

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
MESTRADO EM DIREITO

MARCELO FERRAZ VOLPATO

**TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA  
CONSISTÊNCIA DA DECISÃO DA ADI 1.923/DF À LUZ DA TEORIA DA  
PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY**

VITÓRIA

2023

MARCELO FERRAZ VOLPATO

**TUTELA JURISDICCIONAL DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA  
CONSISTÊNCIA DA ADI 1.923/DF À LUZ DA TEORIA DA  
PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

VITÓRIA

2023

MARCELO FERRAZ VOLPATO

**TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA  
CONSISTÊNCIA DA ADI 1.923/DF À LUZ DA TEORIA DA  
PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em: 27/03/2023

COMISSÃO EXAMINADORA:

---

Profª. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai  
Faculdade de Direito de Vitória

“Para tudo há uma ocasião, e um tempo para cada propósito debaixo do céu: tempo de nascer e tempo de morrer, tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou, tempo de matar e tempo de curar, tempo de derrubar e tempo de construir, tempo de chorar e tempo de rir, tempo de prantear e tempo de dançar, tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntá-las, tempo de abraçar e tempo de se conter, tempo de procurar e tempo de desistir, tempo de guardar e tempo de lançar fora, tempo de rasgar e tempo de costurar, tempo de calar e tempo de falar, tempo de amar e tempo de odiar, tempo de lutar e tempo de viver em paz.” (Eclesiastes 3:1-8)

## AGRADECIMENTOS

Ao longo de dois anos intensos de estudos que compreenderam o curso de Mestrado, novos horizontes se abriram e novos ensinamentos, novos professores e novas abordagens contribuíram para um melhor entendimento do que é a percepção do Direito dentro de uma perspectiva de garantias fundamentais.

A angústia e a dificuldade enfrentadas diariamente na busca da interpretação de um texto com racionalidade e a perplexidade diante de um crescente decisionismo jurídico, deu espaço a um melhor entendimento da análise dogmática do direito voltada para o Direito Positivo e dos estudos de novos rumos interpretativos voltados para busca da decisão correta no caso concreto e de decisões baseadas em fundamentações racionais de argumentação com estudo de juristas que influenciam o mundo jurídico de toda sociedade civilizada.

O tema escolhido para esta dissertação representa, talvez, o que de mais caro existe para o ser humano que é a saúde, aqui entendida em sua percepção mais ampla: “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, bem como a demonstrar a opção política feita pelo constituinte de 1988 ao conceber o direito à saúde como um direito de cidadania.

A luta traçada por tantos homens e mulheres idealistas da área da saúde pública e coletiva, que ficou conhecido como Movimento de Reforma Sanitária, que sonharam e realizaram o Sistema Único de Saúde, seja na busca incessante da construção de um sistema de saúde universal, democrático e de qualidade, seja na busca de um ensino que crie condições para o desenvolvimento dos sujeitos sociais e que transformaram a realidade sociocultural, econômica, política e sanitária brasileira não podem se perder.

Nesses dois anos (2020/2 a 2022/2) vivemos juntos um fato histórico disruptivo com o advento do COVID/19, em que a população mundial enfrentou uma pandemia jamais vista em nossa geração e que custou ao Brasil mais de 660 mil vidas.

Esta pandemia trouxe um período terrível na história da humanidade, precipitando mudanças de comportamento social e alterações de mercado. A morte bateu à porta de

muitas famílias. E, somado, a crise institucional que tomou do conta do país, o SUS mostrou sua força, como sistema de saúde público, gratuito e universal.

E foi assim, nesse contexto, que o Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES) e a Faculdade de Direito de Vitória (FDV), firmaram uma parceria e possibilitaram aos interessados o retorno à Academia.

Pelas mãos de duas mulheres, Luciana Gomes Ferreira de Andrade (Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo) e da Professora Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (Coordenadora do PPGD da Faculdade de Direito de Vitória) foi possível a continuidade da trajetória acadêmica.

Todos os anseios sobre a disponibilidade de tanto tempo, em detrimento da família e do trabalho, foram apaziguados desde a primeira entrevista virtual com a Professora Elda, que de forma maternal fez o acolhimento e como orientadora sempre mostrou os caminhos acadêmicos, sendo uma fonte de inspiração e referencial.

Aos Professores, Américo Bedê Freire Junior, Alexandre de Castro Coura, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, João Maurício Leitão Adeodato, Daury Cesar Fabris, César Albenes de Mendonça Cruz e José Luis Bolzan de Moraes, por desempenharem com tanta maestria os ensinamentos e permitirem o compartilhamento de reflexões e angústias, tornaram a jornada muito mais leve e prazerosa. Meu muito obrigado!

## RESUMO

Analisar a racionalidade da decisão da ação direta de inconstitucionalidade ADI 1.923/DF ajuizada contra a Lei 9.637/98, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) à luz da metodologia jurisdicional adotada pelo STF e adotada para decisão de conflitos entre direitos fundamentais no emblemático julgamento do HC 82.424/RS, enfrentando os principais aspectos da concepção de Robert Alexy acerca da interpretação dos direitos fundamentais no contexto de sua ponderação e exame de proporcionalidade. Verificar a possibilidade de a Teoria da Proporcionalidade, conforme proposta por Robert Alexy, constituir-se como elemento de validação e justificação para a fundamentação de um discurso de mudança de paradigma da saúde como direito de cidadania para saúde como mercadoria. Demonstrar que os autores da ADI 1.923/DF alegaram, em síntese, que a Lei 9.637/98 incorria nas seguintes violações constitucionais, sem apresentar a questão da saúde como direito de cidadania: 1) ofensa aos deveres de prestação de serviços de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (arts. 23, 196, 197, 199, §1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, §1º, 218 e 225 da CF/88); 2) impessoalidade e interferência do Estado em associações (arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput da CF/88); 3) descumprimento do dever de licitação (arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175 da CF/88); 4) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (arts. 37, inciso II e X e 169 da F/88); 5) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (art. 40, caput e § 4º, da CF/88); 6) insubmissão e controles externos (arts. 70, 71 e 7 da CF/88); e 7) restrição da atuação do Ministério Público (art. 129 da CF/88). Demonstrar que o Supremo Tribunal Federal restringiu-se a analisar a questão (saúde, educação, ciência e tecnologia, meio ambiente e cultura) sob o prisma da prestação de serviço público pelas organizações sociais e os limites constitucionais de transferência da prestação dos serviços públicos por parte do Estado para as Organizações Sociais, sem enfrentar a questão da saúde como direito fundamental e sua natureza jurídica de direito de cidadania. O recorte da pesquisa está no fato do STF enfatizar no acórdão que “as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva”, deixando de enfrentar e fundamentar de forma adequada a verdadeira natureza jurídica da saúde na Constituição Federal/88, permitindo assim interpretações extremamente elásticas sobre a prestação de serviços de saúde por entes “público não-

estatal”, reduzindo a questão da saúde a mera prestação de serviço público de caráter mercadológico. Evidenciar que o STF não realizou o balanceamento de princípios constitucionais e o exame da proporcionalidade na concretização do direito fundamental à saúde. Demonstrar que a tutela jurisdicional da saúde se vincula ao processo hermenêutico que atribui sentido aos textos das normas de proteção à saúde à luz de uma metodologia decisória. Filtrar a decisão à luz dos direitos fundamentais, com a base teórica de Robert Alexy, em especial sua preocupação dogmática da interpretação dos direitos fundamentais. Deixar evidenciado que a saúde foi tratada como um produto de consumo no julgamento da ADI 1923/DF e não um direito de cidadania como foi opção política do Constituinte de 1988 ao construir todo o Título VIII, Capítulo I, Seção II da Carta Magna. Demonstrar detidamente que o Supremo Tribunal Federal adotou a metodologia jurisdicional a ser adotada para decisão de conflitos entre direitos fundamentais no emblemático julgamento do HC 82.424/RS, até seu julgamento final em 2003. Da Teoria Jurídica proposta por Robert Alexy, citado como referência teórica para a técnica da ponderação e o exame de proporcionalidade do novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira, apontar o equívoco da *ratio decidendi* por parte do STF ao não enfrentar a questão da saúde como uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, com a aplicação de balanceamento de princípios constitucionais e o exame de proporcionalidade na concretização do direito fundamental à saúde, buscando assim, uma fundamentação racional na teoria alexyana como condição indispensável à efetivação dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** ADI 1.923/DF; teoria da proporcionalidade de Robert Alexy; efetivação do direito fundamental à saúde.

## ABSTRACT

To analyze the decision of the direct action of unconstitutionality ADI 1.923/DF filed against Law 9.637/98, by the Partido dos Trabalhadores (PT) and the Partido Democrático Trabalhista (PDT) in the light of the jurisdictional methodology adopted by the STF and adopted for the decision of conflicts between fundamental rights in the emblematic judgment of HC 82.424/RS, facing the main aspects of Robert Alexy's conception about the interpretation of fundamental rights in the context of its consideration and proportionality examination. To demonstrate that the authors of ADI 1,923/DF alleged, in summary, that Law 9,637/98 incurred in the following constitutional violations, without presenting the issue of health as a right of citizenship: 1) offense to the duties of providing health services, education, protection of the environment, historical heritage and access to science (arts. 23, 196, 197, 199, §1, 205, 206, 208, 209, 215, 216, §1, 218 and 225 of CF/88); 2) impersonality and State interference in associations (arts. 5, XVII and XVIII, and 37, caput of CF/88); 3) non-compliance with the duty of bidding (arts. 22, XXVII, 37, XXI and 175 of CF/88); 4) offense to the principles of legality and public competition in personnel management (arts. 37, item II and X and 169 of F/88); 5) non-compliance with civil servants' social security rights (art. 40, caput and § 4, of CF/88); 6) non-submission and external controls (arts. 70, 71 and 7 of CF/88); and 7) restriction of the performance of the Public Ministry (art. 129 of CF/88). To demonstrate that the Federal Supreme Court limited itself to analyzing the issue from the perspective of the provision of public service by social organizations and the constitutional limits of transfer of the provision of public services by the State to Social Organizations, without facing the issue of health as a fundamental right and its legal nature as a citizenship right. By emphasizing the STF in the judgment that “the political majorities prevailing in the pluralist democratic game can put their government projects into practice, shaping the profile and instruments of public power according to the collective will”, it failed to adequately face and substantiate the true legal nature of health in the Federal Constitution/88, thus allowing extremely elastic interpretations of the provision of health services by “non-state public” entities, reducing the issue of health to the mere provision of public service of a marketing nature. To show that the STF did not balance constitutional principles and examine proportionality in the realization of the fundamental right to health. demonstrate that the jurisdictional protection of health is linked to the hermeneutic process that gives meaning to the texts of health protection norms in the light of a decision-making methodology. Filter the decision in the

light of fundamental rights, with the theoretical basis of Robert Alexy, especially his dogmatic concern with the interpretation of fundamental rights. Make it evident that health was treated as a consumer product in the judgment of ADI 1923/DF and not a right of citizenship as was the political choice of the 1988 Constituent Assembly when building the entire Title VIII, Chapter I, Section II of the Magna Carta. Demonstrate in detail that the Federal Supreme Court adopted the jurisdictional methodology to be adopted for the decision of conflicts between fundamental rights in the emblematic judgment of HC 82.424/RS. From the Legal Theory proposed by Robert Alexy, cited as a theoretical reference for the balancing technique and the proportionality examination of a new paradigm of Brazilian constitutional jurisdiction, to point out the misunderstanding of the ratio decidendi by the STF in not facing the health issue as a theory of fundamental rights, with the application of a balance of constitutional principles and the examination of proportionality in the realization of the fundamental right to health.

**Keywords:** ADI 1.923/DF; proportionality theory by Robert Alexy; realization of the fundamental right to health.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	13
<b>1 POLÍTICAS SOCIAIS, DE SAÚDE E MODELOS DE SISTEMAS DE SAÚDE. ....</b>	<b>22</b>
1.1 A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS MODELOS DE POLÍTICAS SOCIAIS .....	25
1.2 DEMOCRACIA E CIDADANIA .....	29
1.3 MODELOS DE POLÍTICA SOCIAL .....	33
1.4 MODALIDADES DE PROTEÇÃO SOCIAL .....	34
1.5 TIPOS DE SERVIÇOS SANITÁRIOS E SUA VINCULAÇÃO AOS MODELOS DE POLÍTICAS DE PAÍSES E DE REGIÕES DO MUNDO .....	35
<b>1.5.1 Estado de bem-estar social (welfare state) .....</b>	<b>36</b>
<b>1.5.2 Sistema neoliberal .....</b>	<b>38</b>
<b>1.5.3 Modelo socialista .....</b>	<b>39</b>
<b>1.5.4 Medicina tradicional .....</b>	<b>40</b>
1.6 MODELOS DE SISTEMAS DE SAÚDE.....	41
1.7 POLÍTICAS SOCIAIS NA ATUALIDADE E A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL.....	45
<b>2 POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL E O DESENHO DO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE.....</b>	<b>48</b>
2.1 DO FINAL DO IMPÉRIO À REPÚBLICA VELHA (1889-1930).....	48
2.2 A SAÚDE NO GOVERNO VARGAS (1930-1945) .....	53
2.3 PRIMEIRO PERÍODO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL (1945-1963).....	56
2.4 PERÍODO DE PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE (1964-1974) .....	58
2.5 PROPOSIÇÕES INICIAIS DE REFORMA SANITÁRIA (1974-1979) .....	61
2.6 A 8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE: O DESENHO DO NOVO SISTEMA DE SAÚDE – O SUS .....	63
2.7 A TRAJETÓRIA LEGAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: DA CONSTITUINTE AOS PACTOS PELA SAÚDE .....	66

<b>3</b>	<b>AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF .....</b>	<b>69</b>
3.1	ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO.....	74
3.2	TRANSFERÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DO PODER PÚBLICO PARA ENTIDADES PRIVADAS .....	79
3.3	MUDANÇA DO CONCEITO DE SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL FEITA PELO CONSTITUINTE DE 1988 PARA SAÚDE COMO BEM DE CONSUMO.....	81
<b>4</b>	<b>A TEORIA DA CONTROLABILIDADE DO ATO JUDICIAL DE ROBERT ALEXY.....</b>	<b>86</b>
4.1	PREOCUPAÇÃO DOGMÁTICA DE ALEXY .....	90
4.2	CONCEITOS JURÍDICOS DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS PARA ALEXY ...	95
<b>5</b>	<b>DA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 1.923/DF DIANTE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY .....</b>	<b>99</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>106</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a possibilidade de um resultado diferente na adoção da razão de decidir da ADI 1.923/DF, caso o STF aplicasse a metodologia jurisdicional adotada na análise de colisão de princípios e de conflito de regras de direitos fundamentais, no emblemático julgamento do HC 82.424/RS de 2003.

O recorte da análise da referida ADI se refere especificamente na prestação de serviço público de saúde. Questiona-se que a adoção da prestação de serviço público por entidade privada do terceiro setor não traz ganhos em termos de eficiência e controle na prestação do serviço e da forma como foi estruturado o Sistema Único de Saúde – SUS na Constituição Federal de 1988.

O autor alemão Robert Alexy foi citado como referencial teórico para a técnica da ponderação e o exame da proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira, conforme expressamente mencionado no julgamento do HC 82.424/RS.

A pesquisa foi desenvolvida a partir da matriz teórica de Robert Alexy baseada na teoria dos direitos fundamentais, partindo-se de uma abordagem metodológica dedutiva que nos permitirá analisar a metodologia de decisão judicial e a sua fundamentação racional.

Conforme se demonstrará, a ADI 1.923/DF ajuizada contra a Lei Federal n. 9.637/98 centrou toda sua fundamentação na análise da questão da titularidade do serviço público no Brasil, em especial, a saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente e questões envolvendo aspectos administrativistas, não enfrentando a questão da saúde, objeto do estudo, como direito fundamental de cidadania, restringindo-o a mera prestação de serviço público.

As organizações sociais e o terceiro setor se desenvolveram no Brasil em um contexto de forte crise na prestação do serviço público pela Administração Pública, crescendo vertiginosamente com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) que resultou na Emenda Constitucional 19/98, caracterizado como transição de modelo burocrático para gerencial da Administração Pública, no campo da saúde, da educação e da

assistência social principalmente.

O argumento de esgotamento do modelo burocrático adotado pelo Brasil, já que o Estado não estava sendo eficiente na prestação dos serviços públicos e, por conseguinte, na satisfação das necessidades da sociedade, foi a principal justificativa apresentada pelo Plano Diretor, sob a liderança do então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, para a imediata mudança do modelo, com inspiração nas reformas que estavam ocorrendo no Reino Unido sob a direção de Margareth Thatcher durante seu exercício como Primeira-Ministra do Reino Unido, entre os anos de 1979 a 1990.

O movimento econômico internacional da década de 80/90, resultou no Consenso de Washington, como ficou popularmente conhecido o encontro ocorrido em 1989, na capital dos Estados Unidos, com participação dos principais países da América Latina, em que ficou estabelecida uma série de recomendações visando ao desenvolvimento e a ampliação do neoliberalismo, firmado em três eixos: abertura econômica e comercial; aplicação da economia de mercado e controle fiscal macroeconômico.

Inicialmente, o alinhamento entre o primeiro setor (setor público) e o segundo setor (setor privado) objetivou a vinculação de empresas privadas que recebiam auxílio e subvenção do Estado para realizarem programas governamentais. Posteriormente, esse alinhamento tornou-se meio de controle administrativo ou de tutela das empresas estatais e, ainda, da própria Administração Direta.

Desde a crise mundial da Década de 70 do século passado, a nova mentalidade passou a ser a busca pela modernização de empresas públicas, com redução de pessoal, transformação profunda de métodos de gestão e investimentos em tecnologia, o que importa em mudança de Regime Jurídico.

Paralelamente, no período da constituinte havia a busca da reforma do aparelho do Estado e a luta do Movimento de Reforma Sanitária, que deu origem ao Sistema Único de Saúde e categorizou a saúde como direito fundamental com vista à universalidade, equidade, integralidade e demais princípios doutrinários e de operacionalização (tais como a regionalização, hierarquização, descentralização e comando único e participação popular) do sistema, bem como enfrentando as transformações resultantes da inter-relação público e

privado na saúde.

Entretanto, a Emenda Constitucional 19/98, promulgada no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso e denominada de “Emenda da Reforma Administrativa”, não se limitou apenas à realizar uma mera alteração do texto constitucional, mas englobou, também, um conjunto de atos políticos e legislativos, a exemplo da publicação da Lei 9.637/98 (que, dentre outras providências, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção de órgãos e entidades e a absorção das atividades destes por organizações sociais). Com efeito, a prestação de serviço público, em muitos casos, passou a não mais ser prestado de forma direta, mas sim através de “contratos de gestão”, entabulados através de ajustes junto à Administração, logicamente, abrangendo os mais diversos setores: saúde, educação, meio ambiente, cultura e ciência e tecnologia, semeando aqui a metamorfose do Regime Jurídico escolhido pelo Constituinte no que tange à prestação de serviço na área da saúde.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a Lei 9.637/98, foi, por votação majoritária, julgada parcialmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Na ocasião, o STF considerou legítima a dispensa de licitação em contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as OS's para a prestação de serviços públicos, dentre os quais se situa a saúde, objeto desta pesquisa, haja vista que a ADI refere-se a inúmeros outros serviços prestados pelo Estado, concluindo pela possibilidade de escolha do regime jurídico de prestação de serviço público por quem estiver na Administração Pública.

O voto condutor desse julgamento, proferido pelo ministro Luiz Fux, considerou que a prestação de serviço público não privativo, isto é, daqueles que a Constituição autorizou delegar a iniciativa privada, tanto o Poder Público quanto a Iniciativa Privada são titulares do direito ao exercício de tais atividades.

Porém, especificamente em relação à saúde pública, as décadas de 70 e 80 também foram palco de discussões em torno da necessidade de mudanças e instituição de um novo modelo de saúde. A destacada 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, trouxe como proposta de discussão três temáticas: saúde como direito inerente à cidadania e

dever do Estado; reformulação do setor saúde e financiamento do setor.

Em relação ao primeiro eixo, objeto de análise deste trabalho, a saúde foi debatida e reconhecida como questão de cidadania no Brasil, nos moldes do Modelo do Estado de Bem-Estar Social, ressaltando a relevância das políticas sociais em detrimento da economia capitalista e Estado mínimo, sendo o setor de saúde componente essencial dessas políticas.

Sendo assim, o constituinte de 1988 optou por um sistema de saúde como direito de cidadania com desdobramentos jurídicos e políticos que colocam o tema “saúde” em um ponto acima da questão “público x privado”, tanto é que, no plano interno, a saúde é considerada como direito fundamental, com previsão no art. 5º “caput” c/c art. 6º, ambos da CF/88, e Direito Humano positivado em diplomas internacionais, como no preâmbulo da Constituição dos Direitos Humanos de 1948, nos artigos 7º, 11 e 31 da Carta Social Europeia de 1961, nos artigos 10 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e na Carta de Ottawa de 1986.

Logicamente que o STF ao julgar a ADI 1.923/DF, tal como apresentada a ação pelos Partidos Políticos (PT e PDT) trouxe discussões jurídicas acerca de matérias de relevante interesse social, por se referirem a questões relacionadas a entidades inseridas em um setor híbrido, criadas com o propósito de possibilitar o alcance de missões impostas pelo texto constitucional e que apresenta características tanto públicas quanto privadas.

O impacto decorrente da criação desses novos mecanismos administrativos, pensados para atender as demandas sociais, na disciplina do Direito, afetaram não só a saúde (CF, art. 199, caput), objeto da pesquisa, mas também, a educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), esporte e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), assegurando que as maiorias políticas pluralistas prevaletentes no jogo democrático possam pôr em prática seus projetos de governo, independentemente das regras constitucionais postas.

Essa regulamentação jurídica, adotada na decisão da ADI 1.923/DF pelo STF, buscando não conferir rigidez ao modelo, vai contra a premissa básica a partir da qual foi criado o sistema de saúde pública no Brasil, a flexibilização da prestação de serviços públicos, *in*

*casu*, a saúde, caso tomada como bem de consumo, numa análise perfunctória de serviço público, implica em atribuir a esse direito um caráter excludente e restritivo que impõe adesão a uma lógica de mercado e com as regras de regime privado.

Ademais, a saúde pública, tratada como serviço público dentro da concepção de reforma administrativa iniciada pela Emenda Constitucional 19/98, passou a ser caracterizada como serviço patrimonial, mercantil, burocrático e de caráter gerencial, reduzida, portanto, a uma mercadoria, opção não adotada pelo legislador constituinte de 1988, mesmo diante do movimento em torno do Consenso de Washington e sua ampliação do neoliberalismo com aplicação da economia de mercado.

A análise feita nesse cenário e que não foi adotada pelo STF, em sua razão de decidir, é a colisão de princípios fundamentais no exercício da tutela jurisdicional específica da saúde, realizando-se, assim um balanceamento de princípios constitucionais e o exame da proporcionalidade na concretização do direito fundamental.

Ficou claro que o legislador constituinte adotou a saúde como direito de cidadania ao passo que a decisão do STF na razão de decidir da ADI 1.923/DF ao optar por um regime jurídico privado de prestação de serviço público adotou um critério de saúde como mercadoria, submetendo-a às regras de mercado.

A fundamentação da ADI 1.923/DF não foi juridicamente consistente à luz do sistema normativo da saúde nem racionalmente coerente em face da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, adotada como base teórica desde 2003 com o julgamento do caso Siegfried Ellwanger Castan (HC 82.424), considerando, que a fundamentação se baseou na escolha pelo Governo dos diversos tipos de regimes de prestação de serviços públicos, quando, na realidade, o marco legal e constitucional posto ao Administrador Público pelo ordenamento jurídico foi a prestação da saúde pelo regime público com a participação complementar das instituições privadas.

O Supremo Tribunal Federal discutiu, detidamente, a metodologia jurisdicional a ser adotada para decisão de conflitos entre regras de direitos fundamentais no emblemático julgamento do HC 82.424/RS. O autor alemão Robert Alexy foi citado como referência teórica para a técnica da ponderação e o exame de proporcionalidade no novo paradigma da

jurisdição constitucional brasileira.

Os estudos desenvolvidos por Robert Alexy acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, foram apresentados como etapas de compreensão a serem perquiridas com vistas ao aprofundamento teórico dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico.

Evidenciar que a preocupação de Robert Alexy na análise de seu estudo sobre a controlabilidade do subjetivismo decisório é evitar que o Poder Judiciário assumira o papel de poder constituinte permanente nem se transforme em um Poder Legislativo concorrente de segundo grau, com a invocação deturpada do discurso jurídico da ponderação de princípios de forma a contornar a legalidade de forma arbitrária como se viu no texto e no contexto da ADI 1.923/DF, que analisou a questão posta em juízo com o único viés de modernização de serviço público e com um prisma de possibilidade ou não de transferir a prestação de serviço público por parte do Estado para Organizações Sociais.

A natureza do problema de pesquisa parte do fato de que a procedência parcial da ADI 1.923/DF, ao conferir interpretação de acordo com a Constituição, para vários temas constitucionais diferentes em sua formação constitucional, não enfrentou a questão específica da saúde, haja vista que o constituinte originário não adotou a qualificação da saúde como produto, mercadoria ou bem de consumo, mas sim como direito de cidadania, resultado de lutas sociais e sistemas internacionais de proteção social, devendo ser a prestação da saúde uma atividade prestada diretamente pelo Estado, daí porque não haveria a opção por regime de prestação de serviço público adotada pelo STF.

Para justificar tal afirmativa, o primeiro capítulo parte da demonstração dos modelos de políticas sociais, políticas de saúde e modelos de sistemas de saúde. Demonstra as reflexões sobre as políticas de saúde a partir das concepções de paradigmas sanitários, construção da cidadania e modalidades de proteção social. Conceituam-se as dimensões das políticas, abordando a formulação de políticas públicas voltadas especificamente para a área da saúde, discutindo as categorias específicas: políticas distributivas, regulatórias, redistributivas e autorregulatórias.

Além disso aborda a defesa de interesses como dimensão importante no contexto de

políticas. De acordo com o modo de atuação do Estado, classificam-se os desenhos de política social: 1) universal-redistributivo; 2) meritocrático-corporativista e 3) residual, descrevendo as modalidades de proteção social (assistência social, seguro social e seguridade social). No decorrer do capítulo diferencia-se quatro tipos de serviços sanitários, de acordo com as diferentes regiões do mundo e segundo sua atuação no funcionamento da economia e da política: Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), Sistema Liberal/Neoliberal, Sistema Socialista e Medicina Tradicional, realizando-se um histórico desses serviços sanitários.

Após a contextualização das políticas de saúde a partir de políticas de desenvolvimento social das diferentes regiões do mundo, trabalha-se especificamente com as políticas de saúde do Brasil.

Assim, trabalha-se no segundo capítulo sobre as Políticas de Saúde no Brasil e o desenho do sistema nacional de saúde. O mote deste capítulo é a descrição crítica do processo histórico de construção da Política de Saúde no Brasil, destacando as primeiras ações governamentais de saúde no período da colonização, restrita às áreas urbanas, especialmente às regiões portuárias e estradas de ferro, focadas nas doenças epidêmicas com repercussão na economia agroexportadora cafeeira da época. Segue-se com as mobilizações trabalhistas da Era Vargas, que instituiu o sistema previdenciário, influenciando as relações de trabalho e alterando as políticas de saúde. Por fim, retrata-se a política do período da ditadura militar, centrada em uma atenção sanitária assistencialista, curativa, hospitalocêntrica e medicamentosa, tendo como destaque a utilização de recursos públicos da Previdência Social na compra de serviços de instituições privadas.

Mudanças influenciadas pelas crises dos governos ditatoriais ao redor do mundo e pela implementação de políticas que passaram a valorizar a Atenção Primária à Saúde tiveram seus pontos fortes nas Conferências, como a de Alma-Ata, 1978, Ottawa, em 1986 e Bogotá 1992, que traziam como marco principal “saúde para todos” como direito fundamental do ser humano. Todos esses movimentos agindo paralelamente aos movimentos econômicos mundiais de redução do Estado.

Nessa perspectiva, a partir da segunda metade da década de 1970, inicia-se no Brasil um período chamado de transição para a Democracia, que ocorreu de forma lenta e gradual.

Especificamente no setor de saúde, começou a gestar no seio da sociedade brasileira um movimento chamado de Movimento da Reforma Sanitária, cujo ponto forte foi a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, funcionando como um marco para a construção do Sistema Único de Saúde (SUS), incorporado no texto constitucional de 1988 em seu Título VIII, Capítulo I, Seção II.

A par dessas considerações preliminares, a proposta desta pesquisa consiste em analisar a fragilidade da fundamentação da decisão da ADI 1.923/DF ao se orientar por uma análise de modelo básico de Administração Pública pelo regime privado da prestação do serviço público.

A opção patrimonialista, burocrática ou gerencial, revelou-se em uma hermenêutica constitucional de brutal privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzido a mero prêmio do eleito, sem o aprofundamento de uma análise racional da decisão, sem o envolvimento da teoria dos direitos fundamentais sobre a produção normativa.

A fundamentação da decisão baseada em mera escolha discricionária pelo Governo sobre a escolha de possíveis regimes jurídicos não atende à opção do constituinte ao elencar a saúde como direito de cidadania, construído ao longo de décadas, com opção pela prestação de serviço público, delegando à iniciativa privada apenas uma intervenção complementar e não integral do serviço de saúde.

No que tange ao objetivo que fundamenta este estudo, ressaltamos que consiste em: 1) Analisar o equívoco da *ratio decidendi* do STF ao não enfrentar a questão da saúde como direito fundamental, fazendo opção tangencial da saúde como bem de consumo, não enfrentado o tema sob aspecto dos direitos fundamentais, apenas como opção da Administração Pública por um modelo de Estado gerencial na prestação de serviço público como escolha de regime jurídico; 2) Contextualizar a saúde na linha do tempo e das lutas dos movimentos populares nas diversas Conferências Nacionais de Saúde até o encontro com os intelectuais do Movimento da Reforma Sanitária que culminou na confecção do Sistema Único de Saúde tal como descrito no texto constitucional, mesmo diante de um movimento mundial em torno do neoliberalismo resumido no Consenso de Washington; 3) Confrontar a decisão proferida na ADI 1.923/DF com a Teoria dos Direitos Fundamentais

de Robert Alexy no que tange à sua preocupação com a controlabilidade das decisões judiciais e a responsabilidade que deve existir no sistema jurídico com a racionalidade dos fundamentos e com os direitos fundamentais, em que todos os poderes estatais estão vinculados a exercerem juízos compatíveis com o respeito aos funtores deônticos (aquilo que é permitido, proibido ou tolerado) e aberturas semânticas, linguisticamente permitidas de acordo com o fundamento e essência do direito de forma que a interpretação não os negue, como ensina Robert Alexy.

A análise detalhada da evolução da saúde ao longo de décadas de luta, até ser categorizada como direito fundamental constitucionalmente previsto no art. 199 da CF/88, evidencia o equívoco na razão de decidir do STF, quando assumiu no julgamento do HC 82.424/RS que adotaria a teoria de Robert Alexy como marco teórico acerca da colisão de princípios, dos conflitos de regras, da ponderação e o exame da proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira, o que não aconteceu no presente caso.

## **1 POLÍTICAS SOCIAIS, DE SAÚDE E MODELOS DE SISTEMAS DE SAÚDE**

Políticas sociais, de saúde e modelos de sistemas de saúde representam um novo pensar em políticas de saúde implicando na reflexão sobre paradigmas sanitários, construção da cidadania e modalidades de proteção social em um novo período da humanidade, com enfoque nas necessidades dos usuários, por orientação sexual, etnia, faixas etárias, incluindo, ainda as políticas transversais, importantes para toda população.

Nesse contexto de se aceitar a política de saúde como política social é também assumir a questão da saúde como direito inerente à questão da cidadania.

Buscar compreender que a política de saúde está compreendida como política social é entender que tanto uma quanto outra estão sujeitas a diversos aspectos. Entendimento corroborado por Azambuja (2008, p. 398):

Para uma compreensão adequada do conceito de políticas públicas, é necessário, inicialmente, considerar os fenômenos políticos em geral. Para todo aquele que se dispuser a analisar esses fenômenos a primeira característica passível de constatação é a complexidade. Apesar de ser possível atribuir o conceito de “política” ou “político” à existência de um governo e de um aparato estatal responsável por tomar decisões a respeito, por exemplo, de saúde, educação ou impostos, é necessário não se fixar em concepções usuais ou comuns. Portanto, torna-se necessário que se defina o mais rigorosamente possível o que vêm a ser os fenômenos políticos.

Dentro desse contexto, a construção da política de saúde como política social envolve fatores múltiplos e determinantes que, apesar das peculiaridades de cada um deles, promovem uma atuação conjunta em prol de um objetivo comum. Neste sentido é possível elencar, dentre outros, fatores sociais, ideológicos, culturais, econômicos, teóricos, práticos, institucionais, políticos, técnicos e estratégicos.

Como atividade de proteção social, aqui entendida como política voltada para a reprodução dos indivíduos e da coletividade a fim de se assumir a saúde como questão de cidadania, Frey (2000, p. 21), nos ensina as três principais dimensões de políticas públicas:

Em função de um significativo nível de complexidade, aquilo que usualmente chamamos de política comporta, na verdade, três dimensões ou níveis distintos: o institucional (polity), o processual (politics) e o material (policy). Essas três dimensões estão profundamente relacionadas, mas comportam tipos de atividades

e fenômenos específicos.

Para compreensão dessas três dimensões, considera-se a existência de um governo em um país que possui razoável nível de industrialização e desenvolvimento econômico, a maioria da população habitando no meio urbano, com eleições periódicas e órgãos públicos, como universidades, tribunais, ministérios; um país onde existem, também, problemas sociais que necessitam de solução.

Paulo Bonavides (2000, p. 10), ao tratar da política, explica que ela possui um caráter de estratégia oficial e, por isso, suas ações devem ser desempenhadas partir de regras previstas em lei e distribuídas de maneira setorial. Neste sentido, o autor complementa:

Pode-se vislumbrar a primeira dimensão da política, a institucional (polity), quando se constata que existe uma estrutura jurídica, uma Constituição e leis. Ou seja, o comportamento dos indivíduos e todas as relações que os indivíduos estabelecem, seja na família, nas empresas ou nos vários tipos de organizações, são institucionalizados. Mas, o que quer dizer comportamento ou relações institucionalizadas? Simplesmente que existem regras, normas ou valores que definem os direitos e deveres.

Por sua vez, Couto (2005, p. 95), ao apresentar aspectos externos da política de saúde, elenca a dimensão política e institucional de modo mais próximo ao senso comum, quando afirma que:

No que tange à política, a dimensão institucional é responsável pelas regras do jogo político. Nesta dimensão estão definidos, por exemplo: quem pode votar e ser votado; quais são as atribuições e estrutura do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário); quais os critérios para criar partidos políticos; qual duração dos mandatos; quais as responsabilidades do governo e dos cidadãos com relação a saúde, educação, impostos, meio ambiente etc. Assim, na dimensão institucional, é possível definir o que é legítimo (certo) e ilegítimo (errado).

Esse conceito, quando aplicado à política de saúde, revela a necessidade de que as responsabilidades dos atores envolvidos estejam bem definidas pela lei. Portanto, os entes públicos, os agentes públicos e até mesmo os cidadãos terão as suas respectivas atribuições previamente previstas pelo ordenamento jurídico.

Por isso, é de suma importância o trabalho prévio, de elaboração das políticas públicas, de modo a demonstrar os objetivos dela, os valores que a orientam, os critérios orçamentários

para a implementação e os fundamentos que a legitimam.

Nesse diapasão, Frey (2000, p. 95), ao explicar a segunda dimensão, a processual, apresenta os principais atores do poder político responsáveis pela criação de um conjunto de valores a orientar as definições e estratégias:

A segunda dimensão, o nível processual (politics), pode ser compreendida por meio da identificação das forças políticas e das relações estabelecidas entre elas. Como exemplo, podem-se citar partidos políticos, pois competem entre si, estabelecem coalizões e acordos. Além disso, os partidos políticos se relacionam com vários grupos sociais, incluindo grupos vinculados ao setor saúde, representando tais grupos na medida em que sustentam programas e agendas de ação.

Por fim, Souza (2003, p. 197) ao tratar da dimensão material, ensina que a política pública, é o próprio governo em ação, optando por regular atividade, distribuir serviços públicos ou redistribuir recursos públicos para certa parcela da população, vejamos:

A terceira dimensão, o nível material (policy), diz respeito às políticas públicas. Na verdade, políticas públicas são todas as decisões tomadas na dimensão processual e dizem respeito às mais variadas áreas, como saúde, assistência social e economia. Desde a definição de uma política de incentivo à indústria, passando pelas medidas de proteção ambiental, por programas de garantia de renda mínima, pelas ações de reforma da previdência social ou de reforma do setor de saúde, até as ações visando à qualificação da mão de obra ou à proteção da infância e da adolescência, todos esses roteiros e agendas de ação são políticas públicas.

Finalizando, Rezende (2004, p.13) para compreender o sistema de política pública a define como “uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas” e, dessa forma, sintetiza as dimensões política, processual e material.

A partir dessas premissas é possível compreender que a formulação de políticas públicas, especificamente no setor de saúde, deve seguir a mesma lógica, de modo que prescinde de previsão no ordenamento jurídico e carece de organização na apresentação dos propósitos governamentais, na elaboração dos projetos e na projeção e aplicação das ações e de serviços de saúde que, efetivamente, apresentem resultados em favor da população.

Sendo assim, política pública é uma concepção institucionalizada para soluções de problemas públicos tomados em nível político, jurídico e de grupos sociais organizados, sempre visando a distribuição de serviço público, redistribuir bens, serviços ou recursos para uma parcela da população ou estabelecer regras para padrões de comportamento para pessoas físicas ou jurídicas.

Freire Júnior (2005, p. 48), ao trabalhar a questão do conceito de políticas públicas e as questões relativas à legitimidade do juiz para análise de controle enfatiza que:

[...] interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-lo. De outra banda, existe o direito do cidadão a que o Estado exercite as políticas públicas. Tal observação é transcendente, já que impede que a omissão estatal implique soçobrar os direitos previamente definidos.

Assim, quando elaboramos uma política, precisamos definir quais são seus objetivos e que tipo de valores estão orientando essa política, de forma que a releitura dos poderes, como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito seja uma realidade.

Por isso, a análise das três dimensões (institucional, material e processual) devem ser analisadas antes, durante e depois de sua implementação, de forma a compreender e assegurar o seu fiel cumprimento.

## 1.1 A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS MODELOS DE POLÍTICAS SOCIAIS

A formulação de políticas públicas, o planejamento e a organização dos serviços de saúde ocorrem, obrigatoriamente, em contextos de natureza política. Todos os protagonistas do setor de saúde, incluindo políticos, gestores, profissionais de saúde, usuários, famílias e membros da comunidade, bem como as organizações que os representam, devem naturalmente ser levados em conta e incorporados nas decisões que envolvem o sistema de saúde.

O estudo das políticas públicas abrange uma significativa complexidade em que três

classes de problemas estão envolvidas: as questões referentes à formulação, ao processo de implementação e à formulação de políticas públicas voltadas especificamente para a área da saúde.

Apesar da importância das estruturas de poder formais do governo (por exemplo, o executivo e o legislativo) e do seu aparato burocrático na formulação de políticas públicas, não se pode deixar de reconhecer que estas não dependem apenas da análise das forças políticas que compõem a dimensão processual.

A competição política entre os partidos organizados e as decisões tomadas por órgãos governamentais representam uma parte dos elementos que contribuem para a formulação de políticas públicas. Na dimensão processual existem elementos não governamentais representados pelas demandas de grupos sociais, as quais incidem sobre a estrutura formal de governo; de alguma forma, as forças políticas organizadas devem responder às demandas provenientes de fora da estrutura do governo.

No caso das políticas de saúde, são muitos os setores envolvidos (grupos de saúde, população usuária, indústria farmacêutica, corporação médica, prefeitos, governadores, empresas prestadoras de serviços, planos de saúde etc.). Cada um desses setores tem interesses próprios em relação aos interesses sociais, podendo impor distorções intra e interorganizações, dificultando a implementação dos ideais pensados para o sistema de saúde.

Em geral, as políticas públicas se dividem em: políticas distributivas, políticas regulatórias, políticas redistributivas e políticas autorregulatórias.

As políticas distributivas são facilmente desagregadas e dispensadas pelas partes interessadas, implicando, portanto, baixo grau de conflito. Representa certo tipo de decisão política que, em certo prazo, pode ser tomada sem preocupações com a limitação dos recursos.

Aparentemente políticas distributivas são universalmente gratuitas no sentido de que não estariam subtraindo o mesmo tipo de oportunidade a ninguém. Souza (2003, p. 73), define as políticas distributivas como:

As decisões que são tomadas pelo governo que desconsidera a questão dos recursos limitados, gerando mais impactos individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões em detrimento do todo. São determinadas por pouco ou nenhum conflito quanto a sua regulamentação legal, discutindo-se, apenas, sobre o tamanho e a distribuição específica das porções.

Por sua vez, Cotta et al., (1998, p. 47), especificamente no que tange às políticas públicas voltadas para a área de saúde, evidencia o baixo grau de conflito em políticas públicas distributivas:

No caso das políticas de saúde, quanto mais desagregados forem os bens ofertados, maiores as possibilidades disponíveis de políticas distributivas. Em outras palavras, a opção do governo local em manter as ações e os serviços de saúde em nível de consultas médicas (medicina curativo-individual) em princípio, não exclui a alocação dessas consultas médicas em várias unidades de saúde (um número infundável de vezes), ou seja, essa medida poderá ser repetida tantas vezes quanto for proposta.

No que tange às políticas regulatórias, Cotta et al., (1998, p. 47), demonstra que cabe ao Estado estabelecer normas e regulamentos para coordenar o mercado. Estabelecem regras para padrões de comportamento e, geralmente, tomam a forma de lei. Como o conteúdo específico e a direção dos custos e benefícios não são bem conhecidos, os conflitos são ambíguos e mutáveis:

São as mais visíveis ao público, pois envolvem burocracia, políticos e grupos de interesse. Nessa tipologia de política, as decisões acarretam custos e podem reduzir ou expandir as possibilidades para os indivíduos particulares. Em curto prazo, envolvem uma escolha direta sobre quem será favorecido e quem será prejudicado. São exemplos desse tipo de política todas aquelas áreas que sofrem intervenções de controle e fiscalização governamental. Um exemplo específico da área da saúde são as ações da vigilância sanitária, cujos grupos-alvo são bem delimitados (hospitais, farmácias, restaurantes, lanchonetes etc.).

Políticas redistributivas são as políticas que conferem benefícios a grupos, extraindo recursos de outros grupos, isto é, têm como objetivo alocar bens ou serviços a segmentos específicos dos cidadãos. Por isso, envolvem conflitos mais intensos quanto a sua regulamentação, legitimidade e delimitação do seu conteúdo específico.

As políticas redistributivas incorporam uma gama muito grande de diferentes categorias de indivíduos, cujos interesses e decisões estão de certa forma inter-relacionados, tendo, por isso, alcance muito mais amplo. Cotta (1998, p. 48), ensina que:

Essa política pode ser muito bem caracterizada na área sanitária pela introdução do conceito de Seguridade Social pela Constituição Federal de 1988. Outro exemplo ilustrativo deste tipo de política é adoção pelo SUS, do princípio da universalidade do acesso às ações e aos serviços de saúde.

A universalidade é a indistinção entre todos os indivíduos de uma mesma comunidade. No Sistema Único de Saúde, os benefícios concedidos aos cidadãos que não contribuem pelo menos diretamente através de recolhimento de impostos da previdência social para a assistência à saúde são extraídos das camadas assalariadas da população e, portanto, redistribuídos a todos os cidadãos sem nenhuma distinção. Esse aspecto faz com que o SUS adquira a conotação de política distributiva.

Por sua vez as políticas autorregulatórias são aquelas em que um grupo ou grupos conquistam o direito de legislar sobre seus próprios assuntos. Neste tipo de política, a interferência do governo é muito pequena, ficando a iniciativa com os agentes ou grupo de corporações. Os grupos privados, em benefício próprio, podem impor custos elevados a outros grupos, conduzindo a uma situação de perda ou redução mínima dos direitos sociais.

Destaca-se que as políticas públicas devem ser entendidas como a soma das ações governamentais (do Estado), seja atuando diretamente ou por meio de agentes, de modo que essas ações tenham influência sobre a vida dos cidadãos.

Todas as políticas têm as seguintes características: um conteúdo ou produto, um programa ou marco geral de atuação, uma orientação normativa, um fator de coesão, consequência da autoridade dos atores públicos e uma competência que afeta os cidadãos. Cotta et al., (1998, p. 49) enfatizam:

Como exemplo, ressaltam-se os planos de saúde, oferecidos por empresas de Medicina de Grupos, através do qual os grupos de seguro e hospitais privados procuram a satisfação de interesses, estabelecendo regras e procedimentos e impondo custos aos grupos de usuários.

Definindo política pública, Lobato, Giovanella (2008, p. 107), apresentam a somatória de ações governamentais, atuação direta dos agentes e um conteúdo ou marco geral de atuação:

Política pública pode ser entendida assim, como um conjunto de decisões e ações adotadas como solução para uma dificuldade e, ou, necessidade considerada pelo próprio governo e pelos cidadãos como prioritário. No caso da saúde, a formulação de políticas fica ainda mais complexa, considerando a pluralidade dos atores, interesses e necessidade. Na saúde, a formulação de políticas públicas ocorre em contextos de incertezas – existem muitas informações e as relações entre os atores não são precisas. As incertezas ocorrem porque as informações não são claras ou suficientes, os objetivos são variáveis ou porque as políticas mudam. Essas questões tornam as decisões e a implementação de políticas de saúde ainda mais complexas.

As políticas públicas e, por conseguinte, as políticas sociais devem ser pensadas no quadro mais amplo de relações entre: Estado, desenvolvimento econômico e sistemas de proteção social. A forma como esses sistemas funcionam e se organizam, bem como os resultados na vida e na saúde da população, dependem da responsabilização do governo, da sociedade civil e do mercado em busca do bem comum.

Considerando que as políticas públicas de saúde são ações e programas voltados para melhorar as condições de saúde da população fica evidente que o acesso deve ser facilitado e não transformado em produto de mercado, de forma que as estratégias sejam pensadas em forma capitalista restringindo assim o acesso e indo na contramão da universalidade, exatamente como foi decidido na ADI 1923/DF.

## 1.2 DEMOCRACIA E CIDADANIA

Na história contemporânea, a proteção da saúde mais ampla está relacionada a sistemas de saúde universais, públicos e que incorporam à saúde o direito à cidadania. Assim, a discussão desses conceitos se torna importante para os estudos relacionados às políticas de saúde.

Uma das características marcantes do sistema político democrático diz respeito a uma complexa estrutura constitucional de direitos e deveres. Para Iulianelli (2003, p. 21):

Os direitos procedem das necessidades humanas. Há uma série de necessidades para a sobrevivência e a convivência dos seres humanos, e estas são fontes de direitos. É porque necessitamos garantir diversas qualidades existenciais que precisamos estabelecer os direitos. No entanto, os direitos são uma conquista e

não são dados aos homens. Neste sentido o 1º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma inverdade, pois os seres humanos não nascem livres iguais em dignidade e direitos.

O indivíduo conquista a liberdade, igualdade, dignidade e direitos ao pertencer a uma coletividade política, isto é, os direitos humanos dependem da cidadania. Desse modo, o Estado pode tanto se fazer realizador dos direitos dos cidadãos, quanto agente violador desses direitos. Os direitos são parte de nossa esfera pública, e é nela que podemos pleiteá-los. Tocqueville (1998, p. 597), analisando os elementos da cidadania assim nos ensina:

Destarte, tendo como referência um sistema político fundamentado na liberdade e igualdade de direitos enquanto valores fundamentais, é importante determinar quais as características e possibilidades institucionais do exercício da política. Essas possibilidades institucionais são comumente chamadas de cidadania.

De acordo com Fleury e Ouverney (2008, p. 25), buscando compreender o porquê a política de saúde deve ser trabalhada como política social, entende que a consequência imediata é assumir a saúde como direito inerente à condição de cidadania: “A cidadania implica um princípio de justiça que possui uma função normativa na organização do sistema político, sendo contemporânea ao desenvolvimento dos Estados modernos e do modo de produção capitalista.

Marshal (1967, p. 12), cientista social inglês, em seu estudo clássico, analisou o desenvolvimento histórico da democracia na Inglaterra e elaborou uma classificação das características da cidadania democrática, a qual é utilizada amplamente em estudos sobre as dimensões institucional e processual. Nessa perspectiva, a cidadania democrática é constituída pelos seguintes direitos:

Civil: liberdade de escolha, de expressão e pensamento, de credo; direito à propriedade e de firmar contratos.

Político: permite votar e ser votado para mandatos, além de garantir e reconhecer a participação política.

Social: reconhecimento amplo e geral de que os indivíduos têm direitos ao bem-estar, à segurança material e psicológica por meio do acesso a serviços sociais e à educação pública. Ou seja, todo indivíduo tem direito a participar da herança política e social da sociedade de que faz parte, de forma a viver com dignidade.

Nessa perspectiva, a cidadania indica que, por meio da garantia do direito à participação política e do acesso aos direitos sociais e civis, o sistema democrático é amplamente

marcado pela intensificação da inclusão de grupos sociais no processo político (dimensão processual) tornando a competição política cada vez mais intensa e complexa.

A importância da participação e da competição política é o instrumento para a formulação e implementação de políticas capazes de gerar equidade e justiça social. Nessa perspectiva, quanto maior a participação de grupos demandando a satisfação de interesses junto às forças político-partidárias, maiores as chances de que as políticas possam refletir o interesse comum ou público.

Trata-se, no que tange à plena participação de grupos sociais, da defesa do pluralismo. Quanto mais participação, mais justiça e equidade são possíveis, ou seja, a implementação da democracia está diretamente relacionada ao exercício e à participação dos cidadãos.

Assim, com base na visão pluralista, a garantia dos direitos da cidadania, notadamente do direito de participação política, permite aos grupos sociais e econômicos a defesa ampla de seus interesses.

Quanto mais grupos puderem participar do jogo político, reivindicando a satisfação desses interesses, mais contribuirão para que, por meio da democracia, possam ser efetivados padrões de justiça e equidade através do aperfeiçoamento das políticas públicas, principalmente das políticas sociais.

Com referência à explicação dos processos que dão origem às políticas públicas, é necessário ressaltar alguns aspectos da organização de grupos sociais e econômicos, bem como da organização de partidos políticos e da própria burocracia estatal. Na verdade, o pluralismo, enquanto instrumento de explicação dos processos políticos, possui algumas limitações.

Uma limitação diz respeito às organizações representativas. Sindicatos e partidos políticos são considerados, no pluralismo, como instituições representativas dos interesses de seus associados.

No entanto, em tais organizações pode acontecer que as lideranças desejando a continuidade do exercício de seus respectivos mandatos, venham relativizar as

reivindicações de seus associados, o que gera um desvio com relação aos propósitos formais das organizações. O mesmo pode acontecer na estrutura de governo com os órgãos públicos: ao invés de agirem em direção ao “interesse coletivo”, os agentes e funcionários se dedicam à manutenção e ampliação de suas próprias atribuições e prerrogativas.

Especificamente na área da saúde estas questões podem ser verificadas, por exemplo, na atuação dos membros dos Conselhos Municipais de Saúde (CMS), que são eleitos para representarem os interesses da sociedade e de suas categorias (usuários, prestadores de serviços de saúde, profissionais e governo), mas que não raras vezes atuam de forma individualista e sem consulta a seus pares.

Outro problema referente a representação de interesses é a diferença quanto à capacidade de organização. Nem todos os grupos sociais têm a mesma capacidade de organização. Existem graus de representação variados e diferenciados. Muitos grupos, mesmo que possuam uma representação formalmente estruturada, não conseguem exercer pressão, por exemplo, junto ao governo, ou aos Conselhos Municipais de Saúde.

A participação dos indivíduos em grupos que formalmente possam representá-los não é um fenômeno que possa ocorrer pelo simples reconhecimento de que existem interesses comuns que precisam ser satisfeitos, Olson, (1965, p. 179):

Se existem custos para a participação individual em organizações representativas, os indivíduos podem renunciar a essa participação. A participação dos indivíduos depende de certos fatores, como a coação ou constrangimento, ou, então, de certos incentivos que façam os indivíduos identificar vantagens (de diferentes formas nessa participação).

O reconhecimento de limitações na explicação pluralista do processo de formulação de políticas públicas indica que os estudos e pesquisas não podem supor que o sistema de decisão e os padrões de decisão sejam dados não problemáticos.

Assim, todo o esforço explicativo deve considerar a importância da observação e da análise das organizações, sejam sociais, politico-partidárias ou da burocracia estatal, a fim de detectar a existência de interesses específicos que significam desvios com relação aos ideais de representação, de bem comum ou da justiça e equidade.

Nessa perspectiva, da participação individual e da participação de entidades representativas de formação de políticas públicas, voltando à questão da cidadania, é importante salientar seu caráter universal, equitativo e impessoal, ou seja, ela indica a necessidade de garantia, para todos do mesmo padrão de tratamento e de acesso aos mesmos bens sociais básicos, independentemente dos atributos de cada indivíduo.

A cidadania é conjunto de direitos, de princípios, que compõem as regras constitucionais que definem a autoridade e a legitimidade e que definem o que é certo, lícito e necessário, fazendo parte, portanto, do sistema de decisões, anteriormente definido.

Além disso, os direitos e os princípios que definem a cidadania incidem sobre as expectativas de indivíduos e grupos, orientando a formação de interesses. Assim, a cidadania é um elemento fundamental para a caracterização dos padrões de demanda.

### 1.3 MODELOS DE POLÍTICA SOCIAL

O Estado é a instância da sociedade – em seus distintos níveis: federal, estadual e municipal – que detém o privilégio dos instrumentos para a formulação e, sobretudo, a implementação das políticas de saúde.

De acordo com o modo de atuação do Estado, classificam-se os modelos de política social em três tipos: universal-redistributivo, meritocrático-corporativista e residual. Cohn (2006, p. 231), apresenta a seguinte classificação e características de cada modelo de política social:

Universal-redistributivo – 1) O Estado se configura como principal e, ou, exclusivo provedor e produtor dos serviços sociais, incluindo os serviços de saúde. 2) É regido pelo princípio da justiça substantiva: todos os homens possuem igualdade humana básica, ou seja, não devem sofrer privações em função do seu fracasso econômico. 3) Possuir caráter acentuadamente redistributivo; os recursos provêm dos impostos pagos pela sociedade que recaem sobre os ganhos dos indivíduos. Meritocrático-corporativista – 1) A extensão dos direitos e dos serviços sociais, entre eles a saúde, se dá a partir da situação dos indivíduos nos mercados de trabalho. 2) Marcado pela presença de um sistema dual de proteção social: um para quem tem acesso a renda e outro para os pobres. 3) Os indivíduos devem estar aptos a resolver suas próprias necessidades por meio de sua relação direta com o mercado, baseada em seu esforço como trabalhador (princípios da eficiência e produtividade). 4) Há uma participação complementar das políticas governamentais no provimento dos

serviços sociais para corrigir as “imperfeições” do mercado. Residual – 1) O Estado se ocupa somente dos segmentos sociais mais pobres que, previamente, comprovam sua condição de carentes. 2) A proteção social só é garantida quando há falha da família e do mercado, considerando como instituições que devem atender às demandas da população. 3) o restante da sociedade vincula-se a serviços e benefícios cujo acesso é garantido pela contribuição diretamente às instituições privadas do mercado, sejam elas de seguro social ou seguro saúde. 4) Os serviços sociais estão diretamente vinculados ao Estado.

Como se pode observar, nos três modelos – universal-redistributivo, meritocrático-corporativista e residual – existe a presença do Estado, ainda que minimamente. Há casos em que, concomitantemente, o Estado também assume um caráter de ação que acaba por reproduzir as desigualdades e diferenças sociais, como no caso extremo do modelo residual.

Compreender como os sistemas de política social são geridos é imprescindível entender a classificação apresentada pois é a partir daí que se analisam as estratégias políticas e organizacionais das ideias de saúde no Brasil.

#### 1.4 MODALIDADES DE PROTEÇÃO SOCIAL

Os Sistemas de Proteção Social são definidos como o conjunto de políticas públicas de natureza social que respondem pelas funções de: prover proteção para todos os membros da comunidade nacional; realizar objetivos não econômicos e diretamente econômicos, como o provimento de renda mínima; e promover políticas de sentido redistributivo dos ricos para os pobres.

Os sistemas de proteção social surgiram da necessidade de regular as condições de trabalho e de reduzir os problemas decorrentes da pobreza ocasionados pela industrialização e expansão do capitalismo.

Durante o século XIX, em busca de uma nova estabilidade, segurança e solidariedade, surgiram os movimentos sociais; os trabalhadores, indignados com as precárias condições de sobrevivência a que estavam submetidos, lutaram pelo estabelecimento de direitos e deveres, tendo como consequência o desenvolvimento dos sistemas de proteção social.

Fluery e Ouverney (2008, p. 32) organizaram teoricamente os tipos ideais de proteção

social, para identificar distintos modelos de proteção entre países. Essa tipologia explicita os elementos ideológicos e valorativos que fundamentam os sistemas de proteção social e os elementos organizativos e institucionais que viabilizam as opções políticas adotadas.

Especificamente no caso da saúde, o acesso pode se dar de diferentes maneiras, sendo as principais: uma medida de caridade; um benefício adquirido mediante pagamento; e o usufruto de um direito de cidadania. Nesse contexto, destaca-se que as modalidades de Proteção Social podem se dar como: assistência social, seguro social ou seguridade social, respectivamente.

Pelo eixo da assistência social o indivíduo é objeto da proteção social, por isso que é uma mera liberalidade, restringindo-se a caridade devido a incapacidade do indivíduo, dentro de uma lógica de mercado ter capacidade de se curar.

Por sua vez o modelo de seguro social foi uma etapa para aqueles grupos que possuam capacidade de contribuições mensais que revertiam posteriormente, de acordo com as necessidades em benefícios maiores.

Finalmente, com o modelo da proteção social de seguridade social, passou-se a compreender a saúde como direito de cidadania, passando o Estado a desempenhar um papel central tanto na administração quanto no financiamento do sistema de saúde, gerando responsabilidades muito além dos cidadãos hoje necessitados como o entendimento de um compromisso intergeracional.

## 1.5 TIPOS DE SERVIÇOS SANITÁRIOS E SUA VINCULAÇÃO AOS MODELOS DE POLÍTICAS DE PAÍSES E DE REGIÕES DO MUNDO

Os sistemas de proteção social surgiram da necessidade de regular as condições de trabalho e de reduzir os problemas decorrentes da pobreza ocasionados pelo desenvolvimento da vida em sociedade.

No século XIX, com a formação do capital industrial da Europa e o florescimento industrial em outros continentes, ocorreu o acúmulo de capital nas mãos de poucos,

enquanto a maior parte da população compartilhava uma vida de miséria e fome, fato que levou à configuração de um cenário caótico ante à falta da infraestrutura necessária para comportar tanta gente de maneira digna. Como efeito dessa desigualdade social, proporcionalmente ao crescimento industrial houve uma explosão nos casos de doenças e de violência.

Dentro deste contexto, para promover uma alternativa aos modelos apresentados pelo liberalismo econômico e pelo socialismo, o Estado passou a ser apresentado como agente de promoção social e organizador da economia, seja de maneira direta ou indireta, por meio de parcerias com a iniciativa privada e com entidades de classe, em busca de regulamentar e implementar as políticas econômicas e sociais da nação.

O Estado, de acordo com sua atuação e funcionamento na economia e na política, passou a ter três espécies de serviços sanitários vinculados aos modelos e política econômica no mundo: 1) Sistema de Estado de Bem-Estar Social; 2) Sistema de Estado Liberal; 3) Sistema de Estado Socialista e 4) Sistema de Medicina tradicional.

### **1.5.1 Estado de bem-estar social (welfare state)**

No século XX, o economista britânico, John Maynard Keynes (1883-1946) propôs um novo modelo de políticas sociais, designado como “Estado de bem-estar social”, a partir de uma lógica de enfrentamento da crise que atingiu o mundo no período pós-Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, o sistema keynesiano propôs uma ruptura com a visão de livre-mercado de modo a incluir a política social como uma das medidas anticrises a serem adotadas na época, a fim de garantir o aumento da demanda global a partir da ação do Estado, intervindo na econômica e, com isso.

Desta maneira, o Estado do bem-estar social defende a regulação para impedir monopólios, gerar emprego e renda, construir e incentivar infraestruturas. Disciplina as jornadas de trabalho, a vedação ao trabalho infantil, garante o seguro-desemprego e previdência social e, sobretudo, combate as desigualdades sociais, na medida em que promove o acesso dos

serviços públicos a toda a população.

Segundo Marset et al., (1998), a evolução da Europa caracterizou-se pelo desenvolvimento e pela consolidação da classe trabalhadora industrial, que culminou na construção do Estado de Bem-Estar Social, com papel protagonista dos sindicatos e partidos políticos na criação e configuração dos sistemas sanitários e:

Apesar da sua diversidade, este modelo europeu considera os serviços de saúde como públicos, sendo, portanto, responsabilidade do Estado sua regulação, funcionamento e existência. Sistemas semelhantes aos europeus, dentro do esquema de seguridade social puderam ser observados em países como Canadá, Japão, Nova Zelândia e Austrália.

A Segunda Guerra Mundial constitui um marco na evolução dos sistemas sanitários europeus, pois através dela foi criado o Estado de bem-estar social e se implantou o primeiro Serviço Nacional de Saúde (SNS) no mundo capitalista, na Grã-Bretanha. Marset et al., (1998), entretanto salienta que:

Não obstante, há de se destacar que na década de 1920 a União Soviética criou o primeiro SNS, ao integrar os serviços curativos e preventivos, promovendo a regionalização e a planificação e oferecendo cobertura universal, de acordo com os pressupostos do Estado.

O Estado de bem-estar social pressupõe a aplicação das reflexões de John Maynard Keynes a fim de evitar as crises cíclicas do modelo capitalista. Cotta et al., (1998), assevera da necessidade de se observar um mínimo dos seguintes elementos:

- 1) Um nível adequado de consumo interno – graças à existência universal de prestação no caso de ausência de salário (auxílio-desemprego, auxílio-doença, pensões de velhice, pensões de invalidez, pensões sociais etc.);
- 2) A produção, mediante iniciativas de grande envergadura na infraestrutura (estradas, redes de comunicação, hospitais, centros de saúde etc.) ou em aquisições (militar, serviços públicos) para promover o consumo geral e, assim, a atividade do complexo industrial;
- 3) A transformação da força de trabalho proletária em assalariada, presente no mercado formal de trabalho nas áreas de educação, formação, pesquisa, saúde etc. e;
- 4) A legitimação do sistema capitalista, oferecendo prestações (salário indireto) que favoreçam a identificação dos trabalhadores com o Estado e com os objetivos do capitalismo e, dessa forma, se separem das ideias socialistas.

Por fim, há de se ressaltar que o desenvolvimento do modelo de Estado de bem-estar social

está baseado em um acordo mediante a negociação e o consenso entre três atores principais: 1) o mundo empresarial (produtivo e financeiro); o mundo trabalhista (sindicatos) e o Estado (representação política sintonizada com a globalidade do sistema). Mendes, (2006, p. 15), analisando o modelo de bem-estar social na Europa, demonstra que:

Nessa perspectiva, o modelo de Estado de bem-estar social demonstra sua eficácia na Europa dos anos 1950, 1960 e boa parte dos anos 1970. Em meados dos anos 1970, começa a enfrentar problemas (1973 marca o ano de começo do declínio deste modelo), destacando-se o aumento do desemprego, a mundialização da economia e a reconversão de setores ou regiões incapazes de sobreviver em meio à lógica extrema da competitividade – migração de empresas para regiões mais pobres e, ou, migração de mão de obra de regiões pobres para regiões ricas do mundo.

A partir dessa visão mercadológica, no mundo, implanta-se, portanto, uma estratégia de racionalização das políticas sociais a partir dos anos 1980, oportunidade em que Marset et al., (1998), fazem os seguintes apontamentos:

Economizar custos nos serviços públicos;  
Transformar os programas regidos por princípios condicionais (atender aos que se encontrem em determinadas circunstâncias) em programas finais de aplicação “lucrativa” (atender sempre que seja conveniente);  
Modificar e limitar as condições de acesso às prestações de serviços; Privatizar serviços públicos, ou seja, transladar algumas tarefas sociais a sistemas privados ou pseudopúblicos, de maneira que a força econômica dos cidadãos determine o reparte de cargas e benefícios.

O perigo é a deslegitimação de todo o sistema ao desvirtuar os fins aparentes dos serviços públicos de educação, saúde e bem-estar social. Essas modificações impostas ao Estado de bem-estar social supõem uma ruptura nos procedimentos de negociação e consenso entre os três atores sociais – mundo empresarial, mundo trabalhista e Estado.

A estratégia de racionalização das políticas sociais nos anos 80 encontraram total sintonia com o Consenso de Washington e a política oficial do Fundo Monetário Internacional com o receituário do ajustamento macroeconômico resumido na ampliação do neoliberalismo e redução do Estado.

### **1.5.2 Sistema neoliberal**

Nos Estados Unidos da América (EUA), no princípio do século XX, a evolução da

organização dos trabalhadores, que era similar à europeia, produziu um predomínio exclusivo da vontade do capital, que deu lugar à introdução da estrutura de mercado no funcionamento do sistema sanitário, baseado na medicina privada.

Sob a nova denominação – neoliberalismo, as antigas teses liberais foram resgatadas e serviram de paradigma para a ação política em diferentes países. Essa ação política seguiu as tendências de redução dos direitos dos trabalhadores, privatização de empresas e serviços estatais, ampliação da economia capitalista de mercado para áreas que estavam praticamente fora do circuito capitalista mundial e financeirização da riqueza, que adquiriu níveis sem precedentes.

O ideário neoliberal preconiza a redução do papel do Estado, a terceirização de serviços e atividades originalmente de responsabilidade do Estado para a iniciativa privada, como a saúde e a educação, e desconcentração do poder regulatório do Estado a favor das leis de mercado.

### **1.5.3 Modelo socialista**

Analisando os serviços sanitários e sua vinculação aos modelos de políticas de países ou regiões do mundo, Cotta et al., (2013, p. 68) nos apresenta aquele que é considerado o primeiro modelo nacional de saúde:

O primeiro modelo de Sistema Nacional de Saúde, também conhecido como modelo Seshashko ou Sistema Centralizado, surgiu na década de 1920, na antiga União Soviética. Neste modelo, as ações de serviços de saúde, de caráter público e gratuito, eram responsabilidade do Estado, tendo como princípios a universalidade, a equidade e a integralidade das ações e serviços de saúde.

Complementa, Marset et al., (1998), que alguns países adotaram tal sistema de ações e serviços centralizados de saúde:

Ressalta-se que alguns países não pertencentes geograficamente à Europa oriental adotaram modelos de sistemas de saúde semelhantes, como é o caso de Cuba, China e Vietnã. Entretanto, a partir da queda do sistema soviético de 1991, verifica-se um desmantelamento desse sistema sanitário público nos diferentes países da Europa oriental, que passam a encontrar dificuldades financeiras e políticas para se sustentarem.

Esse sistema de saúde pública foi uma conquista das massas ao elegerem a saúde como uma bandeira de reivindicação, fazendo com que o Estado assumisse o compromisso com a questão da assistência social em um momento do mundo que a saúde pertencia a poucos e a atenção sanitária era praticamente inexistente.

#### **1.5.4 Medicina tradicional**

Nos países subdesenvolvidos, os sistemas sanitários possuem duas realidades distintas, que refletem a dependência dos países colonizadores; por uma parte se encontra a base majoritária da população, na qual persiste a medicina tradicional (curativa, medicamentosa, individualizada, centrada no hospital e nos procedimentos e recursos técnicos-tecnológicos sofisticados, em detrimento de uma atenção que tem como locus a Atenção Primária à Saúde – APS e seus princípios e diretrizes); e por outra uma medicina voltada para a filantropia.

Nessa perspectiva, essa forma de praticar as ações de serviços de saúde influencia diretamente na orientação da política de saúde, levando a uma prática classificada por, Marset et al. (1998), da seguinte forma:

- medicina privada (hospitalocêntrica) para a elite econômica;
- medicina assistencial exercida pelas organizações religiosas e filantrópicas, basicamente cristãs;
- implantação de redes de seguros-doença para os funcionários públicos;
- criação de estruturas sanitárias assistenciais para alguns trabalhadores inseridos no mercado formal de trabalho, cuja cobertura está diretamente determinada pelos salários e, conseqüentemente, pelo tipo de seguro-doença contratado.

Esse sistema de medicina tradicional também representa o retrocesso de uma sociedade que busca como fundamento uma sociedade justa e solidária, no aspecto de que não adota a saúde como direito de cidadania dentro da concepção de formulação de política pública e de modelos de políticas sociais que garantam ao indivíduo o direito à participação política e de acesso aos direitos sociais e civis.

Essa dicotomia entre cidadãos com acesso apenas à saúde de base filantrópica e outros com acesso completo à possibilidade de se curar representa a negação da definição de cidadania, adotada aqui como conjunto de direitos e de princípios que compõem as regras

constitucionais de expectativas de indivíduos e grupos no atendimento de seu interesse.

## 1.6 MODELOS DE SISTEMAS DE SAÚDE

A partir do século XX, podem-se diferenciar seis etapas no desenvolvimento e funcionamento dos sistemas sanitários no mundo, cujos pontos de corte, são os distintos momentos de crises mundiais.

A primeira etapa (1900 - 1929) se estende desde o início do século XX até a crise econômica de 1929, marcada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York. Caracteriza-se pela lenta implantação, nos países que sofreram progressiva industrialização, do esquema de Seguro Obrigatório de Doenças, cuja referência é o modelo criado na Alemanha de Bismarck em 1883.

Ele se produz em meio à permanência generalizada das estruturas sanitárias do século anterior. Nesta etapa, os sistemas sanitários se orientam a dois fins com estruturas e lógicas distintas: a prevenção e a cura.

Fleury, Overney (2008, p. 1112), explicando detalhadamente essa etapa do desenvolvimento e funcionamento do sistema de saúde, ensina que:

O modelo Bismarck é caracterizado por financiamento de quotas obrigatórias, pagas por empresários e trabalhadores, gestão dos recursos financeiros por fundos públicos e contratação de prestadores de serviço, por meio do orçamento global ou pagamento por atos médicos. Este modelo é regido por contratos entre usuários e seguradoras, sendo implantado, por exemplo, na Alemanha, Bélgica, Holanda, França e Brasil.

A segunda etapa (1929 – 1945) que finaliza com a Segunda Guerra Mundial, enfrentou a crise de 1929 com três processos distintos. Marset et al (1998), mais uma vez apresenta a seguinte catalogação do período:

- 1) O desenvolvimento do modelo sanitário socialista planejado, a partir da recente construção da União Soviética.
- 2) A implantação dos esquemas de Seguro Obrigatório de Doença (modelo Bismarck), com o crescimento em importância dos hospitais no mundo capitalista desenvolvido.
- 3) A configuração de um modelo sanitário baseado no livre mercado dos EUA, ao

fracassar a pretensão do então presidente Roosevelt de implantar um Seguro Obrigatório de Doença.

Nesta etapa, destaca-se a regionalização e a coordenação das estruturas sanitárias, sobretudo para o âmbito rural, atendidas à lógica higienista de enfrentar as doenças infecciosas predominantes em todo o mundo, incluindo amplas extensões da Europa ocidental, crescendo a importância da medicina hospitalar no conjunto do sistema sanitário.

No que se refere ao modelo socialista, este é caracterizado por financiamento estatal, controle governamental, por meio de planejamento centralizado, universalidade do acesso e ausência de atividades privadas.

A terceira etapa (1945 – 1973) envolve a construção do Estado de bem-estar social, desde o final da Segunda Guerra Mundial até a crise fiscal dos Estados (crise do petróleo de 1973). É o momento no qual se instaura em alguns países do mundo capitalista a cobertura sanitária universal e se efetiva a tentativa de integração entre os fins preventivos e os curativos, por meio do modelo do Sistema Nacional de Saúde.

A reorientação econômica que supõe a mundialização da economia e a hegemonia do modelo neoliberal se resume na crise do Estado de bem-estar social.

A quarta etapa (1973 – 1990) que se estende até a queda do bloco europeu socialista, caracteriza-se pela tensão entre duas correntes opostas dentro do mundo sanitário.

Por um lado, tem-se a aplicação da lógica sanitária e dos direitos humanos aos sistemas sanitários, respondendo aos princípios do Estado de bem-estar social e, por outro, a pretensão de reduzir no âmbito das leis de mercado as relações derivadas das necessidades de saúde, como se tratasse de mais uma mercadoria

A contraposição entre as correntes do sistema de saúde público e do sistema voltado para o mercado coincide com a presença de situações novas no panorama europeu, como: envelhecimento da população; aumento do contingente de marginalizados pelo desemprego e pobreza; maior atendimento ao aspecto subjetivo (cuidado) do que ao objetivo (cura); e dissociação entre o gasto sanitário e os indicadores sanitários.

Por outro lado, no panorama mundial se observa uma realidade igualmente contraditória: a transição demográfica com o aumento da população idosa nos países desenvolvidos e a piora dos indicadores de saúde nos países periféricos, subdesenvolvidos. Segundo MARSET et al., 1998, as duas tendências de configuração dos sistemas sanitários excludentes, no mundo desenvolvido são:

- 1) A proposta da Organização Mundial de Saúde de tornar realidade o lema: “Saúde para todos no ano 2000”, mediante a racionalização sanitária, participação comunitária, proeminência da Atenção Primária à Saúde frente à atenção curativo-hospitalar e planificação sanitária por meio de objetivos e metas (OMS, 1978);
- 2) A filosofia neoliberal que foca nos princípios de eficiência e rentabilidade da prática cotidiana. Essa corrente limita o problema sanitário ao de assistência em caso de doença e tende – a despeito da proposta anterior – a cortar os orçamentos da saúde, a subtrair a dimensão (e responsabilidade) individual, a privatizar cada vez mais aspectos da prestação sanitária e a estender os mecanismos do mercado ao funcionamento da medicina.

Entre 1990 – 2007, este período foi marcado por grandes transformações econômicas e pelo acirramento da concorrência intercapitalista. Vários foram os fatores que contribuíram para o reposicionamento do Estado sobre as questões econômicas, notadamente no que se refere à estrutura de bem-estar social e ao padrão de regulação do trabalho, o que veio acompanhado de um amplo processo de desregulamentação de direitos dos cidadãos e de flexibilização das relações de trabalho.

Durante esse período, Marset et al., (1998), demonstra que houve uma verdadeira opção administrativa em privatizar o sistema de saúde:

Nesse sentido, houve corte dos gastos sociais e, conseqüentemente, da saúde, além da expansão da implantação do modelo competitivo nos sistemas sanitários de todo o mundo mediante diversas fórmulas de privatização. Destarte, destaca-se o efeito combinado de uma dupla tendência: primeiro, a diminuição da influência sanitarista e da filosofia social que respaldava a concepção do sistema sanitário como serviço público e, segundo, a redução da influência organizativa e ideológica do tecido social relacionado com a classe trabalhadora – os assalariados, os sindicatos e os partidos políticos de esquerda. Nesse ponto, cabe uma reflexão importante que tem sérias conseqüências sobre as políticas sociais e, por conseguinte, sobre as políticas de saúde: o marco ideológico liberal garante um melhor funcionamento quando se abandona a solidariedade e se instaura o individualismo.

Ficou evidente que este momento foi marcado por grandes transformações econômicas e pelo acirramento da concorrência promovida pelo capitalismo que passou a ter uma noção clara da acepção da saúde como um bem de consumo ao invés de um direito de cidadania

oferecido pelo Estado através das lutas históricas de sua conquista.

Os anos de 2007/2008 marcam um novo período de crise econômica e política. Segundo Olivier Blanchard, diretor de pesquisas do Fundo Monetário Internacional (FMI), a desaceleração da economia mundial iniciada nessa crise podia durar 10 anos. Nesse contexto, ele afirmou que o sistema financeiro mundial estava quebrado de alguma forma. Blanchard (2012, p. 3) assim enfatizou:

A consequência da crise fiscal, financeira e também política, instaurada nos países avançados, é a abertura de espaço às correntes do pensamento neoliberal conservador, que passaram a privilegiar políticas que restrinjam os gastos do governo e promovam grandes mudanças em relação à natureza e às fontes de financiamento desses gastos, prejudicando as políticas sociais e todo o avanço conquistado pelas lutas da sociedade.

A crise na saúde decorre de falhas em assegurar que todos os cidadãos tenham igual acesso às ações e serviços de saúde, fundamentado numa assistência responsável e humana. A barreira econômica corta o acesso dos que têm baixa renda e dá insegurança à classe média na possibilidade de uma doença grave e suas consequências sobre a viabilidade da família em arcar com um tratamento mais oneroso (como por exemplo, o tratamento oncológico e demais tipos de medicina de alto custo). Assim é a manifestação de Monte (2010, p. 306) ao afirmar que:

A forma do Modelo Neoliberal da medicina, da relação direta entre o paciente e o médico, tem definindo nas últimas décadas. A responsabilidade pela retratação desse sistema se deu pela excessiva tecnologização da medicina, como seus altos custos, e também pelo modelo hospitalar, que acarreta despesas insuportáveis para quase toda a população.

O avanço técnico é quase incontrolável em seus custos, devido aos interesses das indústrias médicas, farmacêuticas, planos de saúde e avanço da tecnologia da saúde.

A intermediação das empresas de seguros reduz o gasto individual, mas, por outro lado, expande outra fonte de negócios – a das seguradoras.

O Modelo Neoliberal é caro e ineficaz, Luise (2012, p. 30), demonstra que:

O modelo neoliberal investe pouco em Atenção Primária em Saúde e prevenção de agravos e enfermidades e valoriza a medicina especializada e medicamentosa, pois isso gera mais lucro. A Inglaterra, com um sistema de saúde público e universal, gasta US\$ 2 mil por habitante/ano e tem resultados de expectativa de vida bem melhores do que os dos EUA, que gasta o dobro (US\$ 4 mil), cujos

resultados são muito inferiores, por não investir em um sistema público.

Problemas como a subvenção estatal ao mercado privado também são comuns e abrem espaço para fraudes. Essa subvenção se dá por meio de renúncias fiscais, de não ressarcimento pelos planos privados dos procedimentos realizados em equipamentos públicos e do pagamento dos planos privados para servidores de órgãos públicos.

## 1.7 POLÍTICAS SOCIAIS NA ATUALIDADE E A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Nas sociedades de economia capitalista avançada, entre as décadas de 1940 e 1970, o Estado de bem-estar social garantiu uma extensa gama de direitos aos cidadãos. Destacam-se os direitos sociais, por meio dos quais foi possível a criação de mecanismos e políticas de promoção da igualdade de oportunidades, nesse sentido Médice, (2002, p. 149):

Assim, com o Estado de bem-estar social, torna-se reconhecida e praticada uma participação maior dos governos na economia. Passam a ser ofertados serviços sociais e elaboradas políticas sociais – principalmente voltadas para a saúde e educação – e aplicadas políticas econômicas (monetárias e fiscais) visando ao pleno emprego. Verificou-se, neste período, uma participação maior das políticas sociais, sobretudo em saúde, no total de gastos públicos.

Segundo Silva; Matos (2009, p. 135), a abrangência do sistema de Estado de bem-estar social e o conteúdo do contrato social construído nos chamados Anos Dourados (1940/1970) podem ser resumidos em:

- a) Direito ao trabalho;
- b) Políticas de ataque à pobreza;
- c) Proteção contra riscos individuais e sociais; e
- d) Mecanismos e políticas de promoção de oportunidades equânimes.

A partir da Década de 80 é preciso enfatizar que a literatura acadêmica explicita certo esgotamento das transformações impulsionadas pelo sistema neoliberal. Tendo em vista que, no período houve uma estagnação econômica e aumento do desemprego, da desigualdade social e da pobreza. Nas décadas seguintes, houve um predomínio de tratamento dissociado do desenvolvimento econômico das políticas sociais, com claro prejuízo para ambos. A respeito desse contexto, Draibe (2007, p. 398) faz o seguinte diagnóstico:

A análise integrada da economia e da política social é de longa tradição e baseada nos estudos de desenvolvimento econômico de Marx e Weber, que relaciona a política social e seus efeitos redistributivos e de investimento em capital humano. Uma análise mais sofisticada dessa relação se encontra no pensamento Keynesiano, que analisou a dinâmica do círculo virtuoso com que o econômico e o social se inscrevem na dinâmica do crescimento econômico e desenvolvimento social. A partir do pós-Segunda Grande Guerra Mundial, os estudos sobre políticas sociais passaram a considerar a relação dinâmica e integrada entre Estado, desenvolvimento econômico e sistemas de proteção social. Assim, constatou-se que as políticas sociais podem promover o desenvolvimento econômico simultaneamente com o desenvolvimento social.

Coube às Nações Unidas e suas agências, a tarefa de disseminar mundialmente e ampliar a discussão do conceito de “desenvolvimento social” e de sua condição para o desenvolvimento econômico.

Novos princípios foram incorporados, como direito social e direitos humanos, e novos conceitos, como inclusão social, capital humano, coesão social e empoderamento. Esse enfoque ganhou centralidade e complexidade, sendo discutido em diversos eventos internacionais e explicitado nas suas respectivas declarações, como, por exemplo: a Declaração Mundial sobre Proteção das Crianças (1990), a Cúpula de Desenvolvimento Social de Copenhague (1995) e as Metas do Milênio. Sen (2001, p. 301), analisando esse desenvolvimento social, assim ensina:

A política social é concebida como investimento em capital humano ou nas capacidades humanas, mediante programas que visam assegurar a igualdade e oportunidade, bem como proporcionar os meios para que os indivíduos e comunidades tenham oportunidade de conhecer e controlar os fatores determinantes de sua saúde.

Os sistemas de saúde, conforme consolidados hoje em estruturas organizacionais públicas e privadas de atenção à saúde, só se constituíram como tal em meados do século XX. Eles se desenvolveram pelo crescimento da participação dos Estados na regulação de diversos mecanismos que afetam a saúde e bem-estar da população e, logo, exercem grande influência no desenvolvimento das nações, pois a falta de condições de saúde e bem-estar fragiliza os indivíduos, comprometendo a sua participação na vida produtiva do seu país.

Esses argumentos sugerem que as necessidades de saúde não podem ser tratadas como objeto de lucro e, ou, mercadorias, acessíveis a preços diferenciados, conforme a

capacidade de pagamento individual. Ao contrário, devem ser consideradas um problema coletivo e, portanto, de responsabilidade do Estado e dos cidadãos.

## **2 POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL E O DESENHO DO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE**

A história do país e os conteúdos referentes às políticas e desenho do Sistema de Saúde brasileiro ao longo do tempo nos apresenta uma perspectiva para melhor compreender os princípios, as diretrizes e os desafios impostos ao Sistema Único de Saúde (SUS), sendo necessário, portanto, revisitar o processo histórico de construção da Política de Saúde no Brasil.

Analisaremos as primeiras ações governamentais de saúde no período da colonização restrita às áreas urbanas, especialmente às regiões portuárias e estradas de ferro, focadas nas doenças epidêmicas, com repercussões na economia, agroexportadora cafeeira da época; as mobilizações trabalhistas da Era Vargas, que instituiu o sistema previdenciário, influenciando as relações de trabalho e alterando as políticas de saúde; e, por fim, a opção política do período da ditadura militar por uma atenção sanitária assistencialista, curativa, hospitalocêntrica e medicamentosa, tendo como ênfase a utilização de recursos públicos da Previdência Social na compra de serviços de instituições privadas.

### **2.1 DO FINAL DO IMPÉRIO À REPÚBLICA VELHA (1889 – 1930)**

Um marco importante na história das políticas públicas de saúde no Brasil foi a vinda da família real portuguesa, no ano de 1.808, uma vez que dentre os interesses da família real estava a necessidade de ter à sua disposição uma mão de obra saudável e qualificada para implementação e manutenção de negócios e estratégias de interesse da coroa.

Na época, além de portugueses e imigrantes de outros países da Europa, a população habitante no Brasil era composta majoritariamente por índios e povos africanos escravizados. Com uma população tão heterogênea, formada por gente de diferentes localidades do planeta, com culturas discrepantes umas das outras, fez com que surgissem costumes, tradições e conhecimentos próprios acerca de saúde, doenças, tratamentos e remédios. Por outro lado, a presença de uma população tão diversificada e a distância da Colônia para a capital portuguesa dificultou a implementação de qualquer ação

centralizada e unificada de grandes dimensões em favor da saúde no país. Esse quadro só veio a mudar com a chegada da família real.

Até a coroa portuguesa se estabelecer no Rio de Janeiro, o tratamento de saúde no Brasil era rudimentar, com ações baseadas na práxis dos agentes envolvidos e sem qualquer regulamentação, baseada quase que exclusivamente a partir dos costumes locais da época. Baptista (2007), quando analisou as circunstâncias de formação do povo brasileiro, faz os seguintes apontamentos:

Nesse contexto, alguns atores sociais se destacam na arena das ações de saúde deste período: o barbeiro, ou prático, conhecia técnicas utilizadas pelos médicos europeus – como as sangrias – e atendia à população capaz de remunerá-lo; os curandeiros e pajés, pertencentes à cultura negra e indígena, eram mais acessíveis à maioria da população, utilizavam plantas, ervas, rezas e alguns rituais para a cura dos doentes; os jesuítas traziam conhecimentos da prática médica europeia, utilizando-se principalmente de práticas disciplinares e do isolamento como técnica para cuidar dos doentes.

Gomes (2007, p. 165), analisando esse momento histórico do sistema de saúde nacional, momento de em que o povo se cuidava de uma forma extremamente rudimentar, sem acesso a nenhum tipo de formação, até porque nem existiam universidades, descreve:

Mais difícil do que diagnosticar a doença era combatê-la. Como em toda a colônia, não havia no Rio de Janeiro médicos formados em universidades. Uma forma rudimentar de medicina era praticada pelos barbeiros. Thomas O'Neil, tenente da marinha britânica que acompanhou D. João ao Brasil, ficou intrigado com o número de barbearias e os fins a qual se destinavam: “as barbearias são aqui bastante singulares. O símbolo dessas lojas é uma bacia, e o profissional que aí trabalha acumula três funções: dentista, cirurgião e barbeiro.

Por sua vez, Escorel Teixeira (2008, p. 333), seguindo essa linha histórica, demonstra como foi significativa a chegada da família real portuguesa no Brasil e com ela a necessidade de se construir uma formação acadêmica em todos os níveis, necessidades de novos profissionais até então desconhecidos na Colônia:

A vinda da família real para o Brasil, em 1808, possibilitou também a chegada de mais médicos e o aumento da preocupação com as condições de vida nas cidades, possibilitando o início de um projeto de institucionalização do setor de saúde no Brasil e a regulação da prática médica profissional. Foi inaugurada então a primeira faculdade de medicina, a Escola Médico-Cirúrgica, localizada em Salvador, Bahia, com vistas à institucionalização de programas de ensino e à normalização da prática médica em conformidade aos moldes europeus. Em 1929, foi criada a Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, transformada em 1831 em Academia Imperial de Medicina. Já em 1832, os cursos médicos cirúrgicos existentes na Bahia e no Rio de Janeiro foram transformados em

faculdades de medicina, que passaram a expedir diplomas de médicos, farmacêuticos e parteiras.

Os investimentos públicos na área da saúde e a regulamentação da prática profissional ocorridos nessa época em nada tinham relação com interesses sociais e com a erradicação e combate sistematizado de doenças em favor da saúde da população. A implementação de tais medidas era reflexo direto dos interesses políticos e econômicos do império, a fim de garantir a continuidade e o aumento na produção de riqueza e a sustentabilidade do sistema estabelecido.

A preocupação se concentrava na saúde da cidade e no produto agroexportador - o café - a assistência ao trabalhador era uma consequência dessa política.

Contudo, apesar de os fins não serem utilizadas, necessariamente, em prol da população geral e dos trabalhadores em si, com o tempo foi inevitável o surgimento e a implementação de políticas voltadas aos interesses coletivos. Essas medidas, em sua maioria, se deram a partir de campanhas pouco eficientes, como, por exemplo, a quarentena, para diminuir a disseminação de doenças entre os trabalhadores. Conforme já destacado, uma estratégia como a quarentena, que consistia no afastamento dos doentes de seus respectivos ambientes laborais pelo prazo de 40 (quarenta) dias, não tinha como objetivo, necessariamente, o tratamento do doente, pois o fim principal era evitar a propagação da doença.

Décadas depois, com o estabelecimento de uma nova era política no Brasil a partir da Proclamação da República, no ano de 1889, foi iniciado novo ciclo nas políticas públicas. Nesse período, o traço marcante da economia brasileira foi a consolidação e o boom do mercado cafeeiro que, pujante, carecia de grande quantidade de mão-de-obra em toda a sua linha de produção e de distribuição, desde as lavouras até à distribuição para os mercados interno e externo. Com a grande aglomeração e circulação de pessoas decorrentes da economia cafeeira e uma realidade que envolvia uma péssima condição de saneamento, as doenças se espalhavam com facilidade entre as pessoas e afetava não apenas a saúde da população, mas também prejudicava o crescimento econômico.

É nesse contexto que se inicia a busca por conhecimentos e ações na área da saúde pública,

com a criação, em 1897, da Diretoria Geral de Saúde Pública (DGSP), o incentivo às pesquisas nas faculdades de medicina no Brasil e no exterior (no Instituto Pasteur) e a criação de institutos específicos de pesquisa, como o Instituto Soroterápico Federal, criado em 1900, renomeado Instituto Oswaldo Cruz, (IOC) em 1901.

Em 1902, com Rodrigues Alves na presidência da República, ocorreu um conjunto de mudanças na condução das políticas de saúde pública implantando-se um conjunto de reformas urbanas e de saneamento, que deram fim ao ciclo de epidemias que surgiam anualmente.

As ações de saneamento e urbanização da cidade do Rio de Janeiro foram seguidas de ações específicas na saúde, especialmente no combate a algumas doenças epidêmicas, como a febre amarela, a peste bubônica e a varíola. A reforma na saúde foi implementada a partir de 1903, sob a coordenação de Oswaldo Cruz, que assume a diretoria geral de saúde pública, prometendo erradicar essas doenças. Por meio das campanhas sanitárias, Oswaldo Cruz propunha o combate dos focos dos mosquitos e o isolamento dos doentes infectados, bem como o extermínio dos ratos e ampliação dos níveis de vacinação da população.

Desde o início do século XX, a história da medicina institucional assume duas formas de organização social: a primeira por meio das ações chamadas de saúde pública (cuja ênfase se centraliza nas campanhas sanitárias) voltadas ainda que teoricamente para a população como um todo; e a segunda, na forma de assistência médica individualizada, adotada tanto pelas empresas, em seus serviços médico, como pelas instituições previdenciárias, voltadas para trabalhadores urbanos.

Assim, no Brasil, desde a gênese da medicina institucional, coexistem três subsistemas que caminhavam de forma paralela, mas sem integração e comunicação: a Saúde Pública, a Medicina do Trabalho e a Medicina Previdenciária.

A década de 1920 representou momentos de crise da sociedade brasileira – crise do padrão exportador capitalista e crise do Estado. Nesse contexto, a saúde pública ganha novos contornos e cresce como questão social juntamente com o capitalismo.

A primeira fase de acumulação capitalista ultrapassa seus próprios limites com o auge da

economia cafeeira, refletindo-se numa aceleração da urbanização e no desenvolvimento industrial.

As medidas de saúde pública se caracterizaram por uma tentativa de extensão por todo o País; apesar de ela ainda ser vista como caso de polícia, passou a ser considerada, pelo menos no discurso, uma das atribuições do Estado.

A reforma de Carlos Chagas, em 1923, visou ampliar significativamente o atendimento à saúde por parte do poder central. Objetivava atuar nas seguintes áreas: assistência médica (pronto socorro, postos de saúde rural, fiscalização de santas casas etc.); assistência materno-infantil; educação sanitária e higiene industrial; fiscalização de alimentos, de laboratórios e do exercício da medicina e orientação alimentar. O financiamento era basicamente estadual com pequenas contribuições federais e filantrópicas.

Aliada a essas reformas e movimentos por ações mais efetivas de saúde, coloca-se nesse período a escassez relativa de mão de obra, retomando-se o fluxo de imigração externa e migrações internas, colocando em pauta discussões sobre as condições de higiene e saúde do trabalhador, bem como medidas oficiais de controle e regulamentação do mercado de trabalho.

Nesse contexto – de movimentos de luta por transformações no campo de trabalho – foi criada a Lei Eloy Chaves, em 1923, que regulamentava a formação de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) para as organizações trabalhistas. As CAPs representaram, portanto, a gênese da Previdência Social no Brasil. Tratava-se de organizações de direito privado, criadas para grupos específicos de servidores e organizadas segundo princípios de seguro social, ou seja, um modelo em que os benefícios dependiam das contribuições dos segurados.

As CAPs eram organizadas pelas empresas e administradas e financiadas pelas empresas e seus trabalhadores, em uma espécie de seguro social. Caracterizavam-se como fundos organizados por empresas, composto por contribuição de trabalhadores (3%), empregadores (1% da renda bruta anual) e consumidores dos serviços das empresas. Era um benefício mais comum nas empresas de maior porte, que ofereciam ao trabalhador a possibilidade de formação de uma Caixa. O Estado não contribuía financeiramente na

administração dessas Caixas; sua atuação restringia-se à legalização de uma organização e ao controle à distância do funcionamento dessas caixas, mediando possíveis conflitos de interesses.

Com as CAPs, uma pequena parcela dos trabalhadores do País passou a contar com uma aposentadoria, pensão e assistência à saúde (ainda que limitada à assistência médico-curativa). Assim, o direito à assistência à saúde estava restrito, nesse período, à condição de segurado, sendo os benefícios limitados a três categorias profissionais (ferroviários, portuários e marítimos).

As principais características do primeiro período da história da Previdência Social no Brasil (1923 – 1930) foram: uma relativa amplitude no plano de atribuições das instituições previdenciárias; uma prodigalidade nas despesas; e a natureza basicamente civil privada daquelas instituições

## 2.2 A SAÚDE NO GOVERNO VARGAS (1930 – 1945)

A partir de 1923, o governo de Getúlio Vargas transformou gradativamente as CAPs em Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), estendendo a todos as categorias do operariado urbano organizado, os benefícios da previdência.

Nesses institutos, os trabalhadores eram organizados por categoria profissional (marítimos, comerciários, bancários) e não por empresa. Baptista (2005, p. 240), analisando o início da construção da previdência social, ensina que:

Com os IAPs, iniciou-se a construção de um sistema público de previdência social – limitado em sua abrangência e pressupostos – que mantinha o formato do vínculo contributivo formal do trabalhador para a garantia do benefício. O trabalhador que não contribuísse com os institutos estava excluído do sistema de proteção, portanto, o benefício previdenciário surge como um privilégio de alguns incluídos, o que fazia com que parte da população, principalmente os mais carentes, sem vínculo formal de trabalho e, ou, trabalhadores rurais, fosse vítima de uma injustiça social.

O desenvolvimento dos sistemas de proteção no Brasil foi criado nos moldes daquilo que passou a ser denominado de cidadania regulada, pela inserção do indivíduo no mercado

formal de trabalho (carteira profissional assinada), nesse sentido Fleury (2006, p. 49) esclarece que:

Ao lado de uma inclusão estratificada dos trabalhadores formais, em um sistema em que benefícios são convertidos em privilégios, define-se a norma de exclusão das condições de cidadania de todos os demais em relação aos bens públicos e aos recursos coletivos de poder. Mais do que um direito inerente de cidadania, a proteção social torna-se um privilégio para um estrato particular, convivendo com a desigualdade e permanente exclusão social.

Tornam-se pré-cidadãos, assim, todos aqueles que a lei desconhece, criando-se aqui uma espécie de cidadania mitigada. A implicação imediata deste ponto é clara: seriam pré-cidadãos todos os trabalhadores da área rural, que fazem parte do processo produtivo e, não obstante, desempenham ocupações difusas, para efeito legal; assim como seriam pré-cidadãos os trabalhadores urbanos em igual condição, isto é, cujas ocupações não tenham sido reguladas por lei.

No primeiro governo de Getúlio Vargas, foi evidenciada uma orientação contencionista dos gastos por segurado, diminuindo a participação da assistência médica, da concessão de aposentadorias e do valor médio pago aos beneficiários, bem como foi estabelecido que as obrigações da previdência eram restritas às aposentadorias e pensões, ficando a assistência médica dependente da existência de recursos de cada instituição.

Foi também modificado o financiamento dos institutos, que rompeu a relação direta entre empresa e caixa introduzindo a contribuição da União, passando o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio a funcionar como elo entre os consumidores que pagavam as cotas e a previdência. Essas mudanças que introduziram o financiamento tripartite da previdência (empresas, empregadores e União) na prática não ocorreram, rendendo uma dívida entre a União e as instituições previdenciárias.

Ainda nesse período, duas mudanças institucionais marcaram a trajetória da política de saúde no Brasil e merecem ser destacadas: a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP) e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC).

O MESP foi composto pelo Departamento Nacional de Educação e pelo Departamento Nacional de Saúde. Os primeiros anos do MESP foram marcados pela inconstância e

indefinição de projetos e propostas, enquanto o MTIC reunia proposições claras e específicas de proteção ao trabalhador, inclusive na área da saúde.

De um lado, um arcabouço jurídico e material de assistência médica individual previdenciária a ser garantida pelo MTIC, e, de outro, a definição de ações de saúde pública, de caráter preventivo, atribuídas ao MESP. Quem não se inseria na medicina previdenciária contava com alguns serviços ofertados pelo MESP em áreas estratégicas (saúde mental, tuberculose, hanseníase e outros), além da caridade e do assistencialismo dos hospitais.

O MESP promovia também as ações de saúde pública, cuidando do controle e prevenção das doenças transmissíveis ainda nos moldes do sanitarismo campanhista. Mais uma vez Escorel; Teixeira (2008, p. 333) demonstram que houve uma evolução no que diz respeito a separação de matérias que necessitavam ser tratadas em diferentes pastas:

É interessante observar que o período getulista deixou como marca a separação entre saúde pública e a assistência médica previdenciária. A saúde pública era destinada a controlar e erradicar doenças infectocontagiosas que atingiam a população como um todo e estava direcionada a solucionar os problemas da coletividade. A assistência individual não estava sob o controle do MESP – ou era exercida livremente pelos médicos ou, no caso dos trabalhadores, estava sob responsabilidade dos serviços vinculados ao MTIC.

A lógica das práticas sanitárias deste período se caracterizou, portanto, por ações verticalizadas, centralizadas e emergenciais e que permaneceu por longos anos influenciando sobremaneira o desenho e a formulação do Sistema Nacional de Saúde Brasileiro.

Assim, na Era Vargas ficou institucionalizada a questão do surgimento do Ministério da Educação e Saúde Pública, a Previdência Social e a saúde ocupacional formatada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, além da criação de Instituto de Aposentadoria e Pensão (IAP), com ênfase em políticas de saúde e políticas distributivas, enfatizando a responsabilidade do Estado na forma de criação dos modelos de saúde, da inclusão da população e da forma de gerenciar os sistemas de seguridade social.

### 2.3 PRIMEIRO PERÍODO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL (1945 – 1963)

O ano de 1945 foi marcado pela criação da União Democrática Nacional (UDN), do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Socialista Democrático (PSD) e Partido Socialista Brasileiro (PSB).

Ademais, diante da crise econômica e política, que havia sido agravada com o final da Segunda Grande Guerra Mundial, Getúlio Vargas foi deposto do cargo de presidente da república pelo alto comando do Exército em 29 de outubro de 1945, o que o obrigou a transmitir o poder ao Judiciário, dando fim ao período do Estado Novo (1937 – 1945), regime político brasileiro categorizado pela centralização do poder, autoritarismo e nacionalismo.

O governo que segue, Eurico Gaspar Dutra (1946 – 1951), foi marcado, num primeiro momento, pela ocorrência de mais de 60 greves, uma vez que os trabalhadores exigiam não apenas a melhoria dos salários, mas também que as empresas cumprissem a legislação trabalhista.

No campo da saúde pública, o sanitarismo campanhista, com caráter centralizador e autoritário, alcançou o seu auge. Entretanto, a redução de novos casos de malária e de outras doenças transmitidas por insetos tinha relação direta com o uso de inseticidas de ação residual e de antibióticos, não sendo resultado das campanhas sanitárias de caráter emergencial existente.

O ano de 1950 foi o palco da Segunda Conferência Nacional da Saúde (CNS), com o tema: “Legislação referente à higiene e segurança do trabalho”.

A partir da década de 1950, inúmeras foram as mudanças ocorridas no sistema de proteção à saúde. A aceleração do crescimento das indústrias do Brasil culminou em uma migração do polo dinâmico da economia.

Até então, a economia do Brasil era voltada para agricultura, porém, a partir dessa década, com o crescimento da industrialização, o polo da economia passou a ser os grandes centros urbanos, resultando, dessa forma em aumento da massa operária que deveria ser atendida

pelo sistema de saúde. Esse período levou a uma expansão progressiva e acelerada dos serviços de saúde, instaurando a prática de convênios-empresa para suprir as demandas cada vez mais crescentes.

Surgem, portanto, os grandes hospitais, com tecnologias de última geração (da época) e com a inclusão da lógica de especialização dos recursos humanos. A assistência torna-se, mais cara, e o hospital, o principal ponto de referência para a busca de um atendimento em saúde.

A tendência hospitalocêntrica, baseada na ênfase em uma prática sanitária especializada, individualizada, médica e medicamentosa, não se restringia apenas ao Brasil, uma vez que o País seguia uma tendência mundial, fruto do conhecimento obtido pela ciência médica no pós-guerra. Mais uma vez Escorel; Teixeira (2008) pontuam a questão do revivamento do Estado de Bem-Estar Social, no sentido de que havia necessidade de intervenção do Estado em no setor social a fim de que fosse garantida a produção:

Nos países da Europa ocidental, como França, Itália, Espanha e Grã-Bretanha, implanta-se, no período pós-guerra, o modelo político de Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), objetivando reestabelecer as economias afetadas pela guerra e criar Estados fortes e engajados com a democracia e a justiça social. Este modelo – Estado de Bem-Estar Social – consiste em uma política amparada e pactuada entre as áreas econômica e social, com o objetivo de proporcionar o bem-estar da população e manter a produção econômica. O Welfare State está baseado na negociação e no consenso entre os três atores protagonistas desse modelo: o setor empresarial (produtivo ou financeiro), os trabalhadores (por meio dos sindicatos) e o Estado.

No Brasil, ao contrário da política da Europa, não se estabeleceu nesse período (1951 – 1954), no segundo mandato de Getúlio Vargas, uma política de Estado de Bem-Estar Social, e sim uma ideologia desenvolvimentista, a qual considera que o nível de saúde de uma população depende primariamente do grau de desenvolvimento econômico de um país, sem se preocupar com o desenvolvimento social. Observa-se, portanto, que essa linha de pensamento passa a disputar espaços com a corrente então vigente do sanitarismo tradicional.

Nesse período, evidenciou-se a discussão pelos sanitaristas sobre políticas de saúde, uma vez que estes acreditavam que, para a melhoria das condições de saúde da população, seria necessária a utilização de técnicas e metodologias adequadas, importadas de outros países.

Enfim, em 1953, cria-se o Ministério da Saúde independente da área da educação, o que representou um grande marco, ao conferir à saúde um papel político exclusivo no País. No campo da previdência social, houve ampliação dos gastos com assistência médica, expandindo o escopo das doenças a serem consideradas. Matta (2007), ensina que nesse período:

Na prática, nos anos do desenvolvimentismo manteve-se a ideia de organização do modelo político de saúde em vigor, tendo de um lado o sistema previdenciário e de outro as ações e serviços de saúde pública. Por meio do desenvolvimentismo, o País gerou grande riqueza e mobilizou quantidade significativa de recursos, levando a mudanças concretas nas cidades, além de novas demandas para o sistema previdenciário. A partir de então, as políticas de saúde tornaram-se importantes ferramentas do Estado, uma vez que os recursos mobilizados para os postos de trabalho, indústrias de equipamentos e medicamentos, hospitais e ambulatórios foram significativamente elevados.

Em dezembro de 1963 realizou-se a 3ª CNS, como o último evento da experiência democrática brasileira, cujo tema central foi a Descentralização na Área de Saúde.

O objetivo dessa conferência era verificar a situação sanitária nacional e aprovar programas de saúde que, se adequados às necessidades e realidades do povo brasileiro, concorreriam para o desenvolvimento econômico do País.

Segundo os seus idealizadores, a ideia inicial de se realizar a conferência era a elaboração de uma lei municipal para que todos os municípios criassem seus serviços de saúde os principais pontos da terceira Conferência Nacional de Saúde foram: a rediscussão da distribuição de responsabilidades entre entes federativos; uma avaliação crítica da realidade sanitária do país e uma clara preposição de municipalização dos serviços de saúde. A estratégia da municipalização condenou o novo projeto sanitário, que pretendia ser descentralizado, tendo como base um modelo de cobertura dos serviços de saúde, estendendo-se desde o atendimento básico prestado por profissionais de saúde até o atendimento médico-hospitalar especializado.

#### 2.4. PERÍODO DE PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE (1964 – 1974)

Em decorrência do golpe militar, em 1964, ocorreram mudanças na nova forma de organização do Estado brasileiro e, conseqüentemente, no sistema sanitário. Matta, (2007)

observou claramente o crescimento da estrutura privada na saúde:

Entre essas mudanças, destacam-se o crescimento do setor privado via financiamento público e a ênfase na assistência médica, medicamentosa, especializada, tendo no hospital o lócus privilegiado e primordial da assistência sanitária. Na economia, a ideia adotada pelo então Ministro da Fazenda Delfim Netto, durante o governo do presidente da república, Garrastazu Médice, foi a de “deixar crescer o bolo para depois dividir” – de fato, durante esse período chamado de milagre econômico houve grande crescimento da economia – com arrocho salarial e transnacionalização crescente da estrutura produtiva; o problema foi que o bolo cresceu mas não ocorreu a distribuição.

Em 1967, ocorreu a unificação dos IAPs em um único instituto previdenciário – o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), cujo objetivo era a constituição de um plano único de custeio e benefícios.

Por meio da criação do INPS, os institutos já existentes foram uniformizados, em especial quanto aos benefícios prestados ocasionando descontentamento por parte daqueles contribuintes que recebiam mais benefícios.

Esse descontentamento deveu-se, em grande parte, ao fato de a unificação ser “por cima” da contribuição dos beneficiários, ou seja, segurados que pagavam de 3 a 8% dos seus salários aos institutos, com a unificação, passaram a contribuir com 8%; tudo isso sem melhora da qualidade da assistência.

Nesse período observou-se a superlotação de alguns hospitais, ocasionando filas, demora nos atendimentos e inúmeros outros problemas, resultando, portanto, em uma insatisfação geral por parte da população. Ademais, a unificação dos institutos culminou na centralização do poder dos IAPs no Estado e no afastamento dos trabalhadores das decisões a serem tomadas. Como consequência, as relações de clientelismo do Estado e as tecnocracias foram fortalecidas, fomentando o caos no setor de saúde.

Cotta et al. (2013, p. 107), fez um diagnóstico demonstrando o crescente interesse dos setores empresariais nesse momento de centralização de poder e de afastamento da tomada de decisão por parte dos trabalhadores e o reflexo na questão da saúde pública:

Assim, no período pós 1964, também chamado de política de saúde e capitalização da medicina, duas características destacaram-se como fundamentais

para o entendimento da conjuntura na qual se deu a Unificação da Previdência Social: o crescente papel do Estado como regulador da sociedade e o isolamento dos trabalhadores e demais segmentos da sociedade e o isolamento dos trabalhadores e demais segmentos da sociedade do jogo político. Desencadeia-se, portanto, a fase aguda da Crise do Sistema Nacional de Saúde. De um lado, um lado o Sistema Previdenciário mostra-se incapaz de responder à crescente pressão da massa assalariada urbana pela ampliação e melhoria dos serviços. De outro, a necessidade de expandir o atendimento de Saúde Pública, que colidia com a estreiteza financeira do Estado. Desenha-se, portanto, um quadro cuja resolução estava além dos limites das instituições que no Brasil estavam encarregadas de prestar assistência à saúde. O surgimento do INPS vem oferecer a possibilidade de utilizar o potencial instalado no setor hospitalar privado.

Nesse sentido, a “privatização” da assistência médica previdenciária torna-se uma opção política dos governos dos regimes militares pós-64, uma vez que era necessário atender aos interesses de setores empresariais, importantes parceiros das elites dominantes.

A interferência estatal crescente no setor de saúde, longe de significar uma “estatização” da medicina no País, representou, ao contrário, um importante estímulo para o surgimento das organizações privadas hospitalares

Ainda, no ano de 1967, aconteceu a 4ª CNS, cujo tema central foi “Recursos humanos para as atividades em saúde.” Mais uma vez, Escorel (2008, p. 385), analisando historicamente a questão sob o ponto de vista de afastamento do Estado na prestação do serviço, demonstrando uma opção em não prestar diretamente a saúde, e fortalecendo o sistema de hospitais filantrópicos que se alastraram pelo Brasil, assim enfatiza:

No início da década de 1970, a política adotada pelo INPS levou à inclusão de novas categorias profissionais ao sistema, como trabalhadores rurais (1971), empregadas domésticas (1972) e trabalhadores autônomos (1973). Aqueles que não contribuíram para a previdência social podiam obter atenção à saúde, desde que integrassem o perfil dos programas existentes, em serviços filantrópicos – remetendo ao que Fleury (2006) denominou de cidadania invertida. Por cidadania invertida entende-se que o direito à assistência sanitária se define em função do fracasso social – ou, para aqueles que pudessem pagar, a atenção à saúde era obtida por meio dos consultórios e clínicas privadas. Como resposta à inclusão de novos trabalhadores no INPS, associado ao precário investimento do Estado nas ações e atividades de saúde pública, a procura por serviços prestados e os gastos na saúde aumentaram exorbitantemente. Nesse sentido, os gastos com a saúde dobraram de valor, tendendo claramente para o atendimento hospitalar. Nesse contexto, o INPS se tornou o principal comprador de serviços privados de saúde, estimulando, portanto, a prática médica orientada pelo lucro.

Essa decisão do governo militar representou, além do sucateamento dos serviços públicos de saúde, o não investimento nos serviços existentes e a não construção de novas unidades de

saúde, talvez, na esperança de que a iniciativa privada, através do terceiro setor, em especial os filantrópicos fossem capazes de atender a demanda, o que não se comprovou ao longo dos anos seguintes.

A forma de pagamento dos serviços de saúde oferecidos pelo setor hospitalar privado contratado pelo Estado eram as Unidades de Serviço (US) tornando estas um fator incontrolável de corrupção: os serviços inventavam pacientes ou ações que não tinham sido praticadas (pacientes e procedimentos fantasmas), a exemplo de cirurgia de próstata em mulheres ou até mesmo cesarianas em homens, ou davam preferência aos serviços que eram mais bem remunerados, como o parto por cesariana ao invés do parto normal.

A ênfase médica é dada à atenção individual, curativa, assistencialista, especializada e privada, em detrimento das medidas de saúde pública, de caráter preventivo e de promoção da saúde, cujo interesse é coletivo.

## 2.5 PROPOSIÇÕES INICIAIS DE REFORMA SANITÁRIA (1974 – 1979)

Nesse contexto, o modelo econômico implantado pela ditadura militar entra em crise. Por um lado, devido à crise do capitalismo internacional; por outro em razão da redução do fluxo de capital estrangeiro para movimentar a economia nacional. Escorel (2008, p. 385), sintetiza assim o momento de forte crise financeira e ganância do setor privado sobre as políticas de saúde:

A ideia de que “era preciso fazer crescer o bolo para depois redistribuí-lo” não se confirmou no plano social e trouxe como consequências enormes problemas de distribuição de renda e iniquidade social. A população se encontrava cada vez mais empobrecida, aumentando em muito as desigualdades sociais, uma vez que os pobres se tornaram ainda mais pobres e os ricos, mais ricos. Esse aspecto fez com que o Brasil apresentasse um dos maiores índices de concentração de renda do mundo – um país rico cheio de pessoas pobres. A população sofre com a política econômica vigente e passa a conviver com o desemprego e suas consequências sociais; aumento das favelas, marginalidade e mortalidade infantil. Nesse sentido, o modelo de saúde previdenciário começa a evidenciar suas mazelas.

Nesse contexto de insatisfação, tanto da classe dominante quanto da classe trabalhadora e usuária, uma vez que ambas sofrem as consequências da crise econômica e política, no seio da sociedade civil começam a se organizar movimentos em prol da descentralização.

O ano de 1977, além de ter sido o palco da 6ª CNS, cujo tema foi o controle das grandes endemias e interiorização dos serviços de saúde, foi também o ano da criação do Ministério da Previdência e Ação Social (MPAS), cujo objetivo era tornar o sistema mais eficiente e racionalizado, sendo constituído de três institutos: o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), voltado para a assistência médica hospitalar curativa; o INPS, direcionado aos benefícios; e o Instituto de Administração da Assistência Social (IAPAS), cuja função era realizar o controle financeiro.

Em meio a esse período de mudanças e crises no setor, a segunda metade da década de 1970 se torna a referência para a Reforma Sanitária no Brasil. Começa-se, portanto, a discussão dentro do próprio Ministério da Previdência e Assistência Social sobre a importância de se mudar o modo de pensar a saúde até então vigente no País, baseada na medicina de cunho assistencialista, curativa e individual, em detrimento das ações de saúde coletiva.

O movimento sanitário criticava, veementemente, a mercantilização da medicina e a concessão de privilégios ao setor privado. Novos atores surgem dentro desse cenário; profissionais de saúde, intelectuais, pesquisadores, representantes da sociedade civil organizada que buscavam a transformação do setor de saúde no Brasil, visando à melhoria das condições de vida e de atenção à saúde da população brasileira, a fim de exercer o direito pleno de cidadania.

Em 1979, a Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados realizou o 1º Simpósio Nacional de Política de Saúde, sendo considerado um marco expressivo do Movimento da Reforma Sanitária. O Centro Brasileiro de Estudos em Saúde (CEBES) apresentou e discutiu a primeira proposta de reorientação do sistema de saúde.

A agenda da reforma no setor de saúde buscava instituir um sistema com as seguintes características: regionalização, descentralização, universalização da cobertura e do atendimento, integralidade das ações, hierarquização e participação social, a fim de assegurar o controle social da política.

## 2.6 A 8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE: O DESENHO DO NOVO SISTEMA DE SAÚDE – O SUS

O século XX foi palco de transformações em todas as esferas da vida política, econômica e sociocultural no Brasil, que refletiram significativamente na área da saúde.

O debate sobre a relação do setor de saúde com o desenvolvimento econômico e social que marcou a década de 1960 ampliou-se, nos anos de 1970, tendo como temática a discussão sobre a necessidade de extensão da cobertura dos serviços sanitários sob uma nova lógica de prestação de serviços para além da produção/productividade e ênfase na atenção hospitalar privada.

Paralelamente, nesse contexto foi gerado o Consenso de Washington, uma recomendação internacional elaborada em 1989, que visava propalar a conduta econômica neoliberal com a intenção de combater as crises e misérias dos países subdesenvolvidos, sobretudo, na América Latina, cujas recomendações eram: reforma fiscal (com ênfase na arrecadação de impostos); abertura comercial (redução de tarifas alfandegárias para facilitar o comércio internacional); política de privatizações (reduzir ao máximo a participação do Estado na economia) e redução fiscal do Estado (redução ao máximo dos gastos do Estado com funcionários, terceirizando o maior número possível de serviços, diminuição de leis trabalhistas e do valor real dos salários).

Na contramão dessa perspectiva internacional, com ameaça aos países de não receberem investimentos externos e ajuda internacional do FMI e dos EUA, o Brasil passou a desenhar seu modelo constitucional e, também, desenhar seu modelo de saúde que há mais de cem anos nunca tinha sido tratada pelo Estado com prioridade, mas sempre atrelada a outras políticas ou outros interesses.

Paim (2008, p. 27) ensina que é nesse contexto que surge no cenário brasileiro um novo ator social – o Movimento da Reforma Sanitária (MRS), cujo objetivo central foi o de impulsionar uma ampla reforma do setor saúde no País, culminando na aprovação do capítulo da saúde na Constituição Federal (CF) de 1988, que criou o Sistema Único de Saúde (SUS), resultado de lutas e embates entre diversos atores sociais representantes da

sociedade civil organizada, enfatizando que:

Na década de 1980 deflagraram-se movimentos que, de um lado, postulavam a democratização do País, nos âmbitos político e social, e de outro propunham mudanças no campo da saúde, no qual estudantes, professores universitários, setores populares e entidades de profissionais da saúde levantaram a bandeira da mudança. Em 1986, a 8ª CNS veio reafirmar e consolidar as propostas existentes para a reformulação do setor, ao ratificar a importância da saúde como direito de todos e dever do Estado, o que seria possibilitado por meio da criação do SUS.

A partir dessa conferência, a sociedade brasileira passou a dispor de um corpo doutrinário e um conjunto de proposições políticas voltadas para a saúde que apontavam para a democratização da vida social e para a Reforma Democrática do Estado. Arouca (2003, p. 16), destacava que:

A construção do projeto de Reforma Sanitária fundou-se na noção de crise: crise de conhecimento e da prática médica, crise do autoritarismo, do estado sanitário da população, crise de prestação de serviços de saúde. Assim, os conceitos da medicina preventivista novamente ganharam destaque, uma vez que esse saber emergiu como uma construção teórica que vinculava a noção de que saúde e doença eram construídas socialmente, nas relações que se estabeleceriam entre indivíduo/comunidade/população com o meio em que estivessem inseridos, articulando os problemas vivenciados aos seus determinantes sociais.

Paim (2008, p. 356), lembrando todo o contexto histórico da reforma sanitária, descreve a diversidade de atores que coletivamente contribuíram com ideias e se mobilizaram pelo projeto de democratização da saúde, com ênfase na construção de um sistema, um modelo, e uma política de saúde com capacidade de funcionamento e interligação em todo território brasileiro:

A 8ª CNS, realizada em 1986, inicialmente era um ideário de um grupo de intelectuais e sanitaristas e gradativamente ampliou-se mobilizando a sociedade civil e tendo com protagonistas trabalhadores da saúde, profissionais e setores populares, cujas propostas de discussão centraram-se em três temáticas: saúde como direito inerente à cidadania e dever do Estado reformulação do setor saúde e financiamento do setor, em documento elaborado pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO). A ABRASCO ao assumir a bandeira da Reforma Sanitária, canalizou sua produção científica e passou a publicar em todos os seus editoriais as propostas do projeto da RS, visando divulgá-las aos profissionais da saúde.

Como primeiro tema debatido, reconheceu-se a saúde como direito e como questão da cidadania no Brasil, aos moldes do Modelo do Estado de Bem-Estar Social, ressaltando a relevância das políticas sociais em detrimento da econômica capitalista e do Estado mínimo, sendo o setor de saúde componente essencial dessas políticas, fazendo opção clara

do resgate do conceito de cidadania dentro de um contexto de dignidade humana.

Reforma ampla, que envolveria mudanças nas macro funções do financiamento, proteção social, ampliação e universalização do acesso, formação dos recursos humanos que sustentassem as mudanças, controle social, regulação e prestação de serviços, afetando toda a estrutura do sistema de serviços de saúde. Em continuidade aos debates, Paim (2008, p. 356), destaca os seguintes pontos:

Como segundo tema, a 8ª Conferência Nacional de Saúde debateu a necessidade de reformulação do SNS; para tal, as AISs foram consideradas como o caminho-estratégia para o alcance desse novo sistema. Essa política tinha como objetivo assegurar autonomia política, administrativa e financeira aos estados e municípios, suporte financeiro estável e recursos integrados em um fundo único por nível de governo (fundos de saúde municipais, estaduais e federal), além de integralidade de atenção à saúde e universidade (ações de promoção, proteção e recuperação da saúde em todos os níveis assistenciais – APS, atenção de média e alta complexidade a todos os habitantes do território nacional brasileiro) e implementação de práticas como vigilância sanitária, saneamento, controle do ambiente de trabalho, entre outros fatores.

O financiamento do setor saúde foi a terceira temática abordada na 8ª CNS, bastante debatida e criticada, tendo em vista que ao mesmo tempo em que se defendia o direito de todos os brasileiros à saúde, ao se discutir a universalização colocaram-se em pauta os gastos que esse sistema acarretaria aos cofres públicos.

As fontes financeiras existentes estavam aquém das necessidades que o novo sistema de saúde demandaria, uma vez que ainda havia distribuição desigual dos recursos federais entre as regiões.

Noronha et al. (2008, 435), destaca as proposições que resultaram da Conferência Nacional de Saúde, bem como o estabelecimento daqueles que viriam a ser os novos princípios doutrinários e operacionais do SUS, oportunidade em que se questionou e discutiram esses relevantes assuntos de financiamento:

Como resultado da 8ª CNS, registrou-se a participação de mais de 4000 pessoas, contemplando os vários segmentos da sociedade civil organizada, sendo os eixos temáticos operacionalizados por meio de debates, mesas- redondas, trabalhos de grupos, originando uma síntese cujo relatório foi aprovado na plenária final. Esse documento continha 27 proposições para o tema “Reformulação do sistema de saúde”, entre os quais se destacou a criação do SUS; a formação de uma rede regionalizada e hierarquizada; atendimento integral; participação da comunidade; e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como nove

proposições para o tema “Financiamento do setor”, com destaque para a criação dos fundos de saúde e fontes estáveis de receitas para os gastos do setor.

Assim, as proposições contidas no Relatório final da 8ª CNS representaram mais um desafio a ser transposto pelos militantes do MRS; a institucionalização dessas ousadas propostas. Ainda no ano de 1986, trazendo como tema “Reforma Sanitária e Constituinte: garantia do direito universal à saúde”, o I Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva da ABRASCO reuniu militantes da Reforma Sanitária na tentativa de sensibilizar as decisões políticas, de forma que o Congresso Constituinte resgatasse o compromisso social na área da saúde.

Nesse contexto, em outubro de 1988, o SUS foi criado pela CF de 1988. Trata-se de um sistema público de inspiração socialista sob os preceitos do Modelo de Estado de Bem-Estar Social, delineando uma nova forma de produzir saúde no Brasil, contrária aos modelos anteriores; sanitarista-campanhista (vigente até meados de 1960) e médico-assistencial privatista (ápice nas décadas de 1960, 1970 e 1980).

Marca-se uma nova era do setor de saúde no Brasil, cujos desafios seriam inúmeros, em face da concomitância de um sistema público, com uma proposta liberal de sistema privado, caracterizando um sistema ou modelo segmentado. Essa conformação concilia o incentivo às políticas públicas na provisão de serviços de saúde, ao mesmo tempo em que promove a abertura de espaços para a expansão do sistema privado complementar e seguros de saúde, de medicina liberal.

O SUS passou a ser um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, planejado desde a Atenção Primária até transplante de órgãos, garantido mediante acesso universal, integral e gratuito para toda a população do país.

## 2.7 A TRAJETÓRIA LEGAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: DA CONSTITUINTE AOS PACTOS PELA SAÚDE

A luta do Movimento de Reforma Sanitária culminou na proposta do Sistema Único de Saúde, incorporado à Carta Constitucional de 1988, no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II, da Seguridade Social, cujo conteúdo abrange previdência, saúde e assistência

social, refletindo uma preocupação com o bem-estar, a equidade e a justiça dos cidadãos, possíveis pela articulação de políticas intersetoriais; e na Seção II, da Saúde, nos Artigos 196 a 200, com princípios e diretrizes válidos em todo o território nacional. Art. 196 da CF/88:

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.

Como preceito constitucional inovador, destaca-se o conceito de saúde ampliado, garantida por meio de políticas sociais e econômicas abrangentes, com atuação em todos os âmbitos do processo saúde-doença, ou seja, da promoção da saúde à reabilitação e controle de doenças, com acesso universal e igualitário a todos os brasileiros.

O art. 197 da CF/88, deixa claro o papel do setor público na organização dos serviços de saúde e sua fiscalização, e da participação do setor privado de forma complementar. Vejamos:

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.

As diretrizes organizacionais da regionalização, hierarquização e participação popular estão descritas na Constituição Federal de 1988, em seu art. 198 (incisos I, II e III):

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; § 1º - o SUS será financiado nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Outros parágrafos referentes ao financiamento da saúde foram todos incorporados à Emenda Constitucional 29, (EC 29) posteriormente.

O art. 199 da Constituição Federal de 1988, prevê os critérios de participação de empresas privadas no SUS, de forma complementar, segundo as diretrizes e sob a regulação do sistema público de saúde.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.  
§1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, seguindo 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.

No artigo 200 da Constituição Federal de 1988, estão dispostas outras atribuições do SUS no tocante ao desenvolvimento de ações de abrangência mais ampla, que não somente o de prestação direta de serviços à população, de forma a atender aos requisitos do conceito ampliado de saúde e doença.

Art. 200. Ao SUS compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – Incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico.

VI – Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Os princípios doutrinários e operacionais do SUS, contidos nos artigos supracitados e regulamentados pelas Leis Orgânicas da Saúde (LOS) n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 e n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, são: universalidade, integralidade e equidade, como princípios doutrinários, ou seja, que fundamentam a ideologia da assistência à saúde defendida pelo Movimento Sanitário; e descentralização, hierarquização, regionalização e controle ou participação social, que regem as formas de organização administrativa do sistema de saúde brasileiro.

Com o advento de todo esse arcabouço constitucional o direito à saúde dos brasileiros passou a ser gratuito como dever do Estado, com mais acesso da população ao sistema de saúde e com maior cobertura, evidenciando um resgate claro do constituinte originário pela opção da saúde como direito de cidadania, afastando interpretação referente à saúde como mercadoria.

### **3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.923/DF, proposta pelos partidos PT (Partido dos Trabalhadores) e PDT (Partido Democrático Trabalhista) tinha como um dos pedidos principais a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.637/98 na sua integralidade, a fim de, sobretudo, acomodar a interpretação dela conforme a Constituição e reduzir a natureza do serviço público em atividade meramente econômica, em sentido estrito, própria dos agentes privados.

Essa Ação representou um marco em relação a decisões do STF, tendo em vista que o Supremo nunca antes precisou interpretar uma quantidade tão grande de artigos constitucionais no mesmo julgamento.

A lei atacada pelo pelos proponentes da ADI encontrava-se na contramão do Movimento de Reforma Sanitária e da opção constitucional do constituinte originário. Na elaboração dessa lei, o legislador optou por reduzir a saúde a um mero serviço público e supervalorizou a complementariedade da participação privada no SUS, fato que potencializou a atuação de agentes externos à estrutura estatal para muito além daquilo que foi almejado pelo constituinte originário quando estabeleceu a possibilidade de participação privada na prestação de serviços públicos.

Importante destacar que o trabalho realizado pelo constituinte brasileiro de 1988 é contemporâneo das influências que levaram à elaboração da recomendação internacional oriunda do Consenso de Washington (ocorrido em 1989), que, com objetivo de propalar a conduta econômica neoliberal como alternativa ao combate das crises e das misérias dos países subdesenvolvidos da América Latina, propôs a redução, ao máximo, da participação do Estado na economia, a partir de, por exemplo, terceirização do maior número possível de serviços e diminuição das leis trabalhistas e do valor real dos salários, a fim de cortar gastos por parte do governo.

Portanto, enquanto no Brasil a Constituição Federal de 1988 elevava o direito à saúde a um patamar de extrema importância nas esferas individual e coletiva dos cidadãos, exigindo uma atuação séria e consistente do Estado em favor da sua concretização prática, ao redor do

mundo havia um movimento concomitante de delegação de atribuições públicas a entidades privadas que, conforme já demonstrado neste trabalho, acabaram por influenciar a elaboração da Lei. 9.637-98.

Neste contexto, alguns dos principais temas tratados na ADI são: transferências de responsabilidade nos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225); descumprimento do dever de licitação por parte das Organizações Sociais (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175 e arts. 4º, VIII e 17 da Lei n.º 9.637/98); e ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X e 169).

Esses questionamentos ocorreram como reação a deliberações muito favoráveis às entidades privadas estabelecidas pela Lei das Organizações Sociais e que contrastam de maneira clara com as regras estabelecidas pelo Ordenamento Jurídico pátrio para os serviços públicos. Dentro das normas questionáveis é possível destacar: a insubmissão dessas entidades às regras para admissão e organização do seu pessoal, tendo em vista a liberdade dada às próprias OS's para fixarem, por seus Conselhos de Administração, a remuneração dos membros de suas diretorias, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII); insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74); o desvirtuamento da necessidade de do Tribunal de Contas quanto à aplicação dos recursos públicos (quando o art. 4º da Lei lista as “atribuições privativas do Conselho de Administração”); e a restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129), quando o art. 10 da Lei, condiciona a atuação fiscalizadora do *Parquet* sobre as Organizações Sociais a determinados requisitos – gravidade dos fatos e interesse público – incorrendo em clara violação ao art. 129 da CF, que não tolera restrições.

As incompatibilidades e incoerências ora apontadas, revelam a importância de ser feita uma análise da forma *en passant* pela qual foi julgada a questão da saúde dentro do contexto de inúmeras outras matérias tratadas na ADI 1.923/DF, em especial a falta de profundidade da natureza jurídica da saúde adotada na Constituição Federal de 1988 bem como a ausência de fundamentação da decisão em relação aos direitos fundamentais. Tal análise se apresenta como um objetivo específico deste trabalho.

No caso, o STF, em sua razão de decidir, não deu a devida importância à saúde, pois tratou desse importante direito fundamento, simplesmente, como uma mera questão de prestação de serviço, sem apresentar a racionalidade da decisão à luz dos direitos indisponíveis e basilares que gravitam em torno do tema. Tal superficialidade no julgamento fica evidenciada ante a ausência de balanceamento de princípios constitucionais e de exame da proporcionalidade na concretização do direito fundamental à saúde, principalmente quando se faz uma análise histórica da evolução do direito à saúde no Brasil até o desenho entabulado na Constituição Federal, como demonstrado nos capítulos anteriores.

Se faz necessário, ainda, demonstrar que a fundamentação dessa decisão não foi juridicamente consistente à luz do sistema normativo da saúde nem racionalmente coerente em face da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e da hermenêutica constitucional já adotada pelo próprio STF no enfrentamento de questões de direitos fundamentais, no emblemático julgamento do HC 82.424/RS.

Neste íterim, por um lado se faz necessário identificar o que é constitucionalmente exigido e imposto de forma invariável entre a vontade do Constituinte, quando entabulou a saúde como direito de cidadania, e a decisão do STF na ADI 1.923/DF, que reduziu tal direito fundamental a mera prestação de serviço. Por outro lado – e tão importante quanto – é necessário identificar aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevaletentes, permitindo-as, ou não, moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante, como no caso da lei 9.637-98 que deu opção de ser transferida a titularidade dos serviços públicos para o Terceiro Setor, em um caminho que parece sem volta, com inúmeras prerrogativas inexistentes e até contraditórias com o texto constitucional.

Carvalho Netto (2000, p. 1), dissertando sobre hermenêutica constitucional, enfatiza que são épocas difíceis para o constitucionalista essas em que o sentimento de Constituição é aniquilado não só pela continuidade e prevalência de práticas constitucionais típicas da ordem autocrática anterior, mas igualmente pela tentativa recorrente de alteração formal da Constituição. Destacando que:

Revela-se a face brutal da privatização do público, do poder estatal instrumentalizado, reduzido a mero prêmio do eleito, visto como “as batatas” a que faz jus o vencedor, no dizer de Machado. É o sentimento de anomia que passa a campear solto, vigoroso, alimentando-se a fartar das dificuldades que encontramos em recuperar as sementes de liberdade presentes em nossa Constituição, mergulhadas em nossas tradições. E as tradições de qualquer comunidade político-jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possam ser as eventualmente vitoriosas ao longo de sua história.

A respeito do sentimento de Constituição devemos ter consciência da diferença que existe entre “ter uma Constituição” e de efetivamente “estar em Constituição”, conforme leciona Lucas Verdú (2009, p. 277), quando apresenta a grande diferença que existe entre ter uma Carta Magna positivada e o cumprimento dela de fato e a ausência de prevalência entre esses conceitos, uma vez que Ambos precisam coexistir na sociedade em que estão inseridos e, para serem colocados em prática de fato, se faz necessário um compromisso de todos os atores envolvidos em prol da preservação da materialização do sentimento constitucional que levou à promulgação da Lei Maior de um povo.

Esses elementos conduzem o enfoque deste trabalho ao seu objetivo principal, que é discutir uma perspectiva crítica da hermenêutica adotada pelo Supremo Tribunal Federal à luz das balizas procedimentais do Direito e, demonstrar que foi utilizado apenas um exercício de retórica por parte do Supremo Tribunal com o objetivo de se transformar em constituinte permanente ou legislativo concorrente de segundo grau, sem se preocupar com a essência do núcleo dos direitos fundamentais, reduzindo o direito fundamental à saúde a mera prestação de serviço público por parte do Estado, em sua razão de decidir.

Apontar que o Supremo Tribunal Federal, discutiu, detidamente, a metodologia jurisdicional a ser adotada para decisão de conflitos de regras de direitos fundamentais no emblemático julgamento do HC 82.424/RS. O autor alemão Robert Alexy, foi citado como referencial para a técnica da ponderação e o exame de proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira.

Apontar que o STF se preocupou apenas com a questão envolvendo o Terceiro Setor, sua fundamentação e a forma como prestará o serviço público, e de forma retórica criticou o Estado atual, de forma a ser um reproduzidor e não erradicador de desigualdades, e que não tem ao longo do tempo, respondido às demandas e aos anseios da população brasileira, além de deixar ao alvedrio do Governo a escolha de regime de prestação de serviço

público.

Por um lado, o Supremo Tribunal Federal, beneficiando o chamado Terceiro Setor na área filantrópica no Brasil sob o paradigma procedimental de que a crise e as incapacidades do Estado, sem o apoio das Organizações Sociais não conseguiria mais prestar o serviço público, de outro, disse também, que o Mercado só consegue operacionalizar o sistema com a flexibilização de normas constitucionais.

Deixou evidenciado que o poder público deve se preocupar apenas em controlar os resultados nos contratos de parcerias de transferência de serviços públicos não justificando procedimentalmente a legalidade desse entendimento.

Por fim, analisar, o fato de que o Direito não pode se apartar da realidade e da definição das coisas como elas são, isto é, o próprio fundamento do que é Terceiro Setor e a forma como foi fixada interpretação conforme à Constituição, à Lei n.º 9.637/98, não correspondem aos anseios de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), mas sim a uma nova forma do Estado financiar o setor privado, remunerando-o para fazer aquilo que é sua obrigação. Negando assim, toda a luta do Movimento de Reforma Sanitária e a base histórica que fundamentou a saúde pública como direito de cidadania, evidenciado que se fosse aplicado o marco teórico adotado no HC 82.424/RS o resultado necessariamente seria outro.

As metamorfoses jurídicas existentes ao longo da Constituição Federal de 1988 no que se refere a parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, tratadas pelas Leis Federais n.º 9.637/98, 9.790/99 e 13.019/14, somadas ao julgamento da memorável ADI 1.923/DF convulsionou inúmeras regras constitucionais, que serão analisadas de acordo com a perspectiva de conceito de norma de Robert Alexy ao filtrar a forma da interpretação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O resultado, *in concreto*, será avaliado a partir da ponderação modulada pela lei de colisão de princípios e conflito de regras, segundo à qual quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

Esta lei é constituída por três fases: 1) a identificação da colisão de princípios; 2) o

estabelecimento da relação de precedência e, 3) a decisão sobre a relação de precedência à luz das condições do caso concreto.

Para estabelecer as relações de precedência, será necessário seguir três passos: 1) a mensuração do grau de não satisfação ou de não realização do princípio restringido, 2) a avaliação da importância (peso) da realização do princípio prevalente e 3) a demonstração de que a importância da realização do princípio prevalente justifica a não realização do princípio restringido.

Dentro dessa dinâmica fica evidenciada que a saúde com seu desenho no art. 199 da CF (participação complementar das instituições privadas no sistema único de saúde), sob a análise de seu histórico e suas ramificações em vários capítulos da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, *caput* e art. 6º) deveria ser racionalmente analisada não sob a perspectiva de serviço público, mas em real colisão com a atuação do poder público no domínio econômico e social de forma a justificar a decisão no que realmente é considerado “*livre à iniciativa privada*”.

Destacando, ainda, que a saúde é considerada no plano interno como direito fundamental, com previsão não só no art. 5º, *caput*, c/c art. 6º da Constituição Federal, mas também como Direito Humano positivado em diplomas internacionais, como se observa do preâmbulo da Constituição dos Direitos Humanos de 1948 c/c arts. 7º, 11 e 31 da Carta Social Europeia de 1961 c/c arts. 10 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 c/c Carta de Ottawa de 1986.

### 3.1 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A doutrina administrativista aponta quatro setores distintos no que se refere aos Entes e entidades públicos e privados e as relações que podem ser estabelecidas entre eles. Neste sentido, Marinela (2017, p. 241) apresenta a seguinte explicação acerca de cada um:

No primeiro setor encontra-se o Estado, entendido como um todo em que se incluem a Administração Direta e a Indireta. Ao Estado cabe a missão de dar oportunidades isonômicas para que a população tenha acesso a serviços

públicos de excelente qualidade, como uma das formas de reduzir a perversa distância entre a ilha de ricos e o oceano de pobres. A política de desenvolvimento deve prestigiar a geração de empregos e a melhoria da distribuição de renda como pré-requisitos para um país melhor.

No segundo setor, tem-se o mercado no qual vigora a livre-iniciativa e que tem no lucro a sua singular motivação. Em regra, é reservado à iniciativa privada. Entretanto, o Estado poderá intervir diretamente nesse mercado em hipóteses excepcionais, tais como: nos casos das empresas públicas e sociedades de economia mista quando exploradoras da atividade econômica, o que será possível por imperativos da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, sem fins lucrativos (art. 173, CF); de forma indireta, quando fiscaliza ou planeja as diversas atividades, sendo este planejamento determinante para o setor público e indicativo para o privado (art. 174, CF); por monopólios elencados no art. 177, também da Constituição Federal.

Identifica-se, ainda o terceiro setor, que é marcado pela presença de entidades de natureza privada, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse social e coletivo e que, por esse motivo, recebem incentivos do Estado dentro de uma atividade de fomento. São conhecidas como instituições de benemerência ou, tecnicamente, entes de cooperação, que atualmente tiveram suas hipóteses ampliadas em razão da introdução de novas parcerias cujo marco regulatório foi instituído pela Lei n. 13.019/2014.

Por fim, atualmente já se reconhece o quarto setor, sinónimo da economia informal, o qual sobrevive por intermédio de criativos artifícios para fugir das garras do leão do imposto de renda.

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, o Ordenamento Jurídico brasileiro prevê que os serviços de saúde sejam prestados pelo Poder Público e permite a exploração de atividade privada no mesmo ramo, de maneira complementar. Contudo, a Lei n. 9.637/98, objeto de discussão da ADI 1.923/DF, permitir que instituição do Terceiro Setor preste o serviço público de saúde, em parceria com o Estado.

A respeito do Terceiro Setor Rodrigues (1998, p.37) descreve o seguinte quadro sobre as categorias e acerca da natureza jurídica das entidades do Terceiro Setor e as principais características delas:

1 – Associações – são organizações baseadas em contratos estabelecidos livremente entre os indivíduos para exercerem atividades comuns ou defenderem interesses comuns ou mútuos. Estão voltadas para seus membros, compreendendo uma grande variedade de objetivos e atividades, tais como recreativas, esportivas, culturais, artísticas, comunitárias e profissionais (member-serving organizations); 2 – Organizações filantrópicas, beneficentes e de caridade – são organizações voltadas para seus clientes na promoção de assistência social (abrigos, orfanatos, centros para indigentes, distribuição de roupa e comida etc.) e de serviços sociais nas áreas de saúde e de educação

(colégios religiosos, universidades e hospitais religiosos). Também se inclui nessa categoria a filantropia empresarial. Embora estas organizações sejam classificadas como associações no Código Civil Brasileiro, o que as diferencia daquelas são seus valores intrínsecos de altruísmo, boa vontade e serviço à comunidade. 3 – Organizações não-governamentais (ONGs) – como no caso das associações, são organizações comprometidas com a sociedade civil, movimentos sociais e transformação social. Embora também estejam classificadas como associações no Código Civil Brasileiro, diferenciam-se das associações por estarem raramente voltadas para seus próprios membros e estarem sobretudo, orientadas para “terceiros” grupos, ou seja, para objetivos externos aos membros que a compõem. Também se diferenciam das organizações filantrópicas – e isto é questão de honra para as ONGs – por não exercerem qualquer tipo de prática de caridade, o que seria contrário à sua ideia de construção de autonomia, igualdade e participação dos grupos populares; 4 – Fundações privadas – São uma categoria de conotação essencialmente jurídica. A criação de uma fundação se dá, segundo o Código Civil Brasileiro, pelo instituidor, que, através de uma escritura ou testamento, destina bens livres, especificando o fim a ser alcançado; 5 – Organizações Sociais (OS) – Trata-se de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis (áreas de educação, saúde, cultura, meio ambiente e pesquisa científica) mediante qualificação específica. É uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos orientadas para o atendimento do interesse público. As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continua a fomentar as atividades publicizadas e a exercer sobre elas um controle estratégico: demanda resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regula as ações das OS.

Portanto, o Terceiro Setor é uma categoria composta por entidades como associações, organizações filantrópicas beneficentes e de caridade, organizações não-governamentais (ONGs), fundações privadas e organizações sociais.

O termo “Terceiro Setor” foi cunhado nos Estados Unidos da América, no ano de 1978, pelo filantropo John Rockefeller III. A respeito deste fato, Montañó (2010, p. 53), destaca que: “[...] o terceiro setor não é um termo neutro, é de procedência norte-americana, contexto onde associativismo e voluntariado fazem parte de uma cultura política e cívica baseada no individualismo liberal”.

Assim, considerando-se a origem estrangeira da conceituação e da categorização do Terceiro Setor, inspirada e decorrente das peculiaridades do contexto social onde o termo foi cunhado e do período histórico em que ele ocorreu, constatamos que se faz necessário um exercício interpretativo para compreender de maneira precisa tal conceito.

Nesse sentido, é necessário reforçar o fato de que, nas últimas décadas o Estado não conseguiu atender todas as demandas sociais. Com isso, organizações privadas que atuam

em favor de interesses coletivos e sociais passaram a ocupar lacunas deixadas pelo setor público e, assim, passaram a ter enorme relevância no contexto da sociedade contemporânea, tendo em vista a crise vivenciada pelo Estado de Bem-estar Social.

Carvalho Filho (2010, p. 383), em seu estudo sobre serviços públicos e sua classificação, chega à conclusão de que o Terceiro Setor é um *tertium genus*, ou seja, um “terceiro gênero” de entidades de iniciativa da sociedade civil que, agrupadas, contribuem diretamente para a prestação de serviços públicos a partir do desenvolvimento de formas alternativas e concomitantes à atuação estatal. Assim, enquanto entidades privadas que exercem funções públicas, tais entidades firmam parcerias importantes com e para o Estado. A respeito do tema o autor mencionado complementa que:

Além das associações de pessoas exclusivamente da Administração Pública, o Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhe são prestados. O ponto característico nuclear desses regimes consiste em que a parceria do Estado é formalizada junto com pessoas de direito privado e da iniciativa privada, ou seja, aquelas que, reguladas pelo direito privado não sofrem ingerência estatal em sua estrutura orgânica. A elas incumbirá a execução de serviços e atividades que beneficiem a coletividade, de modo que tal atuação se revestirá da qualificação de função delegada do Poder Público. Referidas entidades que, sem dúvida, se apresentam com certo hibridismo, na medida em que, sendo privadas, desempenham função pública, têm sido denominadas de entidades do terceiro setor, a indicar que não se trata nem dos entes federativos nem das pessoas que executam a administração indireta e descentralizada daqueles [...].

Historicamente, o surgimento e o conseqüente fortalecimento das entidades denominadas de Terceiro Setor ocorreu a partir da demanda que a própria sociedade passou a apresentar, tendo em vista a necessidade de serem supridas lacunas decorrentes da ineficiência estatal.

Reformas do Estado não são um assunto novo. Tendo o Brasil como objeto de análise, no que concerne a reformas do Estado, as autoras Juliana Zaganelli, Elda Bussinger e Ligia Bahia (2017, p.66) estudaram em profundidade esse tema e a os fatos que levaram ao surgimento das organizações sociais, vejamos:

A opção pela Reforma do Estado surgiu a partir de 1930 para proporcionar maior eficiência da Administração Pública, tendo em vista os contornos gerados pelo modelo desenvolvimentista que o Brasil adotou. Isso implicou no aumento da dívida pública externa e na crise econômica, que se baseou na “...crise fiscal do Estado”, na “... crise sobre o modo de intervenção estatal” e na “forma

burocrática”. A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito; está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Este Plano Diretor focaliza sua atenção na administração pública federal, mas muitas das suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal. Para Bresser- Pereira, os problemas que envolvem a Reforma Gerencial são: a) a “delimitação do tamanho do Estado”; b) a “redefinição do papel de regulador do Estado”; c) a “recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas”; e d) o “aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar. Pela Exposição de Motivos da Emenda Constitucional Administrativa observa-se que o processo orienta-se pela, busca da eficiência, da eficácia e da qualidade dos serviços públicos. Propõe uma Administração Pública inovadora, aberta a experimentação de novos formatos organizacionais e institucionais ágeis e flexíveis, à revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação de resultados.” A Administração Pública gerencial é uma estratégia para reduzir os custos, promover maior eficiência nos serviços estatais e maior proteção do patrimônio público contra a corrupção. Diante disso, com a intenção de refundar a República, Bresser–Pereira afirmou que: a reforma provavelmente significará reduzir o Estado, limitar suas funções como produtor de bens e serviços e, em menor extensão, como regulador, mas implicará também ampliar suas funções no financiamento de atividades que envolvam externalidades ou direitos humanos básicos e na promoção da competitividade internacional das indústrias locais.

A explicação acima revela que a Reforma do Estado brasileiro se deu em um contexto de busca por maior eficiência e, conseqüentemente, evidencia a clara intenção redução do Estado, por meio de parcerias. E, por parcerias com o Terceiro Setor, entende-se a colocação de dinheiro privado para a execução de atividades e fins públicos. O que, na prática, não aconteceu. Pelo contrário, passou-se a analisar o Terceiro Setor sendo mantido integralmente com o dinheiro público. Essa é a lógica perversa hoje do que se denomina Terceiro Setor, administração privada do dinheiro público.

Logo, a compreensão do Terceiro Setor, sob o ângulo econômico e a partir da origem do termo, gira em torno da ideia de envolver e destinar dinheiro e esforço privados para fins e interesses públicos de uma forma que não veda o próprio Poder Público fazer aportes e parcerias as entidades pertencentes ao setor a fim de contribuir com a concretização das atividades delas que, em última instância, representam os próprios deveres estatais. Contudo, a atuação pública e a aplicação dos seus recursos no Terceiro Setor, deve ocorrer como uma forma de promover e fomentar a solidariedade social e não como a de principal e único financiador de instituições privadas.

Na prática, essa nobre intenção não se efetivou no Brasil. Pelo contrário, o que se viu no país foi uma lógica perversa em que o Terceiro Setor passou a ser mantido de maneira integral pelo dinheiro público. Com efeito, foi efetivada uma administração privada do dinheiro público ou a ser este sentido.

Acerca da atuação do Terceiro Setor na área da saúde, no Brasil, Lima (2015, p. 35) aponta que:

[...] a contratação das Organizações Sociais representa um facilitador para as fraudes e para os desvios do dinheiro público. O fato delas serem instituições privadas, por si só, jamais pode ser considerado como uma vantagem ao sistema público, ainda mais quando algumas regras de organização e de controle da gestão pública são relativizadas com o fim de facilitar a atuação das OSS.

Essa política, em síntese, além de ser ineficaz e de sair mais cara aos cofres do Governo, é privatizadora da rede pública de saúde, porque faz com que o Estado delegue os seus serviços à iniciativa privada com a falsa justificativa de dar efetividade aos mesmos. Mas, ao final, acabará por proporcionar um processo privatizador do patrimônio público da saúde, delegando-o a grandes grupos internacionais do setor, que não precisarão correr grandes riscos, pois quem de fato continuará arcando com as principais despesas e que continuará tendo o dever de prestar o serviço público e garantir os direitos será o Estado. Ou seja, sob a ótica do mercado esse é um ótimo e seguro investimento!

Assim, vê-se que a realidade vivida pelo Terceiro Setor e a relação dele para com o Poder Público brasileiro se encontra em uma posição que exige um olhar atento e crítico dos articuladores do direito, pois valores sociais, princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos na Carta Magna pátria estão colocados em xeque. Inclusive sob a tutela do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário e guardião da Constituição, haja vista que nada justifica entidades privadas praticarem filantropia utilizando, para isso, recursos integralmente públicos.

### 3.2 TRANSFERÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DO PODER PÚBLICO PARA ENTIDADES PRIVADAS

No corpo da ADI 1.923/DF, o voto do Ministro Luiz Fux, designado para lavratura do acórdão que registrou o julgamento em questão, consignou a previsão constitucional de que as atividades de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia, e meio ambiente são deveres do Estado e também da sociedade, de modo que o exercício delas não

é uma atribuição exclusiva do Poder Público e, com isso, a iniciativa privada tem liberdade para também disponibilizar produtos e serviços relacionados a elas.

O ministro relator, contudo, fez a importante ressalva de, ainda que particulares prestem diretamente esses serviços por direito próprio, tais atividades não deixam de serem encaixadas como serviços públicos. Esse entendimento, inclusive, não é novidade no Supremo, tendo em vista que encontra precedente na ADI 1.266, de Relatoria do Ministro Eros Grau.

Nesse sentido e considerando que a Lei 9.637/98 não delega serviços públicos às organizações sociais, conclui-se pela inaplicabilidade do art. 175 da CF/88, o qual prevê a delegação de serviços públicos por permissão ou concessão precedidas de licitação, já que essa regra se dirige aos serviços públicos exclusivos ou privativos, aqueles que somente podem ser prestados pelo Estado.

O Ministro Luiz Fux asseverou entendimento de que a Lei 9.637/98 pretendeu instituir sistema de fomento e incentivo para que tais atividades fossem desempenhadas de modo eficiente pelos particulares, por meio de colaboração público-privada instrumentalizada pelo contrato de gestão.

Também, afirmou que cabe aos agentes eleitos definir o modelo de atuação mais adequado ao projeto político vencedor do pleito eleitoral, ou seja, estabelecer dentre os modelos de intervenção direta ou indireta mostra-se mais eficaz para o atingir as metas coletivas almejadas pela sociedade. Assim, conclui que não há inconstitucionalidade na opção manifestada por meio da Lei 9.637/98, em razão do foco está em fomentar e promover a prestação dos serviços sociais, já que a CF/88 não exige que o Poder Público atue de forma direta e exclusiva, sendo válida a atuação indireta. O Ministro concluiu assim:

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação.

Vê-se que, ao tratar o dever do Estado garantir e efetivar a saúde como algo sujeito a

atuação indireta do Poder Público, por meio de fomento e regulação, a *ratio decidendi* do STF não encarou esse direito fundamental como um bem jurídico constitucionalmente consagrado como direito de cidadania e, conseqüentemente, não enfrentou a saúde com a dimensão social que transcende a mera soma de saúdes individuais, não enfrentou a saúde como um conjunto de condições positivas e negativas voltadas a possibilitar o bem-estar das pessoas, e não adotou a concepção de saúde com um bem público, tal como adotado pelo Poder Constituinte originário, reduzindo-o a mero serviço, *rectius*, produto.

Um desvirtuamento como esse reforça a importância de ser discutido a correção de decisões judiciais, como é proposto no presente trabalho.

A atividade de analisar e corrigir decisões judiciais exige reflexão não apenas sobre textos normativos, mas também acerca da metodologia decisória que conforma o modelo de jurisdição constitucional no qual o julgador está inserido. Neste contexto, seguindo os objetivos do presente estudo, será feita uma análise da decisão do STF na ADI 1.923 à luz da teoria da controlabilidade do ato judicial, de Robert Alexy, a fim de constatar se o julgamento condiz com as balizas constitucionais acerca da discricionariedade da Administração Pública acerca da prestação de serviço público de saúde pelas entidades do terceiro setor.

### 3.3 MUDANÇA DO CONCEITO DE SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL FEITA PELO CONSTITUINTE DE 1988 PARA SAÚDE COMO BEM DE CONSUMO

A Constituição Federal de 1988 trata e garante de maneira ampla o direito à saúde. Como já destacado nos capítulos anteriores, hoje a saúde, no Brasil, goza de status de um direito social fundamental que a Administração Pública deve efetivar na vida dos cidadãos por meio de políticas públicas. Isso é resultado de grandes embates e lutas ideológicas que ocorreram no país.

Esteve na pauta dos debates ocorridos a análise da natureza da saúde como “direito” ou como “objeto de consumo”. A respeito do tema, Garrafa, (2003, p. 52), ao lecionar sobre a desigualdade social e seu reflexo na saúde, destaca a desigualdade entre as pessoas que têm

condições financeiras para acessar aos mais avançados métodos tecnológicos da saúde e a parcela pobre da população que vive na incerteza de ter o que comer em suas mesas:

No mundo globalizado do século XXI, com raras exceções, a saúde passou a ser mais um objeto de consumo no supermercado capitalista de ofertas; quem tem recursos compra boa mercadoria (diálises renais, transplantes, medicamentosos de última geração), quem não tem sucumbe. Em um processo crescentemente perverso de compra e venda, a saúde deixou de ser um instrumento de cidadania e libertação de pessoas e povos.

Sendo assim, as conquistas do Movimento de Reforma Sanitária, até o desenho final da Constituição de 1988 reconhece que a saúde é um direito de cidadania universal, com a construção de uma base de compreensão da concepção da saúde como um bem universal, não se resumindo a mero serviço público tal como entabulou a ADI 1.923/DF. Salles (2017, p. 122), pontua que:

A hipótese sustentada por este estudo consiste na consideração de que o debate acerca da saúde como “bem de consumo” e como “bem de comércio”, opera como corolário do implemento de políticas neoliberais e, nesse sentido, coaduna-se com o modelo de administração gerencial do denominado “público não estatal”, sobretudo no que diz respeito à gestão privada de recursos públicos, que vem sendo flagrantemente incentivada institucionalmente, ora pelo não estabelecimento de obstes legais por parte do Legislativo que, por sua vez, apenas corrobora a onda expansionista de privatizações mediante aprovação de projetos de leis, tais como o Projeto de Lei n.º 4.330/2004 (que dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes), ora pela adesão institucional de entidades do Executivo, representado pelo atual Ministro da Saúde, Ricardo Barros, com o incentivo à adoção de medidas como a criação de um “Plano de Saúde Popular” e do Judiciário, a exemplo da Declaração de Constitucionalidade das Organizações Sociais de Saúde no Julgamento da ADI n.º 1.923 no Supremo Tribunal Federal.

Bahia (2010, p.127) uma das participantes e pesquisadora do Movimento de Reforma Sanitária, há décadas vem chamando a atenção ao modelo de proeminência do privado sobre o público no sistema de saúde brasileiro e a mudança do entendimento da saúde como cidadania para saúde como bem de comércio:

As tentativas de trazer o tema das relações entre público e privado ao prosclênio do debate sobre as políticas de saúde esbarram, contudo, na cristalizada e nem sempre explícita convicção de governantes, parlamentares, magistrados, sindicalistas e técnicos a respeito da inviabilidade da universalização do direito à saúde. Todos apoiam o SUS, mas o velado ou explícito ceticismo e/ou a resignação em relação à mudança dos destinos do SUS, manifesto com clareza pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, com tom, compreensivo e revestido de pragmatismo pelo então ministro da saúde José Serra e de maneira oblíqua pelo presidente Lula, também tem sido acionado por segmentos autodeclarados como esquerda. Até mesmo segmentos empresariais antes entrincheirados contra o SUS passaram a apoiar o SUS.

Salles, (2017, p. 124), mais uma vez, enxergando a profundidade do tema, enxergando a mudança da diretriz de mudança da saúde como direito social básico para as condições de cidadania, mais uma vez se manifesta com clareza:

A saúde como mercadoria é um direito de consumidor, tem quem pode pagar, o interesse é individual. Já a saúde reconhecida como premissa existencial humana é direito de todos, o interesse é coletivo e somente nesta percepção as pessoas se mobilizarão contra a desestruturação do SUS.

Conclui que a inserção da categoria saúde no contexto do que se denomina “sociedade de consumidores” e a sua conseqüente consideração como “mercadoria, conduz a obediência a três regras, enunciadas por Bauman (2008, p. 18-19), como válida para todos os mercados:

Primeira: o destino de toda mercadoria colocada à venda é ser consumida por compradores. Segunda: os compradores desejam obter mercadorias para consumo se, e apenas se, consumi-las for algo que prometa satisfazer seus desejos. Terceira: o preço que o potencial consumidor em busca de satisfação está preparado para pagar pelas mercadorias em oferta dependerá da credibilidade dessa promessa e da intensidade desses desejos.

Assim, demonstra-se claramente que se o STF tivesse adotado em sua razão de decidir a metodologia jurisdicional de análise de conflito entre direitos fundamentais, tal como já discutido, detidamente, no emblemático julgamento do HC 82.424/RS, que adotou o autor alemão Robert Alexy como referencial teórico, o resultado, possivelmente seria de reconhecer o direito fundamental à saúde como direito de cidadania e como tal o resultado do acórdão poderia ser outro.

O que Robert Alexy propõe é a busca da verificação e da possibilidade de adoção de um determinado modelo administrativo, notadamente em termos da constitucionalidade de tal modelo, diante da visão da Constituição como moldura.

Realmente, denota Alexy (2011) que a Constituição funciona como uma moldura para a ordem jurídica, e, exatamente como um quadro, a moldura constitucional estipula um limite, uma fronteira, legitimando no interior desta fronteira, as prescrições normativas válidas. Neste sentido, expõe que esta moldura constitucional pode adotar um dos três modelos:

Um modelo puramente procedimental de Constituição, onde ao legislador tudo é facultado, desde que adotado o procedimento legislativo previsto na Carta

Magna. Um modelo puramente material de Constituição, onde ao legislador nada é facultado, e a Carta Magna condiciona todo o conteúdo do ordenamento jurídico. Um modelo material-procedimental, em que há uma moldura que condiciona e restringe a ação do legislador em relação a alguns conteúdos, por já estabelecer, por si mesma, alguns comandos obrigatórios ou proibições. Deixando liberdade ao legislador para conformar o que não é condicionado pela moldura.

Pelo primeiro modelo não há moldura, ou melhor, há infinitas possibilidades de moldura, que podem ser modificadas a qualquer tempo pelo legislador. Já pelo segundo modelo a moldura se identifica com o quadro, pois será a moldura junto com a tela que trará já o conteúdo material do ordenamento jurídico, não havendo espaço ou liberdade de conformação ao legislador ordinário. E por fim, o terceiro modelo, há uma moldura que condiciona e restringe a ação do legislador em relação a alguns conteúdos, por já estabelecer, por si mesma, alguns comandos obrigatórios ou proibições. Deixando liberdade ao legislador para conformar o que não é condicionado pela moldura.

Portanto, para Alexy, no interior da moldura é que repousa uma parcela de discricionariedade, uma parte da tela que ainda pode ser desenhada. Um espaço de liberdade que Alexy chama de discricionariedade estrutural.

A discricionariedade, neste mesmo contexto de ordem-moldura, também pode advir da impossibilidade lógico-racional de estabelecer se determinado conteúdo jurídico é obrigatório ou proibido em termos da moldura constitucional.

Isto pela incapacidade de se conhecer os limites da Constituição, tanto em termos de cognição empírica (se dada um situação concreta, à luz da Constituição, se há ou não uma consequência jurídica previamente determinada) ou cognição normativa (que exsurge de espaços de decisão, decorrentes do sopesamento de princípios constitucionais que acabam por não revelar precedências entre si; deixando assim espaço para a opção do legislador).

Esta é a chamada discricionariedade epistêmica, que reconhece a existência do Princípio Formal Constitucional da competência decisória do legislador, onde, se não é possível afirmar que há um limite para a ação legislativa, prevalece o espaço de liberdade de conformação para o legislador.

Feito este registro, cabe a pergunta: há vedação constitucional para a transferência da execução de serviços públicos não exclusivos ao Terceiro Setor?

Mais uma vez, fazendo um recorte específico da saúde, no contexto da ADI 1.923, com toda sua carga principiológica, seu conteúdo de direito fundamental e seu desenho construído com bases em um reconhecimento de saúde como direito de cidadania, é que demonstra a falta de fundamentação jurídica e de controle por parte do julgador que englobou várias matérias e conteúdo jurídico que não fundamentam a opção adotada.

A abertura, prevista na própria Constituição, em seus artigos 197 e 209, de que serviços de saúde e educação, por exemplo, possam ser prestados por entidades privadas, não permitem que a saúde e a educação sejam exclusivamente prestadas por entidades privadas e o Estado passe simplesmente a um Estado-Gerencial.

#### **4 A TEORIA DA CONTROLABILIDADE DO ATO JUDICIAL DE ROBERT ALEXY**

O Supremo Tribunal Federal, na análise do emblemático caso do neonazista Siegfried Ellwanger Castan: liberdade de expressão vs. Liberdade de crença, (HC 82.424/RS), adotou o autor alemão Robert Alexy como referencial teórico para a técnica da ponderação e o exame de proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira.

Sendo assim, no presente trabalho, a teoria de Robert Alexy será empregada como marco teórico para análise da coerência da decisão do STF no julgamento da ADI 1.923/DF no que se refere especificamente à questão da saúde (CF, art. 199, *caput*). Para tanto, os principais aspectos da concepção de Robert Alexy acerca da ponderação e do exame de proporcionalidade serão apresentados neste capítulo, inclusive com análise da crítica à decisão que admitiu a possibilidade da saúde pública ser prestada, sem limites, pela iniciativa privada, tal como possibilitado pela razão de decidir da ADI.

Importante salientar que a pretensão de correção da razão de decidir é conceito chave para se compreender a íntima relação entre a distinção estrutural que caracteriza regras e princípios e a capacidade de fundamentação racional das decisões judiciais.

Cotejando todo o arcabouço da saúde descrito na Constituição Federal e a decisão encartada na ADI 1.923 que permite que as Organizações Sociais, como atividade de fomento público dos serviços sociais prestem os serviços de saúde pública, nos leva a um entendimento que a saúde deixou de ser um bem público para um bem privado, com todos os seus desdobramentos jurídicos e políticos que tal percepção enseja, sem que o STF explicitasse o porquê de tal opção jurídica a fim de ser possível entender os fundamentos e princípios jurídicos adotados.

O fundamento de que a Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento de um modelo de Estado e que a maioria política prevalecente no jogo democrático possam pôr em prática seus projetos de governo não são argumentos jurídicos para fundamentar a conclusão a que se chegou.

Alexy (2008, p. 25), na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, inicia sua obra demonstrando preocupação com a controlabilidade da decisão e demonstrando que regras e princípios são espécies de normas jurídicas que se distinguem em razão da estrutura dos direitos que garantem:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional.

Vê-se de plano que Alexy é um teórico fortemente preocupado com a racionalidade e controlabilidade das decisões jurídicas, especialmente no campo dos direitos fundamentais e sua obra está bem longe de defender o decisionismo ou subjetivismos, mas sim buscar respostas racionalmente fundamentadas com amparo na Constituição.

Carvalho Netto (2000) enfatiza a diferenciação entre um Direito superior, a Constituição, e os demais Direitos (infraconstitucionais), que acopla estruturalmente Direito (normatividade) e Política (discricionabilidade), possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política, demonstrando que cabe ao Judiciário um papel central na árdua tarefa de promover não somente segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, destacando:

A força normativa da Constituição, como uma homenagem formal a Konrad Hesse, é reduzida a um mero ideal loewensteineano o que só vem, em último termo, reforçar a força normativa, a idealidade, da facticidade que se revela na continuidade das velhas práticas políticas e jurídicas que a Constituição veio abolir, na medida em que se a eleva à condição de realidade. Ora, se superando os supostos de uma filosofia da consciência, tematizarmos a condição humana como uma condição linguística, discursiva, hermenêutica, veremos que a nossa própria realidade cotidiana e inafastável é permeada de idealidades, de pretensões idealizantes, constitutivas da capacidade linguística como tal. Por isso mesmo a oposição entre a constituição formal tomada como constituição ideal e a efetiva pragmática político-jurídica vista como constituição real é, ela própria, uma construção idealizada, uma armadilha conceitual o que pretendia denunciar, pois, por um lado, é incapaz de revelar a natureza de idealidade normativa das terríveis pretensões idealizantes que ganham curso sob a capa do que denomina realidade, e por outro, absolutiza o poder de regulamentação de condutas da Constituição e

do Direito em geral. Cumpre salientar, portanto, que, por um lado contra a primeira deficiência da visão da Teoria da Constituição clássica, o Direito moderno é um Direito que se volta para a regulamentação de condutas futuras, sendo-lhe inerente a assunção do risco do eventual descumprimento de suas normas.

Freire Júnior (2005, p 48-49) explicitando a força normativa da constituição, na acepção de que a Constituição não deve ser apenas teórica e utópica, mas possível de ser colocada em prática no atendimento dos anseios e necessidades sociais do Estado, assim descreve:

Aliás, independentemente de se pretender categorizar, em qualquer direito fundamental, a existência de um direito subjetivo ou, pelo menos, o seu aspecto objetivo, o fato é que não se pode aceitar a redução da Constituição à mera retórica ou à vitória de Pirro. Disso se extrai a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais. Verifica-se, a partir da força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição. Valmir Pontes Filho, destaca que quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em torna concretos, reais, os fins e objetivos, inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos.

A preocupação de Alexy, dentro do contexto apresentado, é saber se é ilimitada a discricionariedade da decisão judicial, qual liberdade que o Juiz tem para decidir, o que é demonstrado apenas quando o juiz se desincumbe com consistência em suas razões de decidir. A fundamentação da ADI 1.923/DF não foi juridicamente consistente à luz do sistema normativo da saúde quando adotada como direito de cidadania e nem racionalmente coerente em face da teoria de Robert Alexy.

A incompatibilidade de argumentos se dá no seguinte aspecto, de um lado a saúde foi debatida e reconhecidas como questão de cidadania no Brasil, nos moldes do Estado de Bem-Estar Social, ressaltando a relevância das políticas sociais em detrimento da economia capitalista e, de outro lado, o STF com o argumento de que as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

Por meio da avaliação do caso concreto, e com recorte na questão da moldura constitucional da saúde, busca-se demonstrar a ofensa ao “direito fundamental a uma decisão judicial estruturada”, constitucionalmente garantida, e não uma decisão que dependa da vontade do magistrado.

Carvalho Netto (2000), mais uma vez, preocupado com a questão da existência apenas formal de uma norma, ensina que:

Assim, acreditamos que o Judiciário ocupe um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça. Outra característica essencial do Direito moderno é o seu caráter textual. O fato de que só temos acesso às suas normas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos. Portanto, os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, são da maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas. Uma delas é que revela a crença de que todos os problemas e virtudes de nossa vida jurídica dependeriam da qualidade literal de nossos textos legislativos.

No controle de constitucionalidade brasileiro verificamos quando tratamos das técnicas de aplicação de constitucionalidade conhecida como interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Ou seja, um princípio constitucional pode limitar a forma como uma regra prevista na lei é interpretada e aplicada isso sem implicar a nulidade dessa regra sem revogar essa regra, por força expressa do art. 28 da Lei n.º 9.868/99.

Exatamente aqui que não passa pelo crivo metodológico de Robert Alexy a decisão da ADI 1.923/DF, pois a Constituição Federal fez opção clara pelo direito de saúde no Brasil como Direito Fundamental, de cidadania e não como bem de consumo, conforme interpretou a Suprema Corte no sentido de se diminuir a saúde como um serviço público sem análise dos elementos políticos e jurídicos que o forjaram na Carta Constitucional.

Logicamente que a ADI 1.923/DF foi enfrentada sob um prisma referente a algumas questões meramente administrativas, analisando, por exemplo, a contratação de empregado sem concurso público por parte de qualquer ente federado, com exceções legais, o que foi permitido por parte do terceiro setor, um setor de produção de bens e serviços para o mercado, a questão da fiscalização das entidades por Tribunal de Contas ou Ministério

Público, mas de uma forma extremamente rasa diante da profundidade da questão da saúde quando tratada como mero serviço público.

Em outras palavras a ADI 1.923/DF não enfrentou a questão constitucional de que o constituinte originário assumiu e elevou a saúde como bem jurídico, como um dever eminentemente estatal, facultando à iniciativa privada o exercício complementar de sua assistência (art. 199, § 1º, CF/88) de forma a reconhecer o Estado como o garantidor da saúde e não apenas o gerente da prestação de um serviço público, de forma que a teoria de Alexy não chancela essa tomada de decisão, principalmente quando se analisa as três espécies de moldura constitucional adotadas como modelo (modelo puramente procedimental de Constituição; modelo puramente material de Constituição e modelo material-procedimental).

A tutela jurisdicional da saúde vincula-se ao processo hermenêutico que atribui aos textos das normas de proteção à saúde toda a filosofia de sua constituição. Por isso que a discussão acerca da correção da decisão judicial da ADI 1.923/DF, por consequência exige reflexão não apenas sobre a forma como os argumentos foram apresentados, mas também sobre a metodologia decisória que conforma o modelo de jurisdição constitucional no qual o julgador se insere.

Estabelecer a correlação existente no desenvolvimento teórico de Robert Alexy sobre a ponderação de princípios jurídicos como metodologia de decisão judicial e a sua fundamentação racional é uma incumbência do órgão decisor, de forma a estabelecer uma integração entre os atos decisórios e o discursivo.

O reconhecimento da influência dos Direitos fundamentais no sistema jurídico, tendo como efeito a hipótese de colisão de princípios, é conceito chave para se compreender a íntima relação entre a distinção estrutural que caracteriza regras e princípios e a capacidade de fundamentação racional das decisões judiciais.

#### 4.1 PREOCUPAÇÃO DOGMÁTICA DE ALEXY

Alexy diz que os direitos fundamentais podem ser elaborados por diversas teorias.

Eles podem ser abordados pela teoria histórica, teoria sociológica, teoria econômica, teoria filosófica e assim por diante. Seu objetivo, entretanto, é construir uma teoria jurídica e que essa teoria seja uma teoria geral e que seja uma teoria dos direitos fundamentais. O que isso significa? Significa que Alexy não está preocupado com a construção da fundamentação filosófica ou retórica dos direitos fundamentais e nem propriamente com a abordagem internacionalista que parte da perspectiva de Direitos Humanos.

A preocupação de Alexy é com a controlabilidade dos desdobramentos dos enunciados linguísticos, ao buscarmos o real entendimento sobre o entendimento de que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, Alexy entende que por si só esse enunciado não é de Direito Fundamental, até buscarmos a essência do que foi vocacionado esse enunciado para determinar conduta, dentro de uma perspectiva dogmática.

A expressão dogmática apenas explica que a teoria é voltada para o direito positivo e é desenvolvida a partir de categorias da ciência do direito. Alexy (2008, p. 32) destaca:

Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da constituição alemã é uma teoria dogmática. O que faz uma teoria ser dogmática e, em decorrência disso, jurídica é algo pouco claro. É natural orientar-se de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como dogmática jurídica ou ciência jurídica, ou seja, pela Ciência do Direito em sentido estrito e próprio. Se isso é feito, é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa.

A sua análise dogmática se estrutura, portanto em três dimensões (analítica, empírica e normativa). Alexy incorporou essas dimensões em seu pensamento.

A dimensão analítica diz respeito à análise sistemático-conceitual do direito vigente. O que significa isso? A teoria do direito ao longo do tempo constrói categorias jurídicas e conceitos que vão se consolidando e que nos ajudam a compreender o fenômeno normativo, Alexy (2008, p. 34) assim descreve:

A dimensão dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em

relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, por exemplo, no âmbito de argumentos consequencialista. Aqui, interessa apenas a primeira acepção.

A segunda dimensão é a dimensão empírica. É a que se dirige concomitantemente para o conhecimento do direito positivo válido e de como ele é aplicado, ou seja, é sua construção jurisprudencial. Segundo Alexy devido a abertura das normas de direito fundamental, a simples cognição do direito legislado pode não oferecer muita coisa, então essa dimensão se volta tanto para compreensão do direito positivo como para a construção jurisprudencial e para os debates da função consequencialista das decisões. Então essa dimensão é a empírica, assim explicada por Alexy (2008, p. 35):

A caracterização da segunda dimensão como “empírica” não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote com a cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida. É um truísmo afirmar que não se pode concluir pela existência de direito válido – qualquer que seja o sentido que se dê a essa expressão – tão somente a partir de observações como a reunião de um número de pessoas em uma sala, que primeiro conversam e depois levantam a mão. Aquele que quiser formular enunciados sobre direito válido com base em fatos desse tipo deve fazê-lo à luz de suposições que os transformem em fatos jurídicos. Os pormenores desse processo interpretativo são controversos. Por enquanto, interessa apenas o fato de que seu ponto de partida são sempre fatos em um sentido empírico estrito.

A terceira dimensão que Alexy incorpora é a dimensão normativa. Diz respeito à elucidação e crítica da práxis jurídica, sobretudo, da práxis jurisprudencial. Por isso Alexy (2008, p. 36) diz:

A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem a responde. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. Mais adiante será demonstrado que isso é em princípio possível. O problema dos valores surge, sobretudo, quando da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas. Nesse sentido, é possível falar em um “problema de complementação”. E, na medida em que para a identificação do material normativo são necessárias valorações, a esse problema soma-se o problema da fundamentação. No âmbito do direito constitucional o problema da fundamentação revela-se importante, por exemplo, em conexão com as assim denominadas normas constitucionais inconstitucionais ou com a questão acerca da força vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal. O problema da fundamentação também diz respeito, por fim, à questão do porquê da obediência à Constituição, embora, por esse aspecto, ele não desempenhe quase nenhum papel

relevante na dogmática dos direitos fundamentais.

Aqui nessa questão normativa a questão central é, a partir do direito positivo válido, determinar a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem responde. Preocupado com isso a dogmática jurídica deve se preocupar em dar uma resposta racionalmente fundamentada para as questões axiológicas, ou seja, valorativas e morais, que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado.

Percebe-se, portanto, que a proposta de Alexy é construir uma teoria que possibilite controle e racionalidade da aplicação do direito. Controle e racionalidade para evitar o subjetivismo para evitar o decisionismo.

Embora Alexy reconheça que pode dar ênfase a uma ou outra das dimensões e isso varia de acordo com as teorias que dão ênfase a uma ou outra, ele defende que a construção de uma teoria racional do direito só é possível se todas essas dimensões forem combinadas.

Em outras palavras, a aplicação racional do direito exige que a dimensão empírica, analítica ou normativa, atuem em conjunto.

É bem por isso que Alexy diz que sua teoria dos direitos fundamentais é uma teoria integrativa, e estrutural, pois ela integra todas as dimensões da ciência jurídica, da dogmática jurídica e as trabalha como estruturas ou como momentos diferentes de análise discursiva.

Essa teoria estrutural é guiada por duas ideias centrais: 1) Busca da decisão correta e, 2) Fundamentação racional da argumentação e da decisão – controlabilidade intersubjetiva.

Como a ciência do direito é uma ciência não apenas interpretativa a partir de uma perspectiva geral não é uma ciência meramente hermenêutica mas ela é também uma ciência prática, ela obrigatoriamente deve exigir racionalidade da fundamentação.

Os seus juízos exigem essa racionalidade da fundamentação. Então isso pressupõe que o

percurso entre os juízos de disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser sejam na maior medida possível controlável subjetivamente.

No Direito trabalhamos com juízos normativos, regulamentando as condutas e nas que iria ter objetivo não apenas descritivos, mas juízos práticos, então entre as disposições do direito e os juízos do dever-ser existe um percurso, que deve ser preenchido pela fundamentação, que é o trajeto que pode e deve ser controlado.

Entre o dispositivo e o enunciado tem uma construção até a chegada de um dever específico. E esse percurso tem que ter uma racionalidade e um controle intersubjetivo para evitar a construção de qualquer dever. Qual a racionalidade disso? Esse processo que vai demandar um mecanismo de controlabilidade intersubjetiva. A teoria de Alexy defende que uma análise apenas normativa não é capaz de justificar esse percurso e proporcionar uma decisão correta.

Essa é a ideia central da forma existente e proposta por Alexy para construção de uma teoria jurídica e geral. Por isso que os fundamentos da decisão devem ser capazes de justificar o resultado da questão posta em juízo.

Especificamente na ADI 1.923/DF, a justificativa da improcedência em parte da demanda com a análise de modelo estabelecido na Constituição Federal para a execução de serviços públicos sociais como a saúde sob a ótica de serviço público evidencia uma completa ausência de enfrentamento da questão como se coloca, isso é, a saúde como direito de cidadania e de sua análise como direito fundamental.

Sendo assim, apresentar a fundamentação racional das decisões que envolvem a chamada ponderação entre princípios jurídicos como marca característica do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, implica analisar a constitucionalização do direito e sua necessária indagação sobre a influência das normas de direito fundamental sobre toda a produção normativa.

Morais e Trindade (2012), discorrendo sobre a fundamentação racional da decisão sob o modelo de Robert Alexy, esclarecem que:

Partindo da distinção estrutural entre regras e princípios, entendidos como mandamentos a serem otimizados, obter-se-ia como efeito a parametrização das normas do sistema jurídico aos comandos derivados dos direitos fundamentais. Tais comandos poderiam ser identificados por regras específicas presentes no texto constitucional ou, até mesmo, por normas implícitas decorrentes dele. Assim, não bastaria que as normas do sistema jurídico estivessem de acordo com o texto constitucional estrito senso, mas, também, elas deveriam se conformar às normas atribuídas a esse texto constitucional. Essa atribuição, como se verá no transcorrer do texto, seria conduzida por uma decisão guiada pela ponderação de princípios jurídicos.

A relevância da análise deste tema está na universalização metódica reconhecida à ponderação dos princípios jurídicos. O Direito brasileiro, por exemplo, utiliza-se da ponderação dos princípios, tanto para refinar as normas de direito fundamental como para determinar o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, a estipulação do limite significativo e normativo dos direitos fundamentais.

#### 4. 2 CONCEITOS JURÍDICOS DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS PARA ALEXY

Alexy está preocupado em estabelecer a diferença entre enunciado normativo e norma jurídica para depois abordar os conceitos de enunciado de direitos fundamentais e norma de direitos fundamentais. Alexy (2008, p. 50) explica que:

Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. Seria possível responder à pergunta acerca da existência desse tipo de normas por meio da definição segundo a qual são consideradas como normas de direitos fundamentais somente as normas que outorgam direitos fundamentais. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda. Para uma teoria relacionada ao direito positivo tal caminho não é, contudo, recomendável. Isso porque às disposições do catálogo de direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo. Se isso é, ou não, correto é uma questão de interpretação do direito positivo, que não pode ser resolvida por intermédio de uma simples definição.

Em outras palavras, a existência de um direito fundamental pressupõe a existência de uma norma de direito fundamental, porém existem normas de direito fundamental que não garantem direito fundamental.

O ponto de partida de Alexy é que há diferença entre enunciado normativo e norma. De

acordo com a teoria da linguagem existem vários tipos de enunciados, os principais deles são: 1) Enunciados descritivos também conhecidos como enunciados constatativos e, 2) Enunciados performativos.

Os enunciados descritivos não modificam a realidade. Enunciados performativos ao contrário dos constatáveis são atos linguísticos, são racionais. Isso significa dizer: que enunciados performativos são dirigidos a transformar a realidade, a determinar uma conduta.

O direito é uma linguagem. E acima de tudo é linguagem performativa. Ou seja, o direito é vocacionado para determinar as condutas das pessoas. Portanto todo enunciado jurídico deve ser um enunciado normativo, com outras palavras, eu devo extrair dos enunciados jurídicos o sentido que determina a tomada de uma ou outra conduta.

A partir de enunciados performativos temos que extrair os funtores deônticos. Por funtores deônticos entende-se aquilo que é: Proibido (vedado), Permitido (autorizado) e Obrigada (dever). São as funções da linguagem, são as funções que a linguagem expressa o caráter performativo do enunciado, com dupla abertura: Abertura semântica e Abertura estrutural.

Abertura Semântica é quando lemos a norma. Quando nos deparamos com a norma, existe uma abertura semântica interpretativa. A abertura estrutural em termos de posição jurídica é o fato de que um mesmo direito fundamental poder se expressar de várias maneiras diferentes. E Se há uma infinidade de desdobramentos estruturais como posso exercer esse controle?

Essa preocupação é séria. Porque há necessidade de um limite de desdobramento dessa estrutura.

Alexy chama esses outros direitos fundamentais que decorrem do direito previsto, que decorrem de sua abertura estrutural, como direitos fundamentais atribuídos, assim demonstrando (2008, p.74):

Uma atribuição correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida. Para classificar as normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional basta a referência à sua posituação. No caso das normas

atribuídas isso é, por definição, excluído. Logo, sua identificação por meio do critério jurídico de validade não é possível. O mesmo vale para os critérios sociológico e ético. Que uma norma seja válida social ou eticamente não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida. Portanto, nenhum dos três critérios de validade é adequado para identificar normas de direito fundamental atribuídas. Mas todos eles são levados em consideração no âmbito do seguinte critério: uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. É possível perceber que os três critérios são levados em consideração quando se atenta ao papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais.

Do enunciado do direito relativo à saúde estariam direitos fundamentais atribuídos.

Entretanto, entre eles a interpretação e a opção feita pelo julgador da análise da orientação das políticas públicas de saúde no Brasil como constatação de interação mercadológica, não encontra amparo quando compreendemos os elementos constitutivos fundamentais para a categorização da concepção de saúde como direito de cidadania sustentada pelo Movimento de Reforma Sanitária, que contribuiu sobremaneira para o contexto sociopolítico instituído com a Constituição Federal de 1988.

A partir de um direito fundamental podemos ter uma infinidade de Direitos Fundamentais Atribuídos.

Nesse interregno que entra a questão da controlabilidade, Alexy afirma que nesse contexto de criação de direitos fundamentais atribuídos há que se construir uma relação de refinamento que nada mais é que um controle.

Para Alexy não basta uma simples referência ao direito atribuído, não basta uma inferência ao Direito Fundamental para validar um ao outro. Há necessidade de uma carga argumentativa correta e que a sustente.

Como funciona esse processo de argumentação e como ele possibilitará controlabilidade? Com a fundamentação sólida e objetivamente estruturada e, sobretudo, com respeito à opção feita pelo constituinte originário, respeitando aqui a força normativa da constituição.

Sendo assim, a abordagem de Alexy é a pretensão de correção, categoria desenvolvida

como ligação entre a decisão que pondera princípios e a capacidade de sua fundamentação racional, capacidade esta como o *locus* de legitimidade decisória.

O que Alexy pretende é a busca da metodologia que justifique o julgamento racional. Alexy apresenta uma integração de sua teoria dos direitos fundamentais como meio para garantir a legitimidade discursiva das decisões sobre direitos fundamentais, algo já reclamado pela Constituição brasileira, no art. 93, inciso IX.

## **5 DA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 1.923/DF DIANTE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY**

Dentre várias matérias (saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente) decididas no julgamento da referida ADI 1.923/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parcerias com o poder público.

Contudo, a celebração de convênio com tais entidades devem ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (caput do artigo 37).

Até aí nada demais. Muito menos o dispositivo do Acórdão fixando o seguinte entendimento, com a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição em toda a Lei n.º 9.637/98:

Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei n.º 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/93, incluído pela Lei n.º 9.648, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei n. 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei n.º 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei n. 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput do art. 37 da CF*, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput do art. 37 da CF*, e , para nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Entretanto, tais conclusões, de certa forma respeitando integralmente o mandamento constitucional, como deve ser, não foram capazes de responder o voto vencido do Ministro Ayres Britto, que assim se manifestou:

De saída, pergunto, para em seguida responder, o seguinte: a Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 (com redação dada pela Lei 9.648/98) violam a Constituição Federal? O modo pelo qual serão prestadas as atividades “*dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*” desrespeitam as normas constitucionais brasileiras?

Bem, a resposta passa pela revelação do regime constitucional dos serviços públicos, espécie do gênero “atividade estatal”. Regime que tem no art. 175 da Constituição de 1988 a sua viga mestra e o focado contraponto ao princípio da liberdade de iniciativa que se lê no art. 175, a seguir itinerário mental oposto, constante os seguintes dizeres: “*incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*”

Portanto, tocou no busílis da questão, o Ministro Ayres Britto, o tema enfrentado neste artigo que apresenta a complexidade do problema não no plano dogmático de definição doutrinária do surgimento, ou do que é o Terceiro Setor, mas no plano real de como realmente é a natureza jurídica de cada coisa.

O Terceiro Setor é formado por dinheiro privado para fins públicos e não dinheiro público para o particular prestar serviço público, que é o que passou despercebido e decidido pelo STF, principalmente no recorte referente à saúde. Mais uma vez em seu lapidar voto vencido, e não compreendido, assim se manifestou:

Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços públicos de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos oficiais de ensino, a regime geral de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei nº 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado está a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.

O voto condutor do Ministro Luiz Fux, ressaltou que o poder público e a iniciativa privada podem exercer essas atividades simultaneamente porque ambos são titulares desse direito, destacando o seguinte:

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o

resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei n.º 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

Ficou assentado no Acórdão que a questão desafiava uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei n.º 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à Construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I).

E, ainda, que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

A questão não gira em torno da realização do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, ou dúvida se age ou não o Terceiro Setor por direito próprio, ou se a intervenção do Estado no domínio econômico e social ocorre de forma direta ou indireta. Mas, sim, em torno do Estado, patrocinar integralmente o privado para realização do interesse público, descaracterizando assim até mesmo as palavras “fomento” e “cooperação”.

A maior ou menor eficiência da prestação de serviço público por parte do Terceiro Setor ou a forma de reduzir corrupção, não justificam o desaparecimento do Estado com o fortalecimento do setor privado. Furtado (2015, p. 225-226), examinando grandes escândalos de corrupção verificados no Brasil, identificando causas ou vulnerabilidades existentes na legislação, as estruturas e órgãos de controle que propiciaram a ocorrência de fraudes e desvios, destacou o seguinte:

Esse sistema de cooperação, no entanto, tem sido alvo de fundadas críticas quanto aos seus mais diversos aspectos: seja pela baixa efetividade das ações, em consequência da precária articulação intergovernamental e da pulverização de

recursos em detrimento de ações estruturantes de maior impacto e efeito multiplicador sobre a população, o estado ou região beneficiada; seja pela forma como boa parte dos recursos destinadas a essas ações vem sendo alocada no Orçamento Geral da União, por meio de emendas parlamentares individuais ou coletivas, que num contexto de orçamento não impositivo, acabam por enfraquecer o Legislativo, na medida em que o Executivo pode barganhar a execução delas em troca de apoio às votações de seu interesse; seja por fomentar a montagem de esquemas criminosos objetivando a apropriação de recursos públicos em favor de políticos, servidores públicos, empresários e lobistas; seja, enfim, pelas deficiências e disfunções operacionais a propiciar toda sorte de irregularidades em toda a cadeia de execução das ações, tais como: o desaparecimento do Estado para acompanhar e fiscalizar a execução, as negligências funcionais, a pouca transparência e a insuficiência de mecanismos de controle social. A problemática não é nova, tem permanecido ao longo de tempo, não obstante as decisões desta Corte e as recomendações da Controladoria-Geral da União (CGU), na área do controle, além dos esforços normativos e regulatórios, na área dos poderes Legislativo e Executivo. O estado de falência da sistemática foi, enfim, não sem tempo, reconhecido pelo Congresso Nacional, por meio do relatório final da CPMI “das ambulâncias” instalada em 2006, que chega a apontar, como solução, a própria extinção dessas transferências (...). Para sopesar o efeito de eventuais decisões em relação à questão, bem como dimensionar a magnitude dessas transferências, convém tomá-las em termos absolutos e relativos, na fração orçamentária em que elas se situam, ou seja, dentro daquele R\$ 50 bilhões a R\$ 60 bilhões anuais, equivalente a, aproximadamente, 11% do que resta de discricionariedade no OGU. Em 31/12/2006, havia 2.719 convênios, contratados de repasse e termos de parceria, cuja vigência já se encontrava expirada desde 31/12/2015, sem que as prestações de contas tenham, sequer, sido apresentadas aos órgãos e entidades que transferiram os recursos. O atraso médio quase quatro anos, chamando a atenção o caso do Ministério do Planejamento, que tem responsabilidade sobre as prestações de contas de órgãos extintos, como é o caso, por exemplo, da Legião Brasileira de Assistência Social e da Integração Regional, todos extintos em 1995, cujo atraso médio chega a dezesseis anos.

Esta obscuridade que cercou o conhecimento científico e técnico sobre estas organizações no Brasil, não foi um impedimento para sua proliferação. Pelo contrário, nos últimos trinta anos, assistiu-se ao incremento quantitativo do universo das entidades sem fins lucrativos no país, acompanhado da ampliação dos tipos de organização que se habilitaram a classificar-se nesta categoria.

Este crescimento tornou ainda mais complexa a questão de como definir e caracterizar estas organizações. Porque no mesmo e diversificado leque de entidades pode-se encontrar empresas de grande porte e alta rentabilidade, que adotaram a forma jurídica legal de fundações, apenas como meio formal lícito, de proteger-se das exigências fiscais e tributárias; ao lado de associações comunitárias empenhadas em defender interesses sociais ou prestar serviços públicos, que optaram por decisão semelhante pela necessidade de legalizar um movimento informal, que assumiu maiores proporções.

Imprescindível, ainda, voltar os olhos para a questão de fundo, constitucional, à luz da interpretação alexyana e lapidarmente escrita por Bussinguer (2014, p. 12):

A existência de teorias de argumentação jurídica sólidas e objetivamente estruturadas à disposição dos magistrados, de forma que fundamentem suas decisões, não é, por si só, suficiente para o deslinde da questão, se aqueles que deveriam aplicá-las, os juízes, se omitem, tornando-as apenas como justificativas genéricas e sem que de fato, as utilizem como deveriam, aplicando e respeitando as etapas e regras estabelecidas, para que possam produzir decisões que fujam tanto da objetividade massacrante do império das leis, caracterizado como positivismo jurídico, quanto do subjetivismo e solipsismo, não controlado por mecanismos de racionalidade, que fragilizam o Direito como ciência.

Nesse contexto, o cidadão sempre tem o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição. Esse direito fundamental deverá ser o guia às respostas elaboradas pelo Poder Judiciário.

Há uma amálgama historicamente formada em cada sistema jurídico nacional, presente na Constituição Federal, que deverá conduzir o processo judicial de construção do Direito, e aqui a questão da saúde, tal como construída ao longo desses oitenta anos de análise, é que a opção do constituinte de 1988 foi estabelecer a saúde como direito de cidadania.

O direito brasileiro tem se mostrado receptor do desenvolvimento teórico feito por Robert Alexy ao reconhecer aos Direitos Fundamentais a condição estrutural de regras e princípios jurídicos. O problema é que o senso comum brasileiro recepcionou somente parte da teoria de Robert Alexy, deixando de lado a questão primordial de dotar racionalmente a aplicação de princípios jurídicos.

Abbagnano (2007, p. 922), conferindo um sentido próprio às normas jurídicas, apresenta uma questão sobre a dificuldade de se controlar o subjetivismo, o que Alexy trabalhou em suas obras de forma a garantir a controlabilidade do poder do intérprete, vejamos:

Tornou-se comum a doutrina estabelecer a diferença entre regras e princípios jurídicos. Ocorre que, ao reproduzir tal classificação de maneira acrítica, mantém-se o velho problema positivista, seja Kelsiano ou hartiano, relativo à delegação de poderes ao intérprete para que este, ante o seu subjetivismo confira um sentido próprio às normas jurídicas.

Sendo assim, Alexy emprega o conceito de princípios jurídicos num sentido específico.

Entende o autor que o conceito de princípio jurídico deve ser compreendido juntamente com a pergunta pela estrutura dos direitos fundamentais. Isto é, na interpretação dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional alemão haveria hipóteses em que uma norma exclusiva poderia ser deduzida. Seriam casos em que a construção semântica feita no texto constitucional permitiria entender o sentido do seu alcance normativo. Alexy (2008, p. 66) assim destaca:

Nesses casos, em que o texto se mostra claro, estar-se-ia diante de um enunciado normativo de direito fundamental ou uma disposição de direito fundamental, pois a simples proposição jurídica não expressaria a norma. Ou seja, existiriam proposições cuja condição de norma somente poderia ser reconhecida mediante um refinamento, levando em consideração os problemas concretos e as questões empíricas a serem analisadas. Seriam normas atribuídas ao texto constitucional, normas produzidas mediante um refinamento do texto constitucional.

Vê-se assim, que a resolução dos problemas jurídicos envolveria metodologia própria, que, de acordo com a proposição jurídica do texto constitucional, poderia se dar de duas formas distintas. Sendo claras as preposições constitucionais, a norma jurídica seria encontrada mediante o esquema lógico da subsunção, cuja fundamentação seria possível pela simples referência à posituação constitucional.

Alexy deixa claro que não bastaria ponderar princípios jurídicos, como um ato de decisão, se não fosse possível reconhecer a legitimidade deste ato. Para tanto, Robert Alexy defende a fundamentação racional da decisão judicial, mediante a sua teoria da argumentação jurídica – o que, na prática, acarretaria a legitimidade das decisões sempre que houvesse a possibilidade de sua fundamentação discursiva como capacidade racional humana.

Em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy reconhece a ideia de que a aplicação das leis não se restringe apenas a subsunção lógica, a uma atividade silogística, sobretudo, em razão de quatro motivos: 1) a imprecisão da linguagem do direito; 2) a possibilidade de haver conflitos entre normas; 3) a existência de casos que não possuam uma regulação jurídica pré-existente e 4) possibilidade de decisões contra a lei em casos especiais.

Portanto, evidenciado está que a adoção de um determinado modelo administrativo, notadamente em termos da constitucionalidade de tal modelo administrativo, notadamente em termos da constitucionalidade de tal modelo, é útil termos em mente a visão de

Constituição como moldura, conforme defende Alexy.

A Constituição funciona como moldura para a ordem jurídica, e, exatamente como em um quadro, a moldura constitucional estipula um limite, uma fronteira, legitimando no interior desta fronteira, as prescrições normativas válidas.

E dentro dessa moldura que não cabe a abertura semântica da prestação da saúde pública prestada por entidades privadas que ultrapassaram a sua atividade complementar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema enfrentado nesta pesquisa consiste em compreender o equívoco da *ratio decidendi*, isto é, a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão talhada pela ADI 1.923/DF, cuja resposta poderia ser diferente caso adotado o referencial teórico de Robert Alexy, como já definido pelo próprio STF, quando decidiu, analisando detidamente, a metodologia jurisdicional a ser adotada para decisão envolvendo direitos fundamentais no emblemático julgamento do HC 82.424/RS, em que sua teoria foi referência teórica para a técnica de ponderação e o exame da proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira.

Feita a análise dos conceitos e estruturas das políticas públicas, políticas sociais e modelos de sistemas de saúde, ficou assentado que política pública é uma concepção institucionalizada para soluções de problemas públicos tomados em nível político, jurídico e de grupos organizados.

Conceituamos as dimensões das políticas, abordando a formulação de políticas públicas voltadas especificamente para área da saúde, discutindo as categorias específicas: políticas distributivas, regulatórias, redistributivas e autorregulatórias.

De acordo com o modo de atuação do Estado, classificam-se quatro tipos de serviços sanitários, de acordo com as diferentes regiões do mundo e segundo sua atuação no funcionamento da economia e da política: Estado de bem-estar social, Sistema Liberal/Neoliberal, Sistema Socialista e Medicina Tradicional, e, dentro desse contexto ficou muito bem caracterizada na área sanitária a introdução do conceito de Seguridade Social pela Constituição Federal de 1988, e a adoção do SUS como estrutura de direitos fundamentais adotada pelo Constituinte de 1988.

Ficou demonstrado que na história contemporânea a proteção da saúde mais ampla está relacionada a sistemas de saúde universais, públicos e que incorporam à saúde o direito de cidadania. Para tanto foram demonstrados os acessos via assistência social (saúde por caridade); seguro social (saúde como benefício adquirido via pagamento); e, seguridade social (saúde como usufruto de um direito de cidadania).

Para evidenciar o equívoco da *ratio decidendi* de repasse do serviço público de saúde por parte do STF, adotamos como referencial teórico a doutrina de Robert Alexy que reflete em seus ensinamentos a preocupação de um controle rígido por parte do Judiciário na análise dos direitos fundamentais de forma a analisar o direito muito além de uma linguagem, mas acima de tudo, na busca de uma linguagem performativa, ou seja, na busca do enunciado normativo-jurídico do constituinte originário.

Evidenciou-se que o STF discutiu, detidamente, a metodologia jurisdicional a ser adotada para decisão de conflitos entre direitos fundamentais no emblemático julgamento do HC 82.424/RS. O autor alemão Robert Alexy foi citado como referencial teórico para a técnica da ponderação e o exame de proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira.

Com o aprofundamento da pesquisa ficou claro que a redução da saúde a “serviço público” visou apenas cancelar a entrega da saúde pública para entidades do Terceiro Setor e o Estado passou para a condição gerencial, com redução da saúde à lógica mercadológica.

Assentou-se com a decisão da Suprema Corte a otimização integral da reforma do aparelho do Estado iniciada com a Emenda Constitucional 19/90; o beneplácito legal para terceirização não só da saúde, como educação, meio ambiente, ciência e tecnologia entre outros, com repercussões imprevisíveis, principalmente porque não foram os serviços analisados sob o prisma dos direitos fundamentais, e a legalização da transferência dos serviços públicos da forma mais abrangente possível para as Organizações Sociais (Terceiro Setor).

Destaca-se, desde os anos 90, que o fundamento para a valorização do Terceiro Setor seria extremamente vantajoso sob o aspecto da ordem fiscal, inclusive, porque à época da Reforma Gerencial, viviam-se de tempos de crise financeira, e a prestação de serviços por meio de entidades de Terceiro Setor seria mais econômica.

Descortinamos, em síntese, a falta de análise da decisão frente à adoção pela República Federativa do Brasil, em sua Carta Constituinte, após a apresentação de antecedentes históricos, princípios, diretrizes, legislação estruturante, arcabouço jurídico-institucional,

luta do Movimento da Reforma Sanitária, de que a aprovação do capítulo da saúde na Constituição é um direito fundamental.

Finalizamos com a demonstração de que direito fundamental, previsto no catálogo constitucional, na teoria de Robert Alexy, desafia uma fundamentação e construção racional e controlável de suas abordagens dogmáticas, não sendo aceitável a forma tangencial como foi enfrentada a questão, com redução da saúde a mera mercadoria.

Procuramos responder sobre a legitimidade das decisões que adotam normas não previstas expressamente no texto constitucional, ou implícitas às suas expressões, Alexy formula um arcabouço teórico que interliga a noção dos princípios à argumentação jurídica. Sendo os princípios critérios valorativos cuja ordem deve ser otimizada, surge para o jurista a necessidade de harmonizar diferentes comandos conflitantes, criando, para tanto, a regra de precedência condicionada aos limites jurídicos e fáticos de determinado caso concreto.

As proposições jurídicas que estabelecem regras condicionais de precedência de um princípio sobre outro devem apresentar fundamentação racional para satisfazer a pretensão de correção. Seria mediante a pretensão de correção exercida na produção e refutação de argumentos, num dado procedimento judicial específico, que o direito se qualificaria moralmente e integraria o discurso prático geral ao discurso jurídico institucionalizado.

Retórica em torno das vantagens do repasse de serviços públicos ao terceiro setor, invocando razões de ordem fiscal e de opção política das maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralistas ter o direito de pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva, ao arrepio do texto constitucional não é argumento que fundamente racionalmente uma decisão judicial à luz da teoria apresentada por Robert Alexy.

Vale dizer, em síntese que a teoria formulada pelo autor serve de modelo para se pensar a respeito da necessidade da devida fundamentação das decisões judiciais, conforme se exige expressamente o art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

ACÚRCIO, F. A. **Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil**. In: MARCOLINO, H. et al., (Coord.). Projeto Multiplica SUS: curso básico sobre o SUS: (re) descobrindo o SUS que temos para construirmos o SUS que queremos. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

ALEXY, ROBERT. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006.

ALEXY, ROBERT. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação. constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007c.

ALEXY, ROBERT. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ARAÚJO, L. Universalização da saúde esbarra no projeto do estado. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, ano XVI, Edição especial n. 59, p. 30, 2012.

AROUCA, S. A. A História natural das doenças. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P. **Saúde em debate**: fundamentos da reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 16-20.

AROUCA, S. A. Democracia é saúde. In: **Conferência Nacional de Saúde**, 1986. Anais. Brasília; Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 35-42.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008. p. 308.

BAPTISTA. T. W. F. **O direito à saúde no Brasil**: sobre como chegamos ao Sistema Único de Saúde e o que esperamos dele. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. (Textos de apoio em Políticas de Saúde. Organizado por Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998 - dispõe sobre as Organizações Sociais**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm). Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 1º set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 1923**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>. Acesso em: 10 set. 2022.

BLACHARD, O. **O Estado de São Paulo, Primeira Chamada/Economia e Negócios**, São Paulo. p. 4, quinta-feira, 11 de outubro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRAGA, J. C. S; PAULA, S. G. **Saúde e previdência: estudos de política social**. São Paulo Hucitec, 1986.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana**. Tese (Doutorado em Bioética pelo Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

CARVALHO, A. L; NORONHA, J. C (Org.). **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. v. 1. p. 107-140.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, 2000.

COHN, A. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (Org.). **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

COTTA, Rosângela Minardi Mitre. **Descentralização das políticas públicas de saúde: do imaginário ao real**. Viçosa: UFV, 1998.

COTTA, Rosângela Minardi Mitre et al., (Org.). **Políticas de saúde: desenhos, modelos e paradigmas**. Viçosa, MG: ed. UFV, 2013.

COUTO, C. G. Constituição, competição e políticas pública. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 65, p. 95-135, 2005.

DRAIBE, C. Estado de bem-estar, desenvolvimento econômico e cidadania. In: HOCHMAN, G (Org.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. 398 p.

ESCOREL, S. **História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária**. In: GIOVALNELLA, L, et al. (Org.). **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008. p. 385-435.

ESCOREL, S; TEIXEIRA, L. A. História das políticas de saúde no Brasil de 1822 a 1963; do império ao desenvolvimentismo populista In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.); **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**: Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008. P. 333 – 384.

FLEURY, S; OUVENEY, A. M. Política de saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, L et al., (Org.). **Políticas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 1112.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

IULIANELLI, Jorge Atilio Silva. Ética do discurso, direitos humanos e cidadania: cidadania universal contra o mercado total. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, n. 96, v. 30, p. 13-38, jan/abr. 2003.

LIMA, Wantuil Júnior de Angelo. **Direito à saúde e organizações sociais**: uma análise da decisão do STF na ADIN nº 1923/98 sob o prisma das teorias do Sentimento Constitucional e da Constituição Dirigente. 2015. 140 f. Dissertação - Faculdade de Direito de Vitória (FDV): Disponível em: <http://www.repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/216/1/WANTUIL%20JUNIOR%20D%20ANGELO%20LIMA.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

LOBATO, L. V. C; GIOVANELLA, L. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA L; ESCOREL, SARAH; LOBATO L. V. C; CARVALHO, A. L; NORONHA, J. C (Org.). **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. v. 1. p. 107-140.

LUÍSE, D. SUS: uma obra prima inacabada. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, ano XVI, (Edição Especial), n.59, p. 30, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATTA, G. C. **Políticas de saúde**: organização e operacionalização do sistema único de saúde. In: MATA, G. C; PONTES, A. L. M (Org.). Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MÉDICE, A. C. Aspectos teóricos e conceituais do financiamento das políticas de saúde. In: PIOLA, S. F.; VIANNA, S. M. (Org.). **Economia da saúde**: conceito e contribuição para a gestão da saúde. 3. ed. Brasília: IPEA, 2002, n. 149. p. 23-68.

MENDES, E. V. O consenso do discurso e o dissenso da prática social – notas sobre a municipalização da saúde no Brasil. In: CONFERÊNCIA Nacional de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1992. v. 1.

MENDES, E. V. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador, BA: Casa da Qualidade Editora, 2001: Tomo I. 144 p.

- MENDONÇA, E. T. **Enfermagem-saúde**: construindo um saber sobre políticas de saúde, 1977-1980. 2009. 127 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- MONTE, F. **A política e a medicina**. São Paulo: Scortocci, 2010. 486 p.
- MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam Trindade. Ponderação, Pretensão de Correção e Argumentação: O modelo de Robert Alexy para Fundamentação Racional da Decisão. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p. 147-166, dez. 2012.
- NORONHA, J. C.; LIMA, L. D.; MACHADO, C. V. S. Sistema Único de Saúde – SUS. In GIOVANELLA L. et al. **Política e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2008. P. 435 – 472.
- OLIVEIRA, J. A. A.; TEIXEIRA, S. M. F. (IM) **Previdência social**: 60 anos de história da Previdência no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1989.
- PAIM, J. S. **Reforma sanitária brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica, Salvador: EDUPRA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008, 356 p.
- REZENDE, F. C. Porque falham as reformas administrativas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 50, p. 123-142, 2004.
- SALLES, S. M. **Relações de interesse entre o público e o privado**: o trabalho precário nas organizações sociais de saúde no contexto da governamentalidade neoliberal. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito Vitória, Vitória, 2017.
- SANTOS, W. G. **As razões da desordem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, p. 148.
- SEN, A. K. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SILVA, L. M. O.; MATTOS, F. A. M. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v.29, n. 3 (115), p. 135-152, julho-setembro/2009.
- SHUMPETER, J. A. **Capitalism, socialism and democracy**. 4. ed. London: Allen & Unwin. 1952.
- SOUZA, C. Estado da arte de pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. Belo Horizonte, Itatiaia: São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
- VERDU, Pablo Lucas. Tener y Estar Em Constitución. **Revista de Derecho Político**, Madri, n. 75-76, p. 275-285, mayo-diciembre 2009. Disponível em: <http://e->

spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10011/PDF. Acesso em 15 fev. 2023.

VIANA, A. L. A. **Modelos de proteção social e a regulação dos mercados de saúde**, Fórum de Saúde Suplementar. Brasília, 2003.

ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGUER, Elda coelho de Azevedo; BAHIA, Ligia. **Organizações Sociais de saúde e a lei de acesso à informação**: transparência, economicidade e eficiência. Curitiba: Editora Juruá, 2017.