Direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico. Assim, o Direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício da sua saúde ou que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (ou seja, também exige abstenção do Estado, como por exemplo não poluir o ambiente).

O Direito à saúde é, portanto, um direito humano fundamental da sociedade brasileira, necessário para o desenvolvimento do país. Por essa razão as ações e serviços de saúde são considerados como de relevância pública (CF, art. 197) e devem estar

¹⁸ Faculdade de agir por parte de um cidadão ou de uma coletividade para ver um direito seu ser observado.

sujeitos aos mecanismos de controle social de uma democracia, para evitar eventuais abusos a esse Direito. Por essa razão, também, que a saúde foi considerada, pela Constituição, um Direito de todos e um dever do Estado.

1.1.3 - Saúde como Dever do Estado: O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde – SUS é a instituição jurídica mais importante do Direito Sanitário brasileiro. Podemos conceituá-lo como a instituição jurídica criada pela Constituição Federal para organizar as ações e serviços públicos de saúde no Brasil.

O SUS é uma instituição jurídica criada pela Constituição Federal de 1988. A nossa carta define o SUS (art. 198), estabelece as suas principais diretrizes (Art. 198, incisos I a III), expõe algumas de suas competências (art. 200), fixa parâmetros de financiamento das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, parágrafos 1º a 3º) e orienta, de modo geral, a atuação dos agentes públicos estatais para a proteção do Direito à saúde (arts. 196, 197 e 198, caput). Como um sistema que é, o SUS reúne em si todas as instituições jurídicas que desenvolvem ações e serviços públicos de saúde no Brasil.

Como previsto no Art. 196 da CF, “*a saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*”. Para melhor explicar os contornos do dever estatal de proteger o Direito à saúde, a Constituição Federal prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. No que se refere à execução das ações e serviços de saúde, deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197). A execução direta de ações e serviços de saúde pelo Estado é feita através de diferentes instituições jurídicas do Direito Sanitário, verdadeiras instituições-organismos de direito público: Ministério da Saúde, Secretarias

Estaduais e Municipais de Saúde, Autarquias hospitalares, Autarquias Especiais (Agências Reguladoras), Fundações etc.

Assim, a execução direta de ações e serviços públicos de saúde pelo Estado pressupõe a existência de um conjunto de instituições jurídicas de direito público com poderes e responsabilidades específicos para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Todas as ações e serviços de saúde executados pelas instituições-organismos de Direito público serão consideradas ações e serviços públicos de saúde e estarão, portanto, dentro da esfera de atuação da saúde pública, do Sistema Único de Saúde.

Também serão consideradas ações e serviços públicos de saúde aquelas executadas por instituições privadas nos termos do parágrafo 1º do Art. 199 da Constituição, ou seja, aquelas que firmem convênios ou contratos com as instituições de direito público do SUS e que observem as suas diretrizes e princípios. Assim, as instituições privadas que firmarem convênios ou contratos com as instituições-organismos de Direito público também estarão executando ações e serviços públicos de saúde e farão parte do SUS.

Tal conceito foi delineado legalmente pela Lei 8.080/90, que define o Sistema Único de Saúde em seu artigo 4º, dispondo que o “*conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)*”. O §1º do mesmo artigo prevê que “*estão incluídas no disposto neste artigo 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*”. No que diz respeito à participação da iniciativa privada no SUS, o § 2º dispõe: “*A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar*”.

Criado pela Lei Maior do país, o SUS reúne em seu conteúdo todas as instituições jurídicas responsáveis pela execução das ações e serviços públicos de saúde.

Em síntese, o Sistema Único de Saúde é uma instituição-organismo do Direito Sanitário que engloba em si todas as instituições jurídicas responsáveis pela concretização das ações e serviços públicos de saúde (Ministério da Saúde, Secretarias, Agências, autarquias, etc).

Importante notar que, embora seja uma instituição jurídica de extrema importância para o Direito Sanitário, o SUS não possui personalidade jurídica própria. Trata-se de um Sistema, dotado de todos os elementos que caracterizam uma instituição-organismo - conjunto individualizado, organização interna organizada em conformidade com o Direito positivo, inserção na ordem geral das coisas e situação jurídica permanente – mas que ainda não evoluiu para um formato com personalidade jurídica própria. A definição do Sistema Único de Saúde passa pela compreensão do conjunto de normas jurídicas que define os seus integrantes, estabelece o seu campo de atuação, cria os seus mecanismos de ação e prevê formas de sanção para quaisquer descumprimentos.

Como organismo que é – ou seja, um conjunto de elementos materiais ou ideais organizados e inter-relacionados¹⁹ - o Sistema Único de Saúde é composto por um conjunto de instituições jurídicas autônomas e complementares entre si, instituições essas que dão ao SUS corpo, consistência e vida. O Direito Sanitário cria e orienta a atuação dessas instituições jurídicas, sempre tendo como horizonte a plena realização do Direito à saúde.

O Sistema Único de Saúde é o ambiente onde se desenvolvem as ações e serviços públicos de saúde. Nada impede a participação da iniciativa privada na assistência à saúde. Essa participação pode dar-se em parceria com instituições que passam a integrar o SUS (saúde complementar) ou de forma exclusivamente privada, organizadas em planos de saúde (saúde suplementar) ou prestadas de forma particular. Seja em um caso ou em outro, a participação da iniciativa privada na saúde sempre estará sujeita à regulação determinada pelo Estado.

¹⁹ Houaiss

1.2 - PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA SAÚDE: SAÚDE COMPLEMENTAR E SAÚDE SUPLEMENTAR.

Ao mesmo tempo em que o Estado possui o dever de garantir a saúde da população, o que faz por meio do Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal reconhece à iniciativa privada a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde. **A atuação da iniciativa privada na área da saúde pode ser complementar ou complementar.**

1.2.1 - Saúde Complementar

A atuação da iniciativa privada na área da saúde será considerada **complementar** quando for desenvolvida nos termos do art. 199 da CF, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No que concerne à participação complementar da iniciativa privada na saúde, vale dizer que o Estado brasileiro ainda não possui as condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir a saúde da população. Faltam hospitais, laboratórios, clínicas médicas, enfim, há carência estrutura básica para o atendimento universal da população. Resta assim, ao Estado Brasileiro, através da União, dos Estados e dos Municípios, utilizar-se de parceiros privados para a consecução dos seus objetivos constitucionais.

A saúde complementar deve ser compreendida, assim, por meio das ações e serviços de saúde que, embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas ações e serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas

jurídicas e a União, os Estados ou os Municípios. Tal relação jurídica possui suas balizas legais traçadas pelo art. 199²⁰ da Constituição Federal e pelos artigos 24 a 26 da Lei 8.080/90.²¹

O Estado utiliza-se da iniciativa privada para aumentar e complementar a sua atuação em benefício da saúde da população. Ao firmar convênios e contratos com diversas pessoas jurídicas de direito privado que realizam ações e serviços de saúde o Estado Brasileiro as insere no âmbito das ações e serviços públicos de saúde, igualando-as àquelas prestadas diretamente por seus órgãos e entidades. Por firmarem contratos ou convênios com o Sistema Único de Saúde, integram esse Sistema e submetem-se a todas as suas diretrizes, princípios e objetivos, notadamente a gratuidade, integralidade e universalidade. Trata-se das instituições jurídicas voltadas às ações e serviços de saúde complementares ao SUS. Assim, os hospitais, as clínicas, os laboratórios, as organizações não governamentais, as organizações sociais de interesse público, enfim, todo o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado que tiver firmado contrato ou convênio com os órgãos e

²⁰ Dispõe o artigo 199 da CF: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. §1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. §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”.

²¹ Dispõem os arts. 24 a 26 da Lei 8.080/90: “Da Participação Complementar. Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS). 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)”.

entidades que compõem o SUS serão consideradas, para todos os fins, instituições-organismos do SUS.

1.2.2 - Saúde Suplementar

De outro lado, as ações e serviços privados de saúde também podem ser prestados por meio de planos de saúde, oferecidos por operadoras de planos de saúde, no campo que se convencionou nomear de **saúde suplementar**.

A **saúde suplementar** é o setor que abriga os serviços privados de saúde prestados exclusivamente na esfera privada. Representa uma relação jurídica entre prestador de serviço privado de saúde e consumidor, organizada por meio de planos de saúde, conforme previsto nas Leis Federais 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e 9.656/1998.

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

É justamente no campo da saúde suplementar que a presente pesquisa irá desenvolver-se, especialmente no que se refere à atuação das operadoras de planos e seguros de saúde no Brasil bem como à regulação incidente sobre o setor. Embora os princípios e diretrizes que regem o sistema público de saúde (SUS) devam orientar a regulação incidente sobre o setor privado, a lógica intrínseca a este setor fazem com que princípios como a universalidade e a integralidade não sejam assimilados plenamente quando tratamos do campo da saúde suplementar. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão regulador da saúde suplementar no Brasil, vem normatizando o setor para que este passe a cumprir a sua função social da forma mais harmônica possível com os princípios e diretrizes do SUS, mas ainda há muito a caminhar.

1.3 - A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS: ÓRGÃO FEDERAL DE REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO SETOR NO PAÍS

Para o controle das ações e serviços de saúde desenvolvidos no âmbito da saúde suplementar foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. A Agência teve a sua existência formalizada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que a define como um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Como visto anteriormente, a assistência suplementar à saúde é aquela prestada pela iniciativa privada, sendo que suas ações e serviços não caracterizam ações e serviços públicos de saúde, mas nem por isso deixam de estar sob a regulação pública (normas jurídicas) exercida principalmente pelo órgão deliberativo da ANS.

A Lei que instituiu a ANS dispõe que a mesma tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento de ações de saúde no país. Trata-se de importante instituição jurídica do Direito Sanitário na medida em que regula um setor responsável pelo atendimento de aproximadamente 42 (quarenta e dois) milhões de pessoas.

A ANS é responsável pela normatização, fiscalização e controle da atividade de todas as instituições jurídicas de direito privado que, de alguma forma, operam seguros ou planos de saúde ou prestam ações e serviços privados de saúde e não possuem relação jurídica de natureza obrigacional com o Sistema Único de Saúde (as instituições-organismos de direito privado sempre terão relação jurídica de natureza regulatória com o SUS, pois submetem-se às normas jurídicas impostas pelas fontes normativas do SUS, notadamente as do Ministério da Saúde, da ANS e da ANVISA). Assim, Lei 8.080/90 fixa em seus arts. 20 a 23 as condições gerais para a participação da iniciativa privada na

realização de ações e serviços de assistência à saúde²². Quando as instituições privadas organizam a prestação de serviços de saúde através de operadoras (planos e seguros de saúde) elas sujeitam-se também às determinações da Lei 9.961/00 e às normas fixadas pela ANS.

1.4 – MARCOS REGULATÓRIOS DA SAÚDE SUPLEMENTAR: LEIS FEDERAIS 9.656/1998 E 9.961/2000

A participação da iniciativa privada na saúde submete-se à regulação estatal. No campo da saúde suplementar, a partir de 1998 o Brasil passou a ter uma nova regulação federal sobre o assunto, notadamente a Lei n.º. 9.656, de 03 de junho de 1998. Essa lei veio regular as relações privadas na área da saúde, em especial as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde.

Convém destacar que a Lei n.º. 9.656/98 foi substancialmente alterada pela Medida Provisória 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Editada no final do governo Fernando Henrique Cardoso, essa Medida Provisória ainda se submetia à velha sistemática,

²² Dispõem os referidos artigos da Lei 8.080/90: “*Dos serviços privados de assistência à saúde. Capítulo I. Do Funcionamento. Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde. Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento. Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos. § 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados. § 2º Excetuam-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, em finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social”.*

podendo ser reeditada sequencialmente até que o Congresso a analisasse. O próprio número da MP indica o número de reedições da referida MP: o hífen seguido do número 44 indica justamente que a referida MP foi editada nada menos que 44 vezes. O mais peculiar é que, alterada a sistemática de edição de Medidas Provisórias no Brasil, com a Emenda Constitucional nº. 32, de 11 de setembro de 2001, a Medida Provisória 2.177-44/01 continuou vigorando e será válida como uma Lei até que o Congresso Nacional a analise. Como até o momento o Congresso não se dispôs a analisar a questão, grande parte da regulação incidente sobre a saúde suplementar no Brasil ainda é regulada por Medida Provisória (que embora provisória já dura mais de 5 anos!).

Outro marco regulatório importante foi a Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Essa lei criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e impôs forte regulação e fiscalização sobre os serviços de saúde prestados no âmbito da saúde suplementar. Convém ressaltar que essa Lei também sofreu, embora em menor quantidade, alterações da Medida Provisória 2177-44/01. A Lei 9.961/00 foi regulamentada pelo Decreto nº3.327, de 05 de janeiro de 2000, e pela Resolução da ANS que aprovou o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Também possuem relação com os serviços prestados no âmbito da saúde suplementar o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e, no caso dos psicólogos, a Lei 5.766, de 20 de dezembro de 1971, que instituiu o Conselho Federal de Psicologia e os Conselhos Regionais, bem como Código de Ética do Psicólogo, que foi recentemente revisado pelo CFP com aprovação da Resolução 010, de agosto de 2005.

A análise que será realizada no presente texto enfocará os contornos normativos que regulam a participação (ou a possibilidade de participação) do psicólogo nos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar no Brasil.

1.4.1 - Lei 9.656/1998

A Lei 9.656/98 veio regular a oferta de serviços de assistência à saúde realizada pelo que conceituou como operadoras de planos privados de assistência à saúde. Entende-se como Plano Privado de Assistência à Saúde a 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.

Dessa forma, as operadoras de Planos de Assistência à Saúde são as pessoas jurídicas constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato de planos privados de assistência à saúde.

i) Classificação das Operadoras

Pessoas físicas não podem operar planos ou seguros privados de saúde. Pela Lei 9.656/98 e de acordo com as regulamentações exaradas pela ANS, as operadoras podem ser classificadas da seguinte forma²³:

- i) **Administradoras:** empresas que administram exclusivamente Planos Privados de Assistência à Saúde. São meramente prestadoras de serviços administrativos ligados ao oferecimento de serviços de assistência à saúde, não possuem rede referenciada nem assumem os riscos decorrentes das operações realizadas, que ficam por conta de sua contratante.

²³ José Luiz Toro da Silva. Manual de Direito da Saúde Suplementar. Editora Mapontes.



- ii) **Cooperativa médica ou odontológica:** Sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente planos privados de assistência à saúde ou planos odontológicos, conforme o caso. Nessa modalidade os médicos (cooperados) são simultaneamente sócios e prestadores de serviços, recebendo pagamento tanto pela sua produção individual, como mediante rateio do lucro obtido pela cooperativa.
- iii) **Autogestão:** São entidades de autogestão que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seus departamentos (geralmente de Recursos Humanos), responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer serviços a grupos definidos (empregados da empresa, filiados da entidade etc.).
- iv) **Seguradora Especializada em Saúde:** A Lei 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, determinou que as sociedades seguradoras que mantinham carteira de saúde constituíssem seguradoras especializadas para a saúde. São seguradoras, subordinadas às normas da ANS. Atualmente, os seguros-saúde também contam com redes referenciadas de serviços.
- v) **Medicina de Grupo:** Sistema de administração de serviços médico-hospitalares para atendimento em larga escala com padrão profissional e custos controlados. O Ministério do Trabalho, pela Portaria n. 3.286 definiu medicina de grupo como a pessoa jurídica de direito privado, organizada de acordo com as leis do país, que se dedique a assegurar a assistência médica ou hospitalar e ambulatorial, mediante uma contraprestação pecuniária preestabelecida, vedada a essas empresas a garantia de um só evento.



- vi) **Medicina de Grupo:** Aplica-se o mesmo conceito que o utilizado para o de medicina de grupo, com objeto focado nos serviços odontológicos.

ii) Plano de Referência

O grande avanço trazido pela Lei 9.656/98 foi a adoção do conceito de plano de referência de assistência à saúde.

Dispõe o art. 10:

“Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

VIII – Revogado

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.



§ 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.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.”

Depreende-se do referido artigo que quaisquer operadoras de planos e seguros de saúde devem oferecer, no mínimo, o plano de referência. A lógica intrínseca aos planos de referência é a de que, com eles, oferece-se um tratamento integral da saúde.

No que se refere à participação do psicólogo nesse espectro de serviços de saúde, faz-se necessário uma análise criteriosa sobre quais seriam as doenças listadas na CID que demandariam, necessária ou facultativamente, os serviços psicológicos. Trata-se de uma questão estratégica para o desenvolvimento das ações do CRP no âmbito da saúde suplementar.

A identificação das possíveis atuações do psicólogo na saúde suplementar também pode ser analisada a partir da identificação de um rol de procedimentos que podem ser realizados pelos psicólogos para o tratamento das doenças previstas na CID. O setor odontológico teve a sua regulamentação realizada nesse sentido.

Um importante órgão interlocutor para esse diálogo é o Conselho de Saúde Suplementar, criado pela Lei 9.656/98, art. 35-A, a quem compete, entre outras atribuições, estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar. O CONSU é formado pelos Ministros da Justiça (que o preside), da Saúde, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.



Dentre as Resoluções exaradas pelo CONSU, destaca-se, para o presente trabalho, a Resolução CONSU nº. 10, publicada no Diário Oficial da União n. 211, de 04 de novembro de 1998, que dispõe sobre a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica e fixa as diretrizes para a cobertura assistencial. Desde o advento da Lei da ANS, porém, o CONSU não tem mais o mesmo papel. Embora legalmente o CONSU ainda mantenha sua existência e competência, na prática o órgão não edita qualquer resolução desde 21 de outubro de 1999.

As competências do CONSU vêm sendo exercidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Convém analisar, portanto, o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar no Brasil e as principais Resoluções Normativas por ela exaradas, em especial no que se refere à definição do plano de referência e à inserção do psicólogo no setor da saúde suplementar.