

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FABRÍZIA DA FONSECA PASSOS BITTENCOURT ORDACGY

**SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL E UMA MERCADORIA**

NITERÓI  
2014

FABRÍZIA DA FONSECA PASSOS BITTENCOURT ORDACGY

SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL E UMA MERCADORIA

Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre no Curso de Pós-  
Graduação em Direito Constitucional da  
Universidade Federal Fluminense.

Orientador: Professora Doutora Célia Barbosa Abreu

NITERÓI  
2014

ORDACGY, Fabrízia da Fonseca Passos Bittencourt.

Saúde: um direito fundamental e uma mercadoria – Niterói – 2014. 160 fls.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2014.

1) SAÚDE PÚBLICA. 2) SAÚDE PRIVADA. 3) DIREITO À SAÚDE. 4)  
MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS  
FACULDADE DE DIREITO

Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy

Saúde: um direito fundamental e uma mercadoria

Dissertação aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_ para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Banca Examinadora:

---

Professora Dra. Celia Barbosa Abreu

---

Professor Dr. Eduardo Manuel Val

---

Professor Dr. Felipe Dutra Asensi

NITERÓI  
2014

## AGRADECIMENTOS

Um compromisso como o curso de mestrado, realizado em concomitância com o trabalho e a maternidade, não teria sido finalizado sem a ajuda de um verdadeiro *staff*, com a colaboração e a compreensão de professores e colegas e a força (inesgotável) da minha família. Esta dissertação não é só minha e eu sou eternamente grata àqueles que me ajudaram concluir o curso de mestrado. Principalmente, sou grata a Deus, porque não creio que suas linhas sejam tortas, mas acredito que a minha cabeça possa estar inclinada para o lado errado e é o Senhor quem me apruma.

Começo agradecendo àquela que é o meu maior amor, a minha razão, o meu suspiro, o meu ar. Agradeço àquela que me mostrou que eu entendia muito pouco sobre o amor (que é, na verdade, um sentimento infinito e inesgotável, ainda mais quando diz respeito a ela) e me fez mudar o meu olhar para a vida – tudo ficou melhor, é certo. Muito obrigada a minha menina, a minha filha, a minha Helena, por ter suportado a minha ausência com toda a ternura, paciência e sempre me dando mais amor do que eu acreditava merecer. Este trabalho é muito mais seu do que meu.

Ao André (meu Juba), que sempre jogou em todas as posições, como pai(zão), como colega de trabalho, como crítico, como amigo e como o amor da minha vida, o companheiro que eu escolhi para compartilhar o meu dia a dia. Com ele tudo fica mais fácil, engraçado e divertido. Que capacidade ele tem de me fazer feliz!

Aos meus pais e a minha irmã Didi. Quando todos disseram que era uma loucura eu fazer mestrado com Helena ainda pequena, vocês garantiram que eu seria capaz. Mais do que isto, vocês me fizeram capaz, estando ao meu lado sempre.

Aos Ordacgys, pois dizem que família não se escolhe, mas esta eu escolhi com o meu coração.

À Deise, Simone e Dena, pois nem toda família tem o mesmo sangue. Eu não teria terminando este trabalho sem a ajuda de vocês.

Às minhas primas e aos meus primos (principalmente, Take – que só não posso dizer que é minha irmã de sangue por ter nascido em outra barriga –, Tatati e Júlio). Às minhas tias (especialmente, Tia Lígia, Tia Helena e Tia Bubute) e tios (eu tenho a melhor – e talvez a maior – família!). Aos meus avós, que podem não estar aqui neste mundo, mas estão muito vivos na minha memória mais feliz!

Aos meus amigos. Às Fifis / CEN (Cris, Erica e Gi) e aos Pindas / UFF e agregados, representados por Letícia, a quem eu devo este mestrado e este trabalho (uma amiga

maravilhosa, uma profissional de primeira, de quem sou uma fã assumida), ao Neilton (Band). À Andrea Gama (que se mostrou uma profissional parceira, flexibilizando seus horários para adequá-los aos meus). Aos colegas da Defensoria Pública da União. Aos colegas da 2ª turma do PPGDC, especialmente ao Eric e à Rê (que já durante a seleção para ingresso no curso, eram meus camaradas, com quem eu sempre tenho “grandes encontros” e que são meus amigos para o resto da eternidade!), à Robertinha, ao Pablito, ao Emerson (meu companheiro de estudo) e ao Alessandro (se é que vai aparecer para ler este agradecimento).

Aos meus professores do Centro Educacional de Niterói (pois foi lá que me ensinaram o quanto o estudo é divertido, sempre!), da graduação da Universidade Federal Fluminense e dos cursos e cursinhos da vida. Agradeço especialmente aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, com destaque aos professores Célia Abreu, Eduardo Val, Wanise Cabral, Helena Elias, Marco Antônio, Gustavo Sampaio e Rogério Dultra, minha eterna gratidão pela compreensão no momento de tormenta na minha vida pessoal. Você foram mestres maravilhosos, pois mostraram que educação combina com sensibilidade e solidariedade. Não poderia esquecer, por óbvio, a Ana Paula, pessoa querida que me ajudou quando mais precisei.

Aos professores integrantes da minha banca de qualificação (Célia Abreu, Eduardo Val e Felipe Asensi). Cada observação feita foi uma verdadeira aula.

Por fim, não por ser menos importante, mas por merecer um lugar de destaque (e se eu pudesse colocaria com luzes de neon, fogos de artifício e letras garrafais), agradeço a minha mestre, minha eterna amiga, porque este título é compartilhado com você, porque você é a minha professora do coração... Muito obrigada à Professora Doutora Célia Barbosa Abreu (ainda vamos ler muito este nome!). Você foi uma daquelas surpresas maravilhosas, um verdadeiro presente na minha vida! Muito (muito mesmo) obrigada!

## **RESUMO**

A Constituição da República de 1988, de forma inovadora em relação aos ordenamentos constitucionais anteriores, previu um sistema híbrido de acesso do indivíduo aos bens e serviços de saúde, que são prestados tanto pelo Estado, universal e gratuitamente, como também pelo particular, mediante contratação do indivíduo aos planos e seguros de saúde. Seria salutar a concomitância destes sistemas se houvesse uma harmonia em seu funcionamento. No entanto, o que se verifica, na prática, é a inefetividade do Estado na satisfação do direito à saúde de acesso universal e gratuito e, ao mesmo tempo, o fortalecimento do processo de mercantilização da saúde, com o incremento da lucratividade do setor por intermédio deste mesmo Estado. Este trabalho analisa como funcionam os sistemas público e privado, especialmente a partir da atuação estatal, estudando a dualidade do reconhecimento do direito à saúde e da exploração da mercadoria saúde.

Palavras-chaves: Saúde Pública. Saúde Privada. Direito à Saúde. Mercantilização da Saúde.

## **ABSTRACT**

The Constitution of 1988 included new constitutional provisions which provided for a hybrid system for individuals to access health care. This health care was to be provided not only by the State, to all people without charge, but also by private providers offering individual health insurance plans. The coexistence of these systems would be beneficial if they worked in harmony. However, what we see in practice is that while the state is ineffective in delivering on the right to free and universal health care, the private health insurance industry has become increasingly profitable, through governmental actions. This work analyzes how the public and private systems work, with a special focus on governmental actions, studying the tension between the recognition of the constitutional right to health care and health care as a commodity.

Keywords: Public Health. Private health. Right to Health Commodification of Health.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	11
<b>Capítulo 1: O Reconhecimento do bem <i>Saúde</i>: o despertar de um direito; o surgimento de uma mercadoria</b> .....	14
1.1. Conceitos introdutórios .....	14
1.1.1. Conceito (não terminado) de saúde .....	14
1.1.2. As facetas do direito à saúde: prevenção e tratamento .....	22
1.2. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental, no plano internacional .....	24
1.3 Histórico do Direito à Saúde .....	34
1.3.1. No Brasil Colônia .....	34
1.3.2. No Brasil Império: da Independência à Proclamação da República .....	
1.3.3. No Brasil República.....	39
1.3.3.1. Na República Velha: da Constituição de 1891 a 1934..	39
1.3.3.2. No Estado Novo e no Regime Militar de 64: da Constituição de 1934 a 1969 .....	43
1.3.3.3. Os movimentos sanitaristas da década de 70 e a luta pelo acesso universal à saúde pública no processo constituinte que culminou na Constituição da República de 1988.....	51
1.3.3.4. Na Constituição de 1988: abordagem preliminar.....	54
<b>Capítulo 2: A Saúde como um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro</b> .....	58
2.1. A disciplina jurídica da saúde na Constituição de 1988.....	61
2.1.1. A <i>saúde</i> como um serviço de relevância pública.....	63
2.2. O Serviço Público de Saúde.....	66
2.2.1. O Sistema Único de Saúde.....	77
2.2.1.1. Diretrizes e funcionamento.....	81
2.2.1.2. A (suposta) contradição do Sistema Único de Saúde.....	88

2.2.1.3. Os problemas enfrentados pela saúde pública: da inefetividade à judicialização. A dotação orçamentária e a reserva do possível.....	92
2.3. O Serviço Privado de Saúde.....	98
2.3.1. Os planos de saúde são obrigatórios ou facultativos?.....	103
<b>Capítulo 3: A Saúde como uma mercadoria.....</b>	<b>106</b>
3.1. A mercadoria: saúde pública.....	110
3.1.1. O privado gozando da saúde pública.....	110
3.1.1.1. O compartilhamento do ônus e o gozo exclusivo do bônus pelo setor privado de saúde: a postura omissiva do Estado.....	111
3.1.2. A participação de pessoas privadas na saúde pública: a postura ativa do Estado.....	121
3.1.2.2. A participação das entidades sem fins lucrativos na saúde pública.....	122
3.1.2.3. A participação das empresas privadas de saúde: a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) – um estudo de caso.....	125
3.2. A mercadoria: saúde privada.....	136
3.2.1. Funcionamento da saúde privada, no Brasil.....	138
3.2.2. A Agência Nacional de Saúde: regulação ou omissão?.....	143
3.3.3. Os problemas enfrentados na saúde privada.....	146
<b>Conclusão.....</b>	<b>148</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>153</b>
<b>Anexos.....</b>	<b>161</b>

## Introdução

*É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem (SILVA, 2009, p. 185).*

O objeto de análise proposto para este trabalho é a *saúde*. Decerto, somente apontar aquilo que será estudado, neste caso, não é suficiente. *Saúde* é vocábulo que engloba inúmeros significados e permitiria incontáveis formas de investigação. No entanto, nesta pesquisa a *saúde* de que se tratará será a do indivíduo (saúde individual), o acesso aos serviços e bens de saúde para a tutela de seu próprio bem estar, abandonando a reflexão sobre saúde coletiva e suas consequências, ainda que se possa recorrer ao tema, porém de forma ilustrativa, já que não há independência entre saúde coletiva e saúde individual, e sim concomitância de ações para o cuidado de ambas.

Ademais, como hipótese de trabalho, indaga-se acerca do sistema híbrido de saúde individual que existe atualmente, no Brasil. Desde 1988, a partir da Constituição, foi institucionalizada a saúde universal e gratuita como ônus a ser suportado pelo Estado brasileiro, ao mesmo tempo que se reconheceu que a *saúde* pode ser objeto de exploração, pelo particular, já que é livre à iniciativa privada, segundo o artigo 199 da Constituição de 1988 – sendo certo que o mercado de saúde privada, por ocasião da constituinte, já se encontrava organizado e fortalecido, a ponto de influenciar a escolha do próprio legislador.

Portanto, pretende-se analisar como os sistemas público e privado de saúde individual coexistem, se há – de fato – independência entre ambos e a qual a influência exercida pelo setor privado no setor público de saúde e vice-versa. Desta forma, pretende-se responder o questionamento se o processo de mercantilização da saúde influenciou na satisfação do direito à saúde pública, pelo Estado, ou se, ao contrário, o Poder Público funciona em favor da satisfação de interesses particulares, ainda que isto importe em ônus à própria coletividade. Percebe-se, destarte, a dupla faceta da saúde, no Brasil: trata-se, ao mesmo tempo, de um direito e de uma mercadoria.

Para a realização da pesquisa proposta, foram utilizados dados estatísticos obtidos por intermédio das agências de consulta, mantidas pelo Poder Público, bem como dados informados por setores específicos de saúde, como sindicatos e agências particulares. Neste ponto faz-se necessário apontar uma primeira dificuldade enfrentada na pesquisa, que é a falta de

organização do próprio governo na elaboração e reunião destas informações. Entende-se, no entanto, que o próprio arranjo dos dados que se tem conhecimento permitiria um melhor aproveitamento, pelo próprio Poder Público, dos recursos que possui. Ocorre que, na prática, as informações são truncadas, bagunçadas e desatualizadas, o que já leva a indagação se haveria verdadeira intenção de transparência, pelo Estado, no cumprimento de seu mister constitucional, ou se há uma preocupação maior em aumentar a lucratividade do setor privado de saúde, cegando a população pela omissão de informações minimamente compreensíveis.

Outrossim, foi constatado – ao longo da pesquisa – um universo de trabalhos tendo como objeto da *saúde*, sendo produzido por setores diversos de estudos – como o Direito, a Medicina, as Ciências Sociais, a Economia etc. O interesse interdisciplinar que há no objeto *saúde* indica seu caráter multifacetário. Por isto, recorreu-se a ensaios que, muitas vezes, não se atinham ao “mundo jurídico”, mas permitiram outro olhar sobre o tema, ainda que se tenha enfrentado a dificuldade que há em se utilizar de estudo realizado em ambiente acadêmico estranho, onde os conceitos são modificados e muitas vezes afetos ao próprio setor. Ainda assim, preferiu-se uma análise por intermédio do diálogo multidisciplinar, evitando se incorrer em omissões ou superficialidades, no tratamento dado ao tema proposto.

Para aquilo que se propõe, o trabalho é dividido em três partes distintas, ainda que interligadas, quais sejam: o traçado do conceito de saúde e sua trajetória de reconhecimento como um direito; a forma de satisfação do direito à saúde, no Brasil, a partir da análise do arranjo administrativo imposto pelo legislador constituinte, bem como a forma como funciona o mercado privado de saúde, apontando as dificuldades enfrentadas pelos setores públicos e privado; e, por fim, o processo de mercantilização da *saúde* e as consequências da participação (ativa e omissa) do Estado, no setor.

Na primeira parte (correspondente ao primeiro capítulo) serão tratados os aspectos gerais da *saúde*, como análise acerca da dificuldade de sua definição, aquilo que importa ao conceito e a trajetória (nacional e internacional) de seu reconhecimento como um direito e a forma como a *saúde* se converteu (também) em uma mercadoria.

O reconhecimento da saúde como um direito ocorreu, no mundo, em data relativamente recente, se comparado com outras garantias (como o direito à propriedade, por exemplo). E de outra forma não poderia ter sido, já que o próprio entendimento da definição de *saúde* está em constante movimento, dependendo de fatores que são externos ao próprio objeto, como a tecnologia, a cultura local, os conhecimentos científicos etc. Este caráter camaleônico da *saúde*, impede que haja sua conceituação precisa, ainda que seja possível serem traçadas condições genéricas que lhe permitem caracterizar.

A primeira parte deste trabalho, então, pretende apontar as idiossincrasias que fazem do objeto *saúde* um verdadeiro desafio para seu estudioso. Por esta razão, optou-se por trazer, inicialmente, os conceitos do objeto de estudo com escopo de delimitá-lo e adequá-lo à realidade brasileira. Ademais, salientou-se como a ordem jurídica nacional sofreu direta influência do tratamento do tema (reconhecimento da saúde como um direito) pelo Direito Internacional, tendo se destacado, de forma sumária os principais documentos internacionais que tratam do direito à saúde e a maneira como induziu o ordenamento jurídico pátrio, ao longo do processo histórico que culminou na Constituição de 1988, quando o direito à saúde foi reconhecido de forma universal e gratuita.

Na segunda parte deste trabalho (que corresponde ao segundo capítulo), após assentada a forma como o legislador constituinte de 1988 previu o direito à saúde (pública e privada), foi traçado o arranjo organizacional dos serviços de saúde, tanto o prestado pelo Estado, no exercício da atividade que lhe foi imposta pela norma constitucional, quanto o prestado pelo particular, sob regramento e fiscalização do Poder Público. Ademais, foram trabalhados alguns dos problemas enfrentados pelo setor público, especialmente a falta de efetividade da norma constitucional que incumbe ao Estado a satisfação da saúde universal e gratuita, que enseja o processo de judicialização excessivo e crise da própria legitimidade do Estado brasileiro. Na mesma oportunidade, complementando o estudo proposto, foi analisada a forma como funciona o mercado de saúde privada, questionando-se acerca da obrigatoriedade da contratação do setor pelo particular, no atual sistema jurídico nacional.

Por fim, na última parte deste trabalho (correspondente ao terceiro capítulo), foi tratado o modo de exploração da *saúde* no seu processo de mercantilização, sendo traçada a vantagem da *saúde* como uma mercadoria rentável, as consequências advindas deste processo econômico, especialmente em detrimento da coletividade. Ademais, tendo em vista que o Estado brasileiro também agrega o ônus de controlar o mercado privado de saúde, tentou-se avaliar se a atividade que lhe foi imposta pelo legislador constituinte tem sido cumprida de forma satisfatória, ou se a atuação estatal se apresenta como mais um engodo adotado para favorecer parcela específica da população.

Há, ainda, a juntada de três anexos no final deste trabalho, com escopo de facilitar futuras pesquisas sobre o tema. Optou-se, assim, por apresentar alguns documentos de onde foram retirados dados que ilustram as conclusões obtidas, mas que, no entanto, não estão disponíveis facilmente ao pesquisador do tema.

## Capítulo 1: O Reconhecimento do bem *Saúde*: o despertar de um direito; o surgimento de uma mercadoria

### 1.1. Conceitos introdutórios

#### 1.1.1. Conceito (não terminado) de saúde

*Saúde* é palavra que engloba inúmeras acepções, sendo necessário, pois, apresentar a forma como será entendido este vocábulo no presente trabalho, considerando que a precisão terminológica é indispensável para evitar possíveis ambiguidades e incompreensões<sup>1</sup>. Registre-se que não há uma unanimidade em relação à conceituação buscada, existindo apenas pontos que são comuns a todas as acepções existentes. Será adotada a acepção jurídica de *saúde*, entendida com um direito fundamental social (ou um direito fundamental de segunda geração ou dimensão<sup>2</sup>).

O Direito tutela bens que, ao serem escolhidos como objeto de proteção jurídica, passam a ser adjetivados como *jurídico*, isto é, *bem jurídico*. Não é diferente com o direito à saúde, pois a tutela jurídica da *saúde* tem por escopo proteger o bem jurídico *saúde*. Desta forma para se chegar à acepção jurídica de *saúde*, isto é, da *saúde como um direito*, antes deve ser analisado o conceito de *saúde* como um *bem*, pois este é a causa determinante daquele (*saúde* como *direito*), até mesmo em razão de o conteúdo do direito à saúde depender do que se entende por *saúde*.

Por outro lado, a saúde entendida como um *bem* é a construção que se obtém por meio da sua própria evolução histórica, pois o reconhecimento de que cada ser humano é titular do direito à saúde é uma conquista recente, que favorece (ou deveria favorecer) a toda a humanidade, já que se trata de direito que, afinal, está ligado à própria vida.

---

<sup>1</sup>ÁVILA (2004, p. 17) esclarece com precisão que a *necessidade de distinção não surge em razão da existência de diversas denominações para numerosas categorias. Ela decorre, em vez disso, da necessidade de diferentes designações para diversos fenômenos*, tal qual como ocorre ao se falar de saúde, que pode ter inúmeros sentidos, a depender do contexto (fático, histórico, social) em que se utiliza a expressão.

<sup>2</sup> Para fins metodológicos, serão adotadas as expressões “gerações” e / ou “dimensões” de direitos fundamentais, malgrado se conheça a discussão terminológica existente. Em que pese o debate e sua importância na esfera teórica, o presente trabalho não só não pretende esgotar o tema, como se propôs somente a fazer um simples apanhado histórico da evolução dos direitos fundamentais para se chegar a proteção à saúde, de forma que a discussão acerca da precisão ou imprecisão do termo “geração”, ou a melhor ou pior utilização do termo “dimensão”, não tem cabimento neste momento, ainda mais se considerando que há consenso no que diz respeito ao conteúdo das respectivas “gerações” ou “dimensões” de direitos.

Em uma concepção sintética, diz-se do *bem saúde* ao se designar a condição idiossincrática de cada ser humano, ou seja, sua capacidade de estar em harmonia com o seu próprio corpo, em pleno gozo de suas faculdades físicas e psíquicas e, por esta razão, com saúde. Enquanto um *direito*, a aceção de saúde é moderna e está ligada ao direito social fundamental às prestações (preventivas ou de assistência médica) que garantam a saúde de cada indivíduo<sup>3</sup> ou da coletividade.

A aceção de *saúde* variou ao longo do tempo, sendo certo que seu conceito é *social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e preconceitos sobre o processo de saúde* (GLOBEKNER, 2011, p. 30).

Não se pretende, no entanto, fazer uma análise apurada sobre as diversas aceções de *saúde* ao longo do tempo e nas mais variadas sociedades, pois se fugiria ao tema proposto. Todavia, alguns dados históricos são essenciais para construção da aceção da *saúde* como um bem até que se chegue à noção de *saúde* como um direito. Desta feita, para que não se omitam ideias centrais, ainda que se corra o risco de incorrer em alguma superficialidade, será feita uma análise geral da evolução da noção de *saúde* como um bem até que se chegue à *saúde* como um direito, tendo como parâmetro a história europeia, já que o Brasil – por sua colonização europeia e a inevitável influência que sofreu pelo sistema jurídico alienígena – sempre esteve com seu olhar voltado para o outro continente.

Os povos primitivos explicavam a doença dentro de uma concepção mágica do mundo, já que não tinham acesso às tecnologias da modernidade que permitem atribuir os sintomas às doenças, de forma que a pessoa doente era vista como *vítima de demônios e espíritos malignos (...), é a patologia com faceta de mitologia* (SCLIAR, 2002, p. 14). Durante muito tempo da história conhecida da humanidade, a justificativa “mágica” da doença foi utilizada, ainda que se possa perceber momentos pontuais de seu abandono, tal qual ocorreu durante a Antiguidade grega (século V a.C.)<sup>4</sup>, por exemplo.

---

<sup>3</sup> DALLARI (2011, p. 13) explica que *sob o aspecto jurídico, devemos entender saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social.*

<sup>4</sup> Em que pese o abandono da justificativa “mágica” da doença pelo povo da Antiguidade grega, tal fato não ocorreu pelo conhecimento científico, decerto, que ainda não tinha atingido grau de evolução que permitisse justificar a moléstia pela existência de vírus ou uma bactéria específica, por exemplo. Em verdade, os gregos daquela época cultivavam a religião panteística – cultuando a divindade da medicina (deusa *Asclepius*), além da saúde (deusa *Hygieia*) e da cura (deusa *Panacea*) –, que permitia o abandono do fator mágico da doença, além de seus estudos traduzirem uma visão racional da medicina empírica (que pode ser observada a partir dos escritos atribuídos à Hipócrates, que datam o período entre 460-377 a.C.). (SCLIAR, 2002, p. 27).

A acepção mágica da doença, durante a história da humanidade (europeia, principalmente, importante para este estudo considerando o “cordão umbilical” que liga a história do Brasil à Europa, pelas razões já expostas), por vezes perdeu forças e em outros momentos foi retomada. Durante a Idade Média na Europa, por exemplo, a concepção mágica da doença era mais latente, especialmente em razão da religião e da força da Igreja, neste determinado momento histórico europeu. A explicação mítica da doença é ainda mais utilizada pelos indivíduos do passado em virtude da inexistência de técnicas científicas que justificassem a moléstia, o que permite compreender o paulatino abandono do misticismo durante o Renascimento, seguindo pelo Estado Moderno, quando os avanços dos estudos científicos dão outros contornos às doenças, que passam não mais a serem vistas como um castigo divino, mas explicadas por razões científicas.

A modernidade assiste ao nascimento da nação-estado, o que representa um considerável reforço para a noção de corpo social, um conceito necessariamente modulado pelo contexto histórico. (...) E a modernidade trará a dissociação entre o universo mítico e o universo real, entre alma e corpo. (...) a História começa a substituir o mito, a ciência toma o lugar da teleologia. (SCLIAR, 2002, p. 41/42)

Portanto, no século XVIII, por força do Iluminismo europeu e com a retomada dos conhecimentos gregos (ainda durante o período renascentista), o homem voltou a ser o centro das preocupações políticas e sociais, fato que acarretou o abandono gradual do caráter mítico das doenças. Foi neste período que nasceu o primeiro conceito de *saúde*, entendida como ausência de doença, logo, atribuindo-se ao *bem saúde* um conceito simplista.

FOUCAULT (1982, p. 79) identifica o nascimento da medicina moderna a partir do século XVIII, com o nascimento da anatomia patológica, que influenciou no desenvolvimento da medicina social. Ademais, identifica três momentos na formação desta medicina social (medicina de Estado, medicina urbana e medicina da força de trabalho), negando uma concepção muito difundida, no sentido de ter sido o capitalismo que deu origem à medicina coletiva<sup>5</sup>, ainda que reconheça que *foi em último lugar, na 2ª metade do século XIX, que se colocou o problema do corpo, da saúde ao nível da força produtiva dos indivíduos* (idem, p. 80).

---

<sup>5</sup>FOUCAULT (1982, P. 80) apresenta seu entendimento sobre o tema da seguinte forma: *Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se fim do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. (...) Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista.*

No início do século XVIII, desenvolveu-se especialmente na Alemanha, a medicina de Estado<sup>6</sup> - não obstante desde o século XVI, os Estados europeus já se preocupassem com o estado de saúde de sua população, com controle de mortalidade e estatísticas de nascimento, atribuindo-se a atenção dada pelos Estados à política mercantilista, que consiste essencialmente no controle de fluxo monetário e de mercadorias, mas também envolve crescimento da própria população ativa e a possibilidade de produção de cada indivíduo (FOUCAULT, 1982, p. 82). A política médica programada na Alemanha no início do século XVIII e colocada em prática no final do mesmo século, se respaldava, principalmente, no controle da morbidade, na normalização das práticas e saberes médicos (cabia às universidades e aos próprio médicos ditarem a forma como seriam repassados os conhecimentos científicos), na organização administrativa para controlar as atividades dos médicos e a criação de funcionários médicos nomeados pelo governo para tutelar a saúde de sua região (idem, p. 83/83).

Essa medicina de Estado que aparece de forma bastante precoce (...) não tem, de modo algum, por objeto a formação de uma força de trabalho adaptada às necessidades das indústrias que se desenvolviam neste primeiro momento. Não é o corpo que trabalha, o corpo do proletariado que é assumido por essa administração estatal da saúde, mas o próprio corpo dos indivíduos enquanto constituem globalmente o Estado. (FOUCAULT, 1982, p. 84)

No final do século XVIII, no entanto, surge na Europa (a exemplo da França) outra forma de medicina: a medicina social urbana. Com os aglomerados urbanos, os problemas relacionados à falta de higiene passam a ser uma questão afeta ao Estado, que passa adotar a política de segregação do doente (quarentena) e controle de água e ar, além da criação de uma rede de esgoto. Não há uma efetiva preocupação com o cidadão (principalmente, o indivíduo pobre, até porque a pobreza não era vista como um perigo). Nesta fase, preocupa-se, principalmente, com a habitação privada (e não com os indivíduos).

---

<sup>6</sup> Foucault (1993, p. 81) aponta não haver uma razão estudada pelos historiadores que possa justificar o desenvolvimento da polícia médica na Alemanha do século XVII. No entanto, ele aponta algumas causas: *Alemanha só ter se tornado um Estado unitário durante o século XIX, antes existindo unicamente uma justaposição de quase-estados, pseudo-estados, de pequenas unidades muito pouco estatais* (o que importava em instabilidade política); além do *não-desenvolvimento econômico ou a estagnação do desenvolvimento econômico da Alemanha, no século XVII, depois da guerra dos 30 anos e dos grandes tratados entre a França e a Áustria*, que ensejou no aparecimento uma *burguesia cujo impulso econômico foi bloqueado no século XVII, não podendo encontrar de que se ocupar e subsistir no comércio, na manufatura e na indústria nascente*, de forma que *procurou, então, apoio nos soberanos se constituindo em um corpo de funcionários disponíveis para os aparelhos de Estado que os soberanos eram obrigados a organizar para modificar, em seu proveito, as relações de força com os vizinhos*. Desta forma, *o Estado alemão teria nascido onde não havia potência política ou desenvolvimento econômico e precisamente por essas razões negativas*, sendo certo que *as análises históricas sobre o nascimento da ciência e da reflexão sobre o Estado, no século XVIII, têm somente por objetivo explicar como e porque a medicina de Estado pôde aparecer primeiramente na Alemanha*.

Neste período, o aumento dos aglomerados urbanos faz notar a maior possibilidade de propagação de doenças, o que gerou um *medo urbano*. A resposta dada pelo Estado foi o esquadrinhamento da população das cidades para higienizar o reticulado urbano em casos de urgência, por meio da quarentena (...). Mas, além das situações epidêmicas, e justamente para evitá-las, desenvolve-se sistematicamente a análise dos locais potencialmente perigosos... (TORRONTEGUY, 2010, p. 79)

A medicina da força de trabalho, ao contrário da medicina social urbana, tem por objeto a plebe. O desenvolvimento desta fase ocorre, inicialmente, na Inglaterra (principalmente pelo desenvolvimento da indústria, com o surgimento da classe proletária. Durante a revolução industrial<sup>7</sup>, a medicina passou a ser voltada essencialmente para o controle da saúde e do corpo das classes mais pobres para torna-las aptas ao trabalho e menos perigosas às classes mais ricas<sup>8</sup>.

Ocorre que em qualquer desses três momentos destacados da medicina social (medicina de Estado, medicina urbana ou medicina da força de trabalho), pode-se falar em um direito à saúde. Não obstante a preocupação do Estado em organizar a medicina, estimular determinadas práticas de higiene ou tutelar determinada camada popular (proletariado), estas políticas públicas não visavam ao homem, em si, por sua condição humana (e, como tal, sujeito de direitos), mas eram, a bem da verdade, formas de controle social. O bem *saúde* não era objeto da tutela do Direito em favor do homem, mas em favor de alguns homens e para manutenção destes no poder.

Essas três etapas históricas sistematizadas por Foucault permitem compreender que a saúde pública é o exercício de um poder e que a ideia de um *direito* à saúde não está na origem da saúde pública.

(...)

Somente depois que o Estado já exercia o poder por meio da saúde pública é que ocorreu o reconhecimento de um direito à saúde. (TORRONTEGUY, 2010, p. 79/80)

No contexto internacional, no início do século XIX (precisamente, em 1902), foi criado o primeiro organismo internacional de cooperação na área de saúde, a Organização Pan-Americana de Saúde. A saúde, então, iniciava o processo de deixar de ser uma questão doméstica e afeta somente às políticas públicas de cada país, passando a ser também uma preocupação de toda a comunidade internacional – o desenvolvimento da saúde no contexto

<sup>7</sup> No desenrolar da revolução industrial, especialmente na Inglaterra, a partir do século XVIII, havia a necessidade de se apaziguar a revolta dos trabalhadores. Estes clamavam por melhorias de vida e de condições de trabalho. Como forma de conciliar seus interesses com a preocupação da classe burguesa na prevenção de contágio de doenças - uma vez que, na época, as cidades viviam entulhadas de gente, fato que, aliada à má higiene, facilitava à propagação de doenças – o Estado liberal assumiu à frente para propiciar os serviços de saúde, já que o modelo liberal de Estado, preponderante nesta época, colocava-o a serviço desta mesma burguesia, o que facilitou a transferência da responsabilidade pela promoção de saúde. (DALLARI, 1988, p. 329)

<sup>8</sup> FOUCAULT, 1982, p. 97.

internacional será objeto de análise mais à frente, porém, neste momento, se sinaliza de forma superficial os acontecimentos, em plano internacional, para que se chegue a compreensão daquilo proposta, isto é, do conceito (não terminado) de saúde.

Após a Segunda Guerra Mundial, tendo sido o ser humano erigido ao centro de todo o ordenamento jurídico, nacional e internacional, entende-se que a saúde passou a ter contorno de direito (humano), o que pode ser observado dos inúmeros documentos internacionais assinados a partir de então, mas especialmente da criação de um novo organismo internacional próprio (e não restrito a uma única área específica, como ocorre com a Organização Pan-Americana de Saúde) que tem por fim ações voltadas para a saúde (amplamente considerada) dos indivíduos, a Organização Mundial da Saúde.

Assim, no contexto de humanização do Direito, o ato constitutivo da Organização Mundial de Saúde (que passou a vigorar em 7 de abril de 1948) trouxe em seu preâmbulo conceito de saúde (como um bem) como sendo *um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*, isto é, reconheceu a necessidade de um equilíbrio entre o indivíduo e seu meio externo. Neste mesmo preâmbulo há o reconhecimento expresso da saúde como um direito, dispondo o texto que *gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social*.

O conceito de *saúde* trazido no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde foi muito criticado pelo seu aspecto abstrato e por suscitar dúvidas quanto a sua extensão e a sua aplicabilidade. No entanto, não se deve olvidar sua importância e o marco no reconhecimento da *saúde* como um direito humano internacionalmente garantido, permitindo que o bem jurídico deixe de ser uma simples preocupação dos Estados – que não se vinculavam a qualquer obrigação na realização da saúde da população, que era garantida por políticas públicas que ficavam ao alvedrio da própria Administração Pública, influenciada, principalmente, pela classe dominante e pela própria necessidade de tutelar a economia deste mesmo grupo – passando a ser uma preocupação internacional, constituindo verdadeira obrigação estatal.

É certo que nem sempre o *bem estar completo* está ao alcance do Estado e pode ser traduzido em uma política pública, já que o ser humano é um animal permeado de idiosincrasias que fazem com que cada um seja único e *sui generis*. Assim, a compreensão da expressão “completo bem estar físico, mental e social”, que deve ser objeto de política pública pelo Estado, deve ser entendida de forma objetiva.

Desta maneira, é dever do Estado permitir o acesso de todos os indivíduos aos instrumentos possíveis para que busquem o seu *completo bem estar físico, mental e social* na proporção e da forma que desejem, afirmando, afinal, que a *saúde* como um bem deve ser entendida como a busca constante de tal estado (e viabilizar esta busca é o que traduz o direito à *saúde* de todos os indivíduos), uma vez que qualquer redução na definição desse objeto o deformará irremediavelmente (DALLARI, 2009, p. 94).

De todo modo, o conceito de *saúde* trazido pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, independentemente de qualquer crítica de que possa ser alvo, serve até hoje de parâmetro para construção de outras acepções de *saúde* (como bem e como direito). No contexto latino-americano, por exemplo, por ocasião da realização da I Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1994, foi estabelecido o conceito de *saúde integral*, assim definida como *a capacidade e o direito individual e coletivo de realização do potencial humano (biológico, psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento*. O conceito oferecido, além de se apresentar em consonância com as diretrizes estabelecidas pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, também traz um grau maior de operabilidade, mostrando-se passível de prática no plano concreto.

Além disso, deve-se atentar que o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde comporta outros valores, além do próprio conceito de *saúde*, que melhor delimitam a compreensão de *saúde* como um bem, influenciando nos contornos dados ao próprio direito à saúde. O Preâmbulo assim dispõe

Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;

(...)

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

(...)

(Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, 1946)

Portanto, Organização Mundial de Saúde reconhece a *saúde* como um bem jurídico universal, que passa a ser de responsabilidade de todos os povos, organizados ou não em Estados, além de prezar pela solidariedade humana, determinando que haja um

compartilhamento dos ganhos e avanços (científicos e sociais) entre os povos, para que todos sejam igualmente capazes de garantir o direito à saúde de cada ser humano, de forma eficiente e eficaz.

Assim,

A contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde é inegável, servindo de referência à operacionalização de diversas leis sanitárias. Primeiro, porque, ao associar o conceito de saúde ao de bem-estar social e psíquico, exprime a ideia do ser humano em relação com o seu meio. Segundo, porque enaltece a saúde com um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, tanto do indivíduo – tomado isoladamente – como da humanidade. (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 10)

O bem *saúde* não é, portanto, um conceito imutável, tampouco pertencente a uma determinada área de conhecimento. O seu conteúdo é objeto de interferências políticas e sociais, além de sofrer influência das evoluções tecnológicas, que também acabam por determinar as políticas públicas para consecução do *direito* à saúde pertencente a cada indivíduo, inclusive com as escolhas administrativas que são feitas no exercício da atividade estatal de sua tutela.

Qualquer que seja a acepção de *saúde*, a verdade é que todas elas permitem concluir que ninguém, sozinho, pode ser responsável por sua própria saúde<sup>9</sup>, já que fatores externos, de meio ambiente, são necessários para viabilizar o estado de saúde de cada indivíduo, por exemplo. O que existe, na realidade é um *continuum na noção de saúde, que tem em um de seus polos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados* (DALLARI, 2009, p. 94).

Todavia, as inúmeras acepções de *saúde* não excluem dela os pontos que lhes são comuns: trata-se de um direito humano fundamental (*saúde* como direito), que impõe aos povos um caminhar contínuo em busca do *estado de completo bem-estar físico, mental e social* de todo e qualquer ser humano, indistintamente (*saúde* como um bem). É, no entanto, variável o seu conteúdo, conforme o tempo, a sociedade e suas peculiaridades e as tecnologias conhecidas pelos homens, podendo-se dizer que há um conceito não terminado de saúde (e que, dificilmente, terminará), portanto.

---

<sup>9</sup> Adotando esta mesma conclusão, o legislador brasileiro atribuiu não só ao Estado, como a toda sociedade, o dever de tutelar a saúde, dispondo no artigo 2º da Lei 8080/90 que a *saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.*

### 1.1.2. As facetas do direito à saúde: prevenção e tratamento.

Não há um conceito estanque de *saúde*, mas a noção de que se trata de um direito humano fundamental permite que sejam traçadas metas a serem alcançadas por meio da promoção de medidas para que se chegue ao *estado de completo bem-estar físico, mental e social*.

No Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, a saúde passou a ser pública, isto é, prestada pelo Estado por intermédio de seus órgãos e instituições, ou em parceria com particulares, porém cabendo à Administração Pública traçar as políticas de saúde que deverão ser efetivadas. Desta forma, é da responsabilidade do Estado brasileiro a satisfação do direito fundamental de saúde de todos os indivíduos, independentemente de raça, credo, função, sexo etc. É interessante registrar que a expressão *saúde pública* amplia a própria conceituação de saúde: sua expressão *conta com um substantivo ampliado em seu significado pelo adjetivo* (SCLIAR, 2002, p. 93), e designa a necessidade de o Estado, seja por meio de seus órgãos ou em parceria com particulares, promover medidas de saúde, voltadas à prevenção e tratamento de doenças (por meio de atividade de assistência médica), ambos amplamente concebidos.

Neste ponto, há de se informar que o presente trabalho estará discutindo exclusivamente a realidade brasileira (o direito à saúde pública no Brasil), ainda que por vezes se lance mão dos sistemas jurídicos alienígenas. Neste caso, o sistema jurídico estrangeiro não servirá como o objeto de análise e sim como método de comparação para que se possa traçar parâmetros que servirão de respaldo para possíveis conclusões sobre o sistema de saúde brasileiro, exclusivamente. A observação é pertinente, uma vez que a saúde, por mais que reconhecida como um direito humano fundamental, tem sua satisfação garantida de formas distintas pelos mais variados sistemas jurídicos que existem no mundo, e seria pretensioso (e até ineficiente) uma análise tão apurada, o que fugiria da pretensão que se tem.

DALLARI (2003, p. 47) sinaliza que

...a saúde não tem apenas um aspecto individual e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição das pessoas todos os meios para a promoção, proteção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo.

Por isto, por mais que a satisfação do direito à saúde dependa de políticas públicas do Estado, é também certo que o comportamento de cada um dos indivíduos da sociedade é

decisivo para que a tutela da saúde seja eficaz, cabendo a cada qual não só não se expor a riscos, como também não criar riscos, assumindo a responsabilidade social que cada indivíduo possui no seio da sociedade.

Assim, por exemplo, em relação à propagação do vírus HIV, espera-se que as pessoas utilizem preservativo para não se exporem ao risco de contaminação, assim como também se espera que aquele que já foi contaminado pelo vírus não exponha seu parceiro ao risco de sua contaminação. Ocorre que nesta seara não há como o Estado se imiscuir, obrigando o cidadão a utilizar preservativo, sendo certo que o que se espera é que os indivíduos atuem solidaria e responsabilmente com seus pares. No entanto, não atuando de forma responsável e solidária, caberá ao Estado adotar as medidas pertinentes, pondo fim ao risco ou amenizando seus efeitos (no caso do exemplo, desde a criminalização da conduta de se valer da contaminação do vírus para também contaminar outras pessoas ou a realização de campanhas de conscientização para o uso de preservativos nas relações sexuais, até o fornecimento de coquetéis para aqueles indivíduos já infectados).

Explica SARLET (2007, p. 8) que

... o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como (...) impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direitos para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde.

Assim, ainda que saúde conte com o comportamento solidário dos indivíduos para que não haja propagação de doenças ou exposição de seus semelhantes a qualquer risco nocivo ao seu bem-estar, caberá ao Estado arcar com o ônus de controlar ou conter as condutas de risco de seus próprios cidadãos (tanto no que toca à exposição ao risco, quanto à criação do risco), já que o mister de o Estado brasileiro arcar com a satisfação do direito à saúde (especialmente após a Constituição de 1988), impede que se busquem as razões que ensejaram a doença para fins exclusivo de responsabilizar o agente de sua propagação – obviamente, investigar a doença para fins de cura ou prevenção não só é salutar, como também é responsabilidade do Estado e dos particulares, que devem compartilhar seu conhecimento –, já que o Estado, em qualquer caso, será responsável por sua prevenção (por meio de campanhas de esclarecimento da sociedade e colocando à disposição de todos os meios de preservação da própria saúde) e cura.

A promoção da saúde (e conseqüente satisfação do direito fundamental à saúde que cada indivíduo possui), por meio de atividades estatais, compreende ações sobre a pessoa e também sobre o meio ambiente. De acordo com SCLAR (2002, p. 100)

Em relação ao nível de aplicação (...) temos cinco possibilidades: *ação governamental ampla*, que implica verdadeira modificação social como forma decisiva de erradicação da miséria, da desnutrição, do analfabetismo; *ação governamental restrita*, que pode ser exercida por um setor governamental – por exemplo, um programa de vacinação contra a poliomielite, conduzido pelo Ministério da Saúde; *ação do profissional em relação ao paciente*, de que é exemplo a consulta médica; *ação auxiliar em relação à pessoa*, um exemplo da qual é a vacinação; *ação individual*, como exercício físico, os hábitos saudáveis.

A saúde considerada como pública conta, portanto, com atuações de prevenção de doenças e também de ações que busquem a cura ou melhora da doença do indivíduo, isto é, ação de assistência médica, e todas estas atuações devem ser promovidas por meio de políticas públicas por parte do Estado.

Decerto, salutar é que o Estado promova campanhas preventivas, estimulado ao indivíduo que cuide de seu próprio corpo – seja participando das campanhas de vacinação, quando lhe é assim indicado, ou seja praticando exercícios, cuidando da alimentação, não se expondo à riscos etc. Todavia, caso o indivíduo adoça, é dever do Estado a promoção de medidas para sua cura, e aqui se encontra outra faceta do direito à saúde do indivíduo.

Portanto, o direito à saúde apresenta inúmeras facetas para sua promoção. Depende desde o comportamento de cada indivíduo da sociedade (impedidos de criar riscos por força da solidariedade social que cada um possui), as atividades do Estado voltadas à proteção (da coletividade e dos indivíduos) e à assistência médica (que comporta desde o tratamento, até a realização de exames médicos, consultas com profissionais e fornecimento de medicamentos).

## **1.2. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental, no plano internacional**

Inicia-se a presente exposição questionando-se qual a necessidade de se analisar o reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental, e desde já se responde por meio de justificativa dada pelo próprio historiador:

A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todo jovem de hoje cresce numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem. (HOBSBAWM, 1995, p. 13)

No caso do direito à saúde, a incompreensão do passado poderia acarretar o entendimento de que a *saúde* sempre foi um bem tutelado pelo Estado, o que não foi, excluindo

da garantia um fator social relevante: o direito à saúde tal qual concebido atualmente, como um direito humano fundamental, é o resultado de reivindicações das mais variadas fontes (cientistas, sanitaristas, médicos, administradores públicos, trabalhadores e, principalmente, cidadãos). Assim, compreender o direito à saúde como um direito humano fundamental não é possível – ou, ao menos, é difícil – sem que se visualize a trajetória que culminou no reconhecimento da *saúde* como um direito.

Talvez hoje pareça óbvio que o acesso aos bens e medidas voltadas à *saúde* seja um direito de todo o ser humano, mas a verdade é que esta concepção (que agora parece tão clara) é fruto da modernidade e o reconhecimento do direito humano fundamental à saúde ocorreu, em plano internacional, ainda no século passado, por mais que no âmbito nacional seja possível constatar seu reconhecimento ainda no século XIX, por alguns Estados, porém mesmo assim trata-se de tutela jurídica recente na história da humanidade (europeia-ocidental).

O direito à saúde, conforme sinalizado anteriormente, não possui sua definição e, tampouco, seu conteúdo fechado e livre de modificações, críticas ou observações. Trata-se de conceito que está sempre em constante movimento, já que engloba em si diversos fatores, como o próprio avanço tecnológico, as peculiaridades de cada sociedade e a própria organização do Estado. Todavia, o que há de comum em qualquer das noções que se possa ter acerca do direito à saúde é de que se trata de um direito fundamental que percorreu uma trajetória que se confunde, muitas vezes, com a própria história do constitucionalismo do mundo ocidental – e a organização doutrinária do reconhecimento dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões.

Ademais, o traçado da trajetória do reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental no plano internacional permite perceber a influência do Direito Internacional na atual configuração do direito à saúde, no Brasil, pois aqui a saúde somente veio a ser tutelada como um direito social e reconhecida como um direito fundamental garantido a todo cidadão, sendo-lhe atribuído caráter universal, a partir da Constituição de 1988.

No Brasil, o reconhecimento tardio da saúde como um direito de todos mostra-se contraditório com o fato de ter o bem jurídico “saúde” intrínseca relação com a vida e o bem-estar do cidadão, de forma que há estreita ligação com a dignidade humana. Assim, pensar que somente em 1988 a saúde pública veio como um direito universalmente garantido a todos os cidadãos, indistintamente, é perceber o caráter anacrônico da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro – ainda que se possa se valer do dito popular *antes tarde do que nunca*, no presente caso.

Os contornos dados ao direito à saúde, no Brasil, pela Constituição de 1988, foram objeto de influência do reconhecimento de tal direito no plano internacional e, ainda que a universalidade e a gratuidade do direito à saúde tenham sido algumas das reivindicações do movimento sanitário instalado na década de 70 do século passado, no Brasil, a pauta de exigência do referido movimento era respaldada em documentos internacionais que reconheciam, dentre outros pontos, o direito à saúde como um direito humano fundamental. No entanto, é importante sinalizar que neste ponto será feita a análise do reconhecimento do direito à saúde somente no plano internacional. Em seguida, será destacada a trajetória do direito à saúde, no Brasil, quando, então, será possível perceber a influência do direito alienígena no ordenamento jurídico pátrio.

Como forma de justificar a posição adotada neste trabalho que sustenta o anacronismo da proteção à saúde, pelo Direito brasileiro, verifica-se que desde o início do século XVII, desenvolveu-se na Alemanha, a medicina de Estado (FOUCAULT, 1982, p. 80), como consequência do desenrolar da política cameralista<sup>10</sup>. Assim, é nesta época<sup>11</sup> que, na Alemanha, se definiu a ideia de polícia médica como consequência da concepção que afirmava que o crescimento populacional significava manifestação primeira da prosperidade e bem-estar de um povo e que, portanto, um bom governo deveria agir para proteger a saúde de seus súditos (DALLARI, 2003, p. 40).

A partir da revolução industrial, o valor saúde foi atrelado à capacidade laboral<sup>12</sup>, passando a ser objeto de tutela especialmente para manutenção do trabalhador sadio (na medida

---

<sup>10</sup> A política cameralista caracterizava o mercantilismo alemão voltado para o aumento da renda do Estado, que passava a reconhecer que seu objetivo não era somente valer-se dos recursos naturais de uma sociedade ou do estado de sua população, mas também o funcionamento geral do aparelho político (DALLARI, 2003, p. 40).

<sup>11</sup> Foucault (1993, p. 48) aponta não haver uma razão estudada pelos historiadores que possa justificar o desenvolvimento da polícia médica, na Alemanha do século XVII. No entanto, ele aponta algumas causas: *Alemanha só ter se tornado um Estado unitário durante o século XIX, antes existindo unicamente uma justaposição de quase-estados, pseudo-estados, de pequenas unidades muito pouco estatais* (o que importava em instabilidade política); além do *não-desenvolvimento econômico ou a estagnação do desenvolvimento econômico da Alemanha, no século XVII, depois da guerra dos 30 anos e dos grandes tratados entre a França e a Áustria*, que ensejou no aparecimento uma *burguesia cujo impulso econômico foi bloqueado no século XVII, não podendo encontrar de que se ocupar e subsistir no comércio, na manufatura e na indústria nascente*, de forma que *procurou, então, apoio nos soberanos se constituindo em um corpo de funcionários disponíveis para os aparelhos de Estado que os soberanos eram obrigados a organizar para modificar, em seu proveito, as relações de força com os vizinhos*. Desta forma, *o Estado alemão teria nascido onde não havia potência política ou desenvolvimento econômico e precisamente por essas razões negativas*, sendo certo que *as análises históricas sobre o nascimento da ciência e da reflexão sobre o Estado, no século XVIII, têm somente por objetivo explicar como e porque a medicina de Estado pôde aparecer primeiramente na Alemanha*.

<sup>12</sup> Foucault (1993, p. 47) rechaça a ideia de ter sido com o surgimento do capitalismo, durante a Revolução Industrial, o nascimento da saúde (ou *medicina coletiva*) como um bem a ser tutelado pelo Estado, informando que *[n]ão foi o corpo que trabalha, o corpo do proletário que primeiramente foi assumido pela medicina. Foi somente em último lugar, na 2ª metade do século XIX, que se colocou o problema do corpo, da saúde e do nível da força produtiva dos indivíduos*.

em que o indivíduo trabalhador era visto como um “fator de produção”, sem considerá-lo por sua condição humana), de forma a não prejudicar a produção industrial<sup>13</sup>, em que pese seja certo ter havido verdadeira evolução até esta concepção, considerando que, nos primórdios do processo de industrialização, não se falava em qualquer proteção à saúde do trabalhador, além do fato de que os ambientes de trabalho eram insalubres, assim como a miséria e a sujeira devastava os grandes centros urbanos, propagando doenças.

Os momentos acima descritos (a medicina de Estado, na Alemanha do século XVII, e a tutela da saúde do trabalhador, durante a Revolução Industrial, principalmente na Inglaterra) ainda não caracterizavam a ocasião em que o direito à saúde passou a ser garantido como um direito daquela população (alemã e inglesa, no exemplo traçado). O direito à saúde foi reconhecido na Europa com o contorno de um direito e não de uma política de controle social a partir do século XX, principalmente. No entanto, sinaliza-se que

A noção contemporânea de saúde pública ganha maior nitidez de contorno no Estado liberal burguês do final do século dezoito. A assistência pública, envolvendo tanto a assistência social propriamente dita (fornecimento de alimentação e abrigo aos necessitados) como a assistência médica, continuou a ser considerada matéria dependente da solidariedade de vizinhança, na qual o Estado deveria se envolver apenas se a ação das comunidades locais fosse insuficiente. Pode-se colocar nessa atuação subsidiária do Estado um primeiro germe do que viria a ser o serviço público de saúde. (DALLARI, 2003, p. 41)

Pelo panorama acima estabelecido, verifica-se que a *saúde* foi reconhecida como um direito por ordenamentos internos de cada país, considerando as peculiaridades de cada local.

Como uma preocupação que ultrapassa os limites dos Estados, a *saúde* veio a ser tratada como uma questão internacional, na Europa, após o surto de cólera ocorrido no século XIX (1832), especialmente pelas consequências econômicas ocasionadas<sup>14</sup>, além da impotência da classe médica diante da moléstia. A partir de então, passaram a ocorrer Conferências Sanitárias

---

<sup>13</sup> Até o período industrial, a preocupação que se tinha era de afastar o doente, o que era feito por meio da própria comunidade que se organizava para criar e manter hospitais, recolhimentos de doentes e de miseráveis, sendo certo que este quadro foi modificado radicalmente por consequência da revolução industrial. Com esta, durante o século XIX, cresceram os centros urbanos que, diferentemente do que ocorria na área rural, impunha maior proximidade entre as pessoas (pois, entre as casa e residências, não havia divisão de extensão de terras, tal qual existia no campo) e, conseqüentemente, maior risco de contato, no caso de doença. O empresariado, então, percebeu que a proximidade espacial entre as habitações operárias e a sua própria residência aumentaria o seu próprio risco de contato, no caso de doenças contagiosas. Ademais, também era preciso manter os operários saudáveis para que não houvesse interrupção da produção. Assim, como o *Estado liberal era instrumento do empresariado nessa fase da sociedade industrial, foi relativamente fácil a transferência das reivindicações operárias de melhores cuidados sanitários dos empresários para o Estado* (DALLARI, 1988, p. 329).

<sup>14</sup> Por conta dos surtos de cólera que ocorreram ao longo do século XIX na Europa, os países passaram a fazer exigências distintas para permitir o trânsito de estrangeiro em seu território, fato que dificultava o escoamento da produção, prejudicando a economia europeia.

Internacionais, datando a primeira o ano de 1851<sup>15</sup>. As Conferências Sanitárias não adotavam a forma de um organismo internacional, tampouco eram organizadas por um organismo internacional que fosse voltado à adoção de medidas sanitárias, mas caracterizavam-se como encontros onde eram discutidas questões científicas e médicas das principais doenças que assolavam a Europa, além de traçar estratégias que fossem comuns aos Estados.

... a partir de 1851, as potências europeias se tenham reunido regularmente em Conferências Sanitárias Internacionais que visavam não só a discussão científica da nosologia, como também apostavam na uniformização das medidas que, sem pôr em risco as populações, minimizassem as demoras e os incómodos a que sujeitavam o comércio internacional. (GARNEL, 2009, p. 231)

Na América do Sul, também sob o impacto das epidemias de cólera, assim como da febre amarela e outras doenças tropicais características da região, foram realizados dois encontros científicos no mesmo modelo dos encontros europeus. O primeiro correu em Montevideú, em 1873, que resultou em ata comum aos Estados signatários (Uruguai, Brasil e Argentina) que previa medidas a serem adotadas na prevenção de doenças como cólera, febre amarela, tifo e peste. Em 1887, novo colóquio foi realizado na cidade do Rio de Janeiro, também com fito de discutir medidas preventivas para controle das doenças que assolavam estes países<sup>16</sup> (LIMA, 2002, p. 36). É possível perceber que, neste mesmo período que compreende o final do século XIX, iniciavam, no Brasil, as campanhas sanitárias preventivas para os males que assolavam os grandes centros urbanos (especialmente São Paulo e Rio de Janeiro), como a febre amarela e a peste bubônica.

Como reflexo do sucessivo reconhecimento do direito à saúde pelos diversos Estados da Europa ocidental, também se preocupando com a tutela da saúde por países do continente americano, surgiu na América o primeiro organismo internacional voltado para a saúde: a Organização Pan-Americana de Saúde, cuja criação data o ano de 1902<sup>17</sup>.

Pouco ainda se investigou por que o continente americano detém a primazia na cooperação internacional em saúde, a despeito da organização de Conferências Sanitárias Internacionais, desde 1851, na Europa.

<sup>15</sup> Sobre a Conferência Sanitária Internacional, consulte-se GARNEL, Maria Rita Lino. *Portugal e as Conferências Sanitárias Internacionais (Em torno das epidemias oitocentistas de cholera-morbus)*. Revista de História da Sociedade e da Cultura, 9 (2009) 229-251, disponível em [http://www.uc.pt/chsc/rhsc/rhsc\\_9/rhsc9\\_229-251\\_mrlg.pdf](http://www.uc.pt/chsc/rhsc/rhsc_9/rhsc9_229-251_mrlg.pdf), último acesso em 17/10/2013

<sup>16</sup> Neste período, Chile, Bolívia e Peru estavam envolvidos no conflito bélico por territórios ricos em minérios, evento conhecido como Guerra do Pacífico, que durou o período de anos compreendido entre 1879 a 1883. Por isto, as conferências sanitárias organizadas na América Latina não tiveram a presença de grande parte dos países que a compõem.

<sup>17</sup> Atualmente, a Organização Pan-Americana de Saúde integra as Nações Unidas como um dos Escritórios da Organização Mundial de Saúde na América.

(...)

A Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) é não só o mais antigo organismo de cooperação na área de saúde, mas também uma das primeiras instituições de cooperação internacional.

(...)

Houve, desde as primeiras décadas do século XX, crescente intercâmbio entre especialistas e gestores de saúde, e o papel do organismo deve também ser considerado em termos de construção de uma agenda comum e, de certo modo, de uma comunidade de especialistas.

(...)

Nos documentos oficiais e nos balanços que marcaram o ano do centenário, o papel de coibir as doenças transmissíveis, notadamente a febre amarela e a peste bubônica, de grande circulação entre os portos, destaca-se como ação preponderante em suas origens. Progressivamente, verificar-se-ia uma ampliação das ações e do próprio conceito de saúde que as fundamenta. (LIMA, 2002, p. 25/26)

A Organização Pan-Americana de Saúde teve influência em inúmeras políticas de saúde estabelecidas no Brasil (assim como em todo continente Americano). No entanto, as ideias que propagava tiveram maior importância especialmente na década de 70 do século passado, também influenciando o movimento sanitário instaurado no Brasil, que foi determinante para o direito à saúde apresentar os moldes que hoje possui na Constituição da República de 1988, em particular com a ideia de ser a saúde um direito de todos.

O papel da OPAS na elaboração e difusão de ideias e projetos de saúde coletiva foi acentuado em vários momentos e continua a influenciar países como o Brasil. Uma das ideias-força na atividade atual da organização é a meta de “saúde para todos”, que, desde a década de 1980, vem sendo abordada pela organização à luz da definição de estratégias adequadas para torná-la realidade.

Esse foi o enfoque da XXI Conferência Sanitária Pan-Americana realizada em Washington, em setembro de 1982. (LIMA, 2002, p. 102)

O movimento sanitário brasileiro será objeto de análise em ponto próprio, porém não se poderia omitir a importância da Organização Pan-Americana de Saúde e a ideia levantada pelo organismo internacional no sentido de ser a saúde um bem a ser tutelado em favor de todos, que influenciou o referido movimento sanitário e, conseqüentemente, a própria Constituição da República, de forma que se preferiu avançar na trajetória que se está traçando sobre a saúde pública no plano internacional, até mesmo para respaldar a importância deste ponto para compreensão dos moldes dado à tutela da saúde ao longo do tempo. Volta-se, então, ao tema proposto.

Após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial e devido à experiência dos governos totalitários, surgiu o movimento para elevar ao âmbito do direito internacional a tutela dos direitos humanos (incluindo, obviamente, os direitos sociais, nos quais o direito à saúde está

compreendido). O mundo de então não era mais o mesmo e, como forma de tutelar a existência da própria espécie humana, inúmeros documentos, tratados, convenções e pactos internacionais foram firmados, e todos com um objetivo comum: impedir que o ser humano sofresse sob a dominação dos seus pares, qualquer que fosse a razão. O homem, dessa forma, passou a ser o centro de atuação dos Estados e organismos internacionais, não se admitindo qualquer violação aos seus direitos, garantidos pela sua própria condição humana.

Portanto, a tendência de humanização dos direitos que veio com a Segunda Guerra Mundial, conforme dito, teve por escopo impedir que o ser humano voltasse a ser algoz e refém de atrocidades entre seus pares, além de buscar obstar a existência de quaisquer distinções injustificadas na proteção de seus direitos, de forma que o ser humano, independentemente de raça, cor, sexo, origem, crença ou qualquer outro fator que o diferencie dos seus pares, passou a ter garantido direitos mínimos para uma vida digna. Ademais, após a Segunda Guerra Mundial, as violações aos direitos humanos também deixaram de ser um problema meramente interno, passando a ser uma questão internacional: ... *cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una ‘cuestión doméstica’ de los Estados, sino un problema de relevância internacional* (LUÑO, 1984, p. 41)<sup>18</sup>.

Foi neste contexto que, em 1948, foi criada a Organização Mundial de Saúde, que passou a ser a autoridade coordenadora das ações sanitárias no sistema das Nações Unidas (do qual, posteriormente, a Organização Pan-Americana de Saúde passou a integrar), sendo de sua responsabilidade desempenhar função de liderança nos assuntos sanitários mundiais, configurar a agenda das investigações em saúde, estabelecer normas, articular opções de políticas, prestar apoio técnico aos países e vigiar as tendências sanitárias mundiais. A saúde, então, passou a ser uma responsabilidade compartilhada por todos os países, o que exige o acesso equitativo e atenção sanitária, além da defesa coletiva frente às ameaças internacionais<sup>19</sup>.

O ato constitutivo da Organização Mundial de Saúde<sup>20</sup>, assinada em 22 de julho de 1946 e que passou a vigorar em 7 de abril de 1948, reservou à saúde o *status* de direito humano fundamental a ser garantido a todo e qualquer ser humano, indistintamente, refletindo a tendência mundial do pós-Segunda Guerra, de erigir o ser humano ao centro de atuação estatal e dos organismos internacionais, conforme sinalizado anteriormente.

<sup>18</sup> Tradução livre: “qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma ‘questão doméstica’ dos Estados, porém um problema de relevância internacional.”

<sup>19</sup> Tradução livre da introdução existente no sítio eletrônico da OMS, disponível em <http://www.who.int/about/es/>, último acesso em 26/07/2013.

<sup>20</sup> <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>, último acesso em 20/08/2013

A Declaração Universal de Direitos dos Homens da Organização das Nações Unidas, de 1948, ainda que indiretamente<sup>21</sup>, reconheceu o direito social à saúde como um direito humano que deve ser garantido a todos. Posteriormente, com a necessidade de se disciplinar os direitos econômicos, sociais e culturais reconhecidos pelo artigo XXII, da Declaração Universal de Direitos dos Homens, foi elaborado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, cujo artigo 12 informa que:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental.
2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para:
  - a) A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento saudável das crianças;
  - b) A melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;
  - c) A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas;
  - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Não obstante a Constituição da Organização Mundial de Saúde considere a saúde um direito humano fundamental e que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais garanta a *criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade*, no Brasil, o bem jurídico *saúde* foi trazido como um direito universal (tal qual demandam todos os direitos humanos, considerando o caráter universal e indistinto de tal categoria) somente com a Constituição de 1988, isto é, 40 anos após a edição do diploma internacional, demonstrando um verdadeiro atraso do sistema jurídico brasileiro, conforme já dito.

Registra-se que os diplomas internacionais citados somente ingressaram no sistema jurídico pátrio após a Constituição da República de 1988<sup>22</sup>, não se podendo olvidar, neste ponto, que a história do Brasil é permeada por sucessivos avanços e retrocessos. Desde a sua independência, com a manutenção da Corte no território brasileiro, à proclamação da República, com a tentativa de manutenção de sua unidade territorial, além dos sucessivos golpes

---

<sup>21</sup> O artigo XXII informa que todo ser humano tem direito à realização de seus direitos sociais sem, contudo, fazer menção expressa ao direito à saúde, estando este englobado na garantia do direito social voltado a todos os seres humanos. No entanto, é curioso que a Declaração de Direitos dos Homens da Organização das Nações Unidas reconheça expressamente o direito à saúde em favor do trabalhador (artigo XXV), ao informar ser um direito humano do trabalhador a garantia de um padrão de vida que lhe permita uma vida com saúde, demonstrando resquícios de um sistema liberal instaurado anteriormente à edição do documento, que vinculava a saúde aos direitos trabalhistas, com exclusão daqueles que não exerciam atividade laboral (por qualquer motivo que fosse).

<sup>22</sup> O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ingressou no sistema jurídico brasileiro, em 1992, por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992.

de Estado, no mais diferentes períodos, todos estes eventos fazem com que a história do Brasil seja permeada de idiosincrasias que explicam, até mesmo, a demora do reconhecimento do direito à saúde de forma universal e o ingresso no sistema jurídico nacional dos tratados, pactos e acordos internacionais que reconhecem a saúde (assim como outros direitos) como um direito de todos e um dever do Estado<sup>23</sup>.

Ainda no plano internacional, em 1972, foi realizado em Estocolmo Congresso das Nações Unidas para tratar de questões relativas ao meio ambiente humano, sendo elaborado a Convenção de Estocolmo. Nesta é possível perceber um primeiro passo em busca da proteção do meio ambiente por sua ínsita relação com o direito à vida o que, via de consequência, também se relaciona com o direito à saúde<sup>24</sup>.

Na mesma década de 70 do século passado, em 1978, foi realizada a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, no Cazaquistão. Do encontro resultou a Declaração de Alma-Ata, documento que refirma a saúde como um direito do homem (tal qual já dito no preâmbulo do ato de Constituição da Organização Mundial de Saúde, além de previsto implicitamente na Declaração de Direitos dos Homens da Organização das Nações Unidas e expressamente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todos estes documentos anteriores à Conferência), além de asseverar a necessidade de sua promoção, proteção e recuperação para o desenvolvimento econômico e social, através de adoção de medidas sanitárias e sociais (GLOBKNER, 2011, p.47).

No referido documento, afirmou-se, portanto, o direito do indivíduo não meramente à saúde mas também, ao acesso aos cuidados em saúde, em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo, o de prover os referidos cuidados. Começou-se a vislumbrar aí não apenas um direito abstrato à saúde como também um direito concreto à atenção sanitária. (GLOBKNER, 2011, p. 47)

Outros diplomas internacionais também tutelaram a saúde dos cidadãos, devendo ser citada a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, e a Convenção dos Direitos da

---

<sup>23</sup> Para aprofundamento dos documentos internacionais que tutelam o direito à saúde, ver TORRONTÉGUY, 2010, com especial destaque para o capítulo 2 da tese.

<sup>24</sup> Sobre o meio ambiente, a Constituição da República do Brasil traça normas que buscam sua proteção. No entanto, a norma constitucional pátria se mostra aquém do esperado no tratamento do meio ambiente, estando, até mesmo, defasada em relação à proteção conferida por outros países da América Latina, como Bolívia, Peru e Equador, que sustentam em suas respectivas normas fundamentais o meio ambiente como sujeito de direitos. Malgrado não seja este o objeto do presente trabalho, a inexistência do presente registro acarretaria a mesma omissão que se critica em relação ao legislador constituinte. O ser humano, como integrante do meio ambiente, não é sujeito de direito em relação a este, já que o ser humano é sua parte integrante, devendo haver tutela do meio ambiente como forma de proteção à própria vida dos seres humanos. Há estreita relação entre a saúde – objeto do presente estudo – e o meio ambiente, daí a razão por se ter optado por esta observação.

Criança, esta última voltada exclusivamente à tutela do infante, enquanto a segunda traz previsão genérica, aplicável a qualquer indivíduo<sup>25</sup>.

A preocupação com a saúde não deixou mais de ser uma aflição da comunidade internacional, mesmo depois de toda a proteção que foi conferida ao bem *saúde* por intermédio dos tratados, acordos e convenções internacionais. O reconhecimento de que as fronteiras estão cada vez menores, as distâncias se tornam uma barreira cada vez mais ultrapassável e o fluxo de pessoas pelo mundo aumenta a cada dia, permite verificar a facilidade que há no intercâmbio de doenças, no mundo, e torna grande o risco de contágio. Por esta razão, vez por outra são organizados encontros que têm como pauta a saúde, de forma a equalizar as políticas de saúde nos mais diversos Estados. A saúde não é mais um interesse afeto exclusivamente a um Estado, mas é uma questão de proporções transnacionais.

Ainda assim, verifica-se que, nos últimos anos do século XX, com o fracasso das políticas estatais, que não conseguiram pôr fim à exclusão social, além do predomínio da ideologia neoliberal - que pregava o retorno ao Estado mínimo, ampliando a possibilidade de mercado e extensão de políticas capitalistas – a saúde pública (assim como os direitos sociais como um todo) deixou de ser uma prioridade do Estado, abrindo espaço para o setor privado de produção. A atuação estatal é estabelecida, a partir de então, considerando o custo-benefício de seu funcionamento, e não mais um bem jurídico a ser alcançado e satisfeito. DALLARI (2003, p. 43) dá o exemplo da política de prevenção da propagação do vírus HIV, informando que

... prevaleceu a ideia de que a proteção contra a doença é responsabilidade individual e que os grupos – de doentes ou de portadores do vírus ou de familiares ou amigos deles – devem organizar a prestação dos cuidados de saúde, ficando o Estado subsidiariamente responsável pelo controle da qualidade do sangue, fator importante na cadeia da causalidade, mas, certamente, não o único. Reforça-se, assim, o papel dos comportamentos individuais e não se questionam as estruturas econômicas e sociais subjacentes. De fato, o que se verifica, então, é que as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades, não mais em virtude dos dados epidemiológicos, mas, principalmente, em decorrência da análise econômica de custo/benefício.

Questiona-se, no entanto, se a percepção neoliberal dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, encontra respaldo no sistema jurídico constitucional brasileiro, que imputa ao Estado a obrigação de estabelecer políticas de saúde (preventivas e curativas, coletivas e

---

<sup>25</sup> Conforme assinalado anteriormente, os documentos internacionais que garantiam a saúde como um direito, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção dos Direitos da Criança foram ratificados no Brasil, porém somente a partir da década de 90 – os dois primeiros no ano de 1992 e o último em 1990.

individuais), não havendo espaço para que o bem *saúde* seja tratado como uma mercadoria (ainda que se permita ser objeto destinado à livre iniciativa privada, conforme indica o artigo 199 da Constituição da República), por parte do próprio ente estatal, considerando se tratar de um *direito*.

O reconhecimento tardio do direito à saúde em favor de todos os indivíduos já demonstra um certo atraso do sistema jurídico brasileiro, justificado pela própria história do Brasil, conforme sinalizado. A tutela do direito à saúde, em plano internacional, exerceu importante influência nas reivindicações da “saúde para todos”, especialmente na década de 70 (no movimento sanitário), e serviu de respaldo para os contornos do direito à saúde estabelecidos na Constituição da República de 1988. Passa-se, então, à análise da trajetória da proteção da saúde, ao longo da história brasileira.

### **1.3 Histórico do Direito à Saúde no Brasil**

No Brasil, o atual modelo de prestação de serviços públicos de saúde, o reconhecimento do direito à saúde de forma universal e gratuita e a responsabilidade do Estado brasileiro na satisfação do referido direito social, configuram o reconhecimento de um reclame social verificado em um processo histórico marcado por lutas, especialmente a partir da década de 70 do século passado, por meio do Movimento Sanitário Brasileiro. *As políticas e instituições de saúde desempenharam um papel histórico inegável para a constituição e estabilização da ordem sócio-política brasileira* (LUZ, 1991, p. 77).

Desta forma, é importante que sejam analisadas as políticas de saúde promovidas no território brasileiro, desde a chegada dos portugueses (antes mesmo do Brasil ser considerado um Estado independente) até a Constituição de 1988, para que se possa ter clareza de que a saúde pública tal qual tutelada na Carta Cidadã 1988, configura uma conquista social obtida com a abertura democrática que culminou com a Constituição da República de 1988. Os contornos do direito à saúde como um direito social a todos reconhecidos não se configurou garantia que nasceu a partir de política pública do Estado, tampouco constituiu anseio dos partidos políticos ou organismos internacionais (ainda que os documentos internacionais que tratam de saúde pública tenham influenciado no próprio movimento), tendo partido de reclame promovido pela própria população e setores especializados específicos.

É interessante o desenvolvimento da tutela de saúde, pelo Estado, onde é possível perceber comportamentos distintos. Em sede de tutela preventiva ou de medicina coletiva<sup>26</sup>, é possível perceber um comportamento estatal indistinto (isto é, voltado para todos os indivíduos de uma determinada localidade) e sem qualquer contraprestação dos indivíduos,<sup>27</sup> desde o século XX, aproximadamente, por meio de medidas sanitárias que atingiam a todos da sociedade, ou regiões específicas do território brasileiro.

Já quanto à assistência médica pública, pode ser identificadas fases distintas que se caracterizam em *três acepções que emergiram ao longo da história: enquanto favor; enquanto um serviço decorrente de um direito trabalhista ou como um serviço privado; enquanto direito* (ASENSI, 2010, p. 15), o que denota que a saúde, tanto em sede preventiva quanto no que toca à assistência médica, somente passou a ser da responsabilidade integral do Estado a partir de 1988.

Ademais, ainda que se trate de um direito cujo acesso é universal e indistinto, a saúde também é objeto de exploração pelo setor privado, cujo fortalecimento ocorreu, especialmente, a partir da década de 70 do século passado, com uma especial colaboração do próprio Estado, como se verá em momento próprio. Por esta razão, a partir de 1988, malgrado tenha havido a tutela do direito à saúde em favor de todos os indivíduos, pelo Estado brasileiro, também houve a previsão da saúde livre à exploração da iniciativa privada, transparecendo a luta travada no processo constituinte que culminou na atual Constituição da República, como se verá<sup>28</sup>.

### 1.3.1. No Brasil Colônia

No século XVI, com a chegada dos portugueses ao Brasil, os europeus encontraram os índios que aqui viviam em boas condições de saúde, fortes e bem nutridos. Quando adoeciam,

---

<sup>26</sup> A expressão *tutela preventiva* ou *medicina coletiva*, deve ser entendida como medidas sanitárias adotadas pelo Estado, compreendendo vacinação, saneamento básico, pesquisa acadêmica de doenças, medidas de combate à endemias etc.

<sup>27</sup> As medidas sanitárias adotadas pelo Estado brasileiro (como campanhas de vacinação, de combate à doença e, até mesmo, de estímulo à pesquisa, com a criação de centros de pesquisas, hoje conhecidos como Butatã e Fundação Oswaldo Cruz) caracterizam políticas públicas sem o escopo primordial de proteger a saúde da população, ainda que a tutela ocorresse como uma consequência natural das campanhas empreendidas em solo nacional. As doenças que assolavam os grandes centros econômicos do país (Rio de Janeiro e São Paulo, principalmente, em razão dos portos que existiam na região e que serviam para o escoamento da produção de açúcar e, posteriormente, do café, produtos nacionais preponderantes na economia de exportação) inquietavam as autoridades muito mais em razão das consequências econômicas que acarretavam - como a ameaça navios estrangeiros não aportarem na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo - sem, contudo, haver uma preocupação direta com a alta mortalidade acarretada pelas moléstias (como a febre amarela, a título de exemplo).

<sup>28</sup> Sobre a influência do setor privado no processo constituinte de 1988, ver (entre outros) VIANNA, 2000, p. 145 e seguintes.

os índios recorriam aos curandeiros tribais, xamãs ou pajés – ainda mantendo a acepção mágico-religiosa da doença, ligando-a aos maus espíritos – que se valiam de procedimentos ritualísticos e uso de produtos vegetais e animais para buscar a cura do doente. Apesar do espanto dos portugueses diante da boa saúde dos nativos, os mesmos não concordavam com os procedimentos indígenas eivados de todo o misticismo que cercava os rituais de cura dos doentes, ainda mais se considerando que os primeiros lusitanos que pisaram em solo brasileiro eram católicos vindos de uma Europa assolada pela inquisição.

Desta forma, com a chegada dos jesuítas – e junto o seu propósito de evangelizar os índios -, estes passaram a adotar procedimentos voltados à assistência médica dos indígenas, fazendo com que muitas vezes os índios ficassem ainda mais doentes. Além disso, junto aos padres jesuítas, também atuavam os físicos, que eram pessoas licenciadas e diplomadas pelas universidades da Europa e que, mais tarde, passaram a ser contratados pelas autoridades administrativas da colônia, passando a ser funcionários públicos, além de manter suas atividades privadas.

Ainda no século XVI, foi instalada na colônia a primeira Santa Casa de Misericórdia, instituição filantrópica religiosa voltada à prestação de assistência médica, e que exerce importante papel neste campo de atuação especialmente voltado ao setor carente, colaborando na promoção da saúde pública, desde o Brasil colônia até mesmo aos dias atuais – hoje servindo com instituição que trabalha em parceria com o Sistema Único de Saúde.

De todo modo

Era rudimentar a organização da assistência à saúde. Até 1782 existiu um físico-mor que, por meio de assistentes, fiscalizava a prática médica e a venda de medicamentos, esta feita nas boticas (...). As boticas também aplicavam sanguessugas que serviam para extrair o “excesso” de sangue ou sangue “envenenado”. (...) Boa parte da população continuava recorrendo aos curandeiros, com suas rezas e mezinhas. (SCLIAR, 2002, p. 103)

Percebe-se que neste primeiro momento da história brasileira não havia uma preocupação direta de Portugal para o tratamento de doenças e males que assolavam sua colônia. Decerto, no próprio período que compreende o Brasil ainda colônia (do século XVI até o século XVIII) não se verificam medidas estatais em prol da saúde, no mundo ocidental (precisamente na Europa e nas Américas), até mesmo por ainda não ter sido estabelecida a concepção no sentido de ser *saúde* um bem hábil à tutela. Por esta razão, era rudimentar a organização da assistência médica à saúde, no Brasil, o que não era, portanto, um problema exclusivo da colônia, já que em todo mundo ocidental ainda não se vislumbrava na *saúde* um bem (quicá um bem jurídico).

### **1.3.2. No Brasil Império: da chegada da família real à Proclamação da República**

Com a chegada de Dom João VI ao Brasil, em 1808, a assistência à saúde passou a se desenvolver de forma gradativa. Duas escolas médicas foram criadas, uma na Bahia e outra, um pouco depois, no Rio de Janeiro<sup>29</sup>. Neste mesmo ano, foi criada a primeira organização nacional de saúde pública, no Brasil, com a edição do Alvará de 23/11/1808, que estabeleceu o regimento e a jurisdição do Físico-Mor e do Cirurgião-Mor e seus delegados, além do cargo de Provedor-Mor de Saúde da Corte e do Estado do Brasil, que foi o embrião do Serviço de Saúde dos Portos.

Em 1828, isto é, após a Independência, foi promulgada a lei de Municipalização dos Serviços de Saúde, que conferiu às Juntas Municipais, então criadas, as funções exercidas anteriormente pelo Físico-Mor, Cirurgião-Mor e seus Delegados. No mesmo ano, ocorreu a criação da Inspeção de Saúde Pública do Porto do Rio de Janeiro, subordinada ao Senado da Câmara.

Desta forma, é possível concluir que as atividades de saúde pública – pelo menos até 1850 – estavam limitadas ao estabelecimento de controle sanitário mínimo da capital do império (ainda que tenha sido estabelecida a imunização compulsória das crianças contra a varíola, no ano de 1837), com certa delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais e controle de navio e saúde de portos. É certo que o tipo de organização política do império – com o poder centralizado exclusivamente nas mãos do imperador – impedia que fosse dada continuidade e que fossem eficientes os cuidados com a saúde, não só nos grandes centros, mas também nos locais situados no interior do Brasil. Ademais, a carência de profissionais formados em medicina abria espaço para a realização da medicina por curandeiros e boticários (SCLIAR, 2002, p. 104).

Em 1824, foi promulgada a Constituição do Império, cujo artigo 179 e inciso estabelecia que

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.  
XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

---

<sup>29</sup> A profissão médica já tinha sido institucionalizada em Portugal, antes mesmo da criação das escolas de medicina na colônia. Em 1792, D. Maria I criou a Junta do Protomedicato, em Portugal, que serviria também para fiscalizar a colônia, combatendo o curandeirismo. (SCLIAR, 2002, p. 104)

Desta forma, passou a ser garantido o socorro público que não era, propriamente, serviço de assistência médica, e sim a possibilidade de o cidadão recorrer aos poucos serviços públicos que eram colocados à disposição, pelo governo imperial.

ASENSI (2013) observa sobre este período que *a saúde se apresentava como uma verdadeira benesse do Estado, notadamente marcada por relações patrimonialistas de poder que a caracterizavam como um favor do Estado à população* (ASENSI, 2013, p. 131). Conclui, então, que *em virtude dessa natureza de favor, a saúde seria uma benesse que poderia ser retirada ou restringida em qualquer momento, sem qualquer garantia para a sua manutenção* (ASENSI, 2013, p. 132).

Principalmente a partir da adoção de medidas curativas e campanhísticas que marcaram o período, a saúde foi alçada a assunto de Estado, porém, ainda assim, a sua exigibilidade pelos cidadãos restou submetida à discricionariedade do poder público. Não havia qualquer instrumento jurídico-legal que garantisse a universalidade deste direito, sendo concentrada no Estado a possibilidade e a discricionariedade de realizar ações em saúde em benefício de uns em detrimento de outros... (ASENSI, 2013, p. 132)

Em 1850, no entanto, a colônia foi assolada por uma epidemia de febre amarela. Por ocasião, foi criada a Junta Central de Saúde Pública (percursora do Ministério da Saúde), ao mesmo tempo que chegava ao Brasil o conceito de medicina tropical (que, inclusive, ensejou a criação da escola tropicalista baiana). Oswaldo Cruz (jovem médico, cujos conhecimentos científicos começavam a ser exaltados pela comunidade e cuja trajetória é cercada de altos e baixos, reconhecimentos e desprestígios) foi incumbido de dirigir os trabalhos da Junta Central de Saúde Pública.

Registra-se que a preocupação pelo estudo e controle das doenças tropicais reside no fato de o Brasil daquele período ter recebido inúmeros imigrantes europeus que serviram de mão de obra para a lavoura, especialmente para as plantações de café. Estes imigrantes eram vítimas (na sua grande maioria, fatal) das doenças tropicais, já que não tinham anticorpos para sua resistência – da mesma forma como acontecia com os índios, quando da chegada dos portugueses.

Interessante perceber que já nesses primeiros passos das políticas públicas de saúde não há uma verdadeira preocupação com a satisfação da saúde da população daquela época, e sim a manutenção da mão de obra que serviria à lavoura sadia, de forma que é evidente que o Estado servia aos interesses de particulares, arcando com o ônus de saúde pública não como uma forma

de satisfazer um direito fundamental do indivíduos, e sim de servir aos interesses dos grandes produtores – normalmente os produtores de café, que formavam a oligarquia daquele período.

### 1.3.3. No Brasil República

#### 1.3.3.1. Na República Velha: da Constituição de 1891 a 1934

Com a proclamação da República, em 1889, subiu ao poder Marechal Deodoro, trazendo esperança de melhorias e reformas para o novo Estado republicano que surgia. Na seara da saúde pública, pouca coisa mudou. A saúde não era, como não foi durante muito tempo, considerada um direito dos cidadãos, ou esteve ligado ao aspecto da dignidade humana que a circunda como um direito fundamental ligado ao próprio direito à vida. Além disso, por faltar um modelo sanitário ao país, os grandes centros apresentavam quadro caótico, caracterizado pela presença de diversas doenças graves – como varíola, malária e febre amarela (POLIGNANO, *s.d.*, p. 4).

Por conta da crise que assolava (principalmente) o Rio de Janeiro e São Paulo (mais importantes polos urbanos da época), vários navios estavam-se negando a aportar no porto da capital, temerosos de serem assolados pelas doenças existentes por conta da crise sanitária instalada. Ressalte-se que, para se entenderem as opções políticas desta época, deve-se ter em mente que a existência de doenças transmissíveis trazia grandes prejuízos econômicos<sup>30</sup>, não se podendo olvidar que, nos primeiros anos da República, o Brasil foi governado pelas oligarquias cafeeiras que se formavam, sendo instituída a denominada “política do café com leite”, na qual o poder central era alternado entre representantes de São Paulo e de Minas Gerais. Por isto,

---

<sup>30</sup> Não há uma versão unânime em relação à história da saúde pública, no Brasil, especialmente seu desenvolvimento ligado aos interesses das oligarquias dominantes, durante a Primeira República. HOCHMAN (1993, p. 2), assumindo posicionamento equidistante daquele adotado pela doutrina sanitária dominante, informa que os autores que trataram das políticas estatais de saúde na Primeira República em geral consideram-nas como resultados de estratégias das classes dominantes e pensam que seu desenvolvimento estaria associado à dinâmica do capitalismo, seja do ponto de vista nacional seja internacional. Além disso, consideram os principais atores públicos, especialmente os sanitaristas e burocratas da saúde, como intelectuais ligados aos interesses dominantes (Costa, 1985; Labra, 1985). *Afastar-me-ei dessa perspectiva, considerando que as políticas de saúde são partes constitutivas de um processo mais amplo e complexo, no qual o Estado e as elites estatais têm especificidades que lhes fornecem autonomia em relação aos interesses sociais, e têm objetivos também específicos, diversos e mesmo divergentes dos das elites sociais. Assim, os resultados de longo prazo de uma política que beneficia os grupos dominantes pode ser a incapacidade futura desses mesmos grupos para continuar, de forma autônoma, a influenciar e obter benefícios dessa política estatal.* Não obstante o estudo do referido professor, como o objetivo do presente trabalho é traçar um panorama histórico da saúde pública no Brasil até que se chegue à Constituição de 1988 - demonstrando a ascensão da saúde como um direito fundamental – será deixada de lado a controvérsia, porém o registro de sua existência, adotando-se os ensinamentos da doutrina dominante sobre o tema.

foram organizadas campanhas sanitárias, visando à salubridade dos portos, controle de endemias e saneamento, isto é

as oligarquias da República Velha buscaram apoio na ciência da higiene (...). Tratava-se, na verdade, de definir estratégias para melhorar as condições sanitárias das áreas vitais da economia nacional – as cidades e os portos. (...) O meio rural seria relegado a um sombrio segundo plano, só chamando a atenção dos médicos e das autoridade quando os problemas sanitários interferiram na produção agrícola ou extrativista destinada à exportação. (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 16)

Em 1891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana, que traduziu uma preocupação muito maior em manter a união dos Estados, impedindo o desmembramento do território brasileiro – inclusive cedendo aos entes Federativos descentralizados, os Estados e os Municípios, uma maior autonomia – do que, propriamente, conceder direitos aos cidadãos brasileiros. Como resultado do recente Estado Liberal instalado, a Constituição não previu qualquer direito em favor do cidadão, salvo os ligados à liberdade e à propriedade, não havendo nem mesmo previsão semelhante à existente na Constituição do Império – que ao menos garantia o acesso aos socorros públicos.

Para fins de controle das epidemias que assolava as grandes cidades (especialmente o Rio de Janeiro e São Paulo), foram criados centros de estudos epidemiológicos, com vista a traçar metas que diminuíssem os prejuízos causados pelas doenças da época. Assim, em 1892, foi criado o Instituto Bacteriológico, Vacinogênico e de Análises Clínicas e Farmacêutica, em São Paulo (que mais tarde seria conhecido como Instituto Butatã, Biológico e Bacteriológico, este último hoje conhecido como Instituto Adolfo Lutz). No Rio de Janeiro, em 1899, foi criado o Instituto Soroterápico de Manguinhos (que, posteriormente, ficou conhecido como Instituto Oswaldo Cruz), que logo virou centro de referência, trazendo nomes como Carlos Chagas, Artur Neiva e Rocha Lima, além de seu principal representante, Oswaldo Cruz.

Iniciou-se, então, no Brasil, estudos e pesquisas em busca de vacinas ou formas de dissipar as principais doenças que assolavam os grandes centros, colocando em risco a economia da oligarquia da época. Nesta fase, a medicina preventiva se desenvolveu e várias campanhas foram adotadas para controle das principais moléstias (varíola, febre amarela e peste bubônica<sup>31</sup>). *No governo de Rodrigues Alves desencadearam-se ações que tiveram como*

---

<sup>31</sup> A campanha instalada para controle da peste bubônica, no Rio de Janeiro, ocorreu de forma interessante. Capitaneada por Oswaldo Cruz, e seguindo o modelo adotado nas Filipinas pelo governo norte-americano, a entrega de ratos mortos era incentivada mediante o pagamento de certa quantia de dinheiro por cada animal morto oferecido. Além da campanha gerar estranheza na população – ensejando toda sorte de piada, pois o bom humor carioca já era marca desde aquela época – também estimulou a fraude, pois alguns “malandros” de então passaram

*vertente a chamada “Higienização”. Através da figura de Oswaldo Cruz, a questão sanitária passou a ser tomada como uma questão política* (BERTOLOZZI e GRECO, 1996, p. 383), porém as campanhas sanitárias empreendidas a partir de então se revestiam de verdadeiro caráter autoritário (até mesmo por seus contornos militares), incitando, inclusive, revoltas populares.

Assim, em 1904, o governo federal do Brasil iniciou campanha de vacinação (por meio da Lei Federal nº 1261, de 1904) contra varíola que - tenha sido pelo seu aspecto autoritário ou pela ignorância do povo - acarretou revolta popular na cidade do Rio de Janeiro, fato determinante para suspensão da campanha, que somente foi retomada com o controle da revolta (hoje conhecida como Revolta da Vacina).

Apesar das arbitrariedades e dos abusos cometidos, o modelo campanhista obteve importantes vitórias no controle das doenças epidêmicas, conseguindo inclusive erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro, o que fortaleceu o modelo proposto e o tornou hegemônico como proposta de intervenção na área da saúde coletiva durante décadas. (POLIGNANO, *s.d.*, p. 5)

A saúde coletiva, então, era o foco das políticas públicas de caráter preventivo, porém não aplicadas a todos os Estados e Municípios da nova República recém formada, e sim voltada aos locais onde o interesse econômico impunha melhorias no controle das doenças que assolavam os brasileiros.

Nesse momento, a Saúde Pública no Brasil passou a ser calcada em intervenções engendradas na corrente de pensamento do Sanitarismo, que se operacionalizava no âmbito urbano das cidades, com a comercialização e transporte de alimentos e cobertura dos portos marítimos. Essas medidas eram promovidas pontualmente sob a forma de campanhas, as quais eram abandonadas assim que se conseguiam controlar os surtos presentes na época. (BERTOLOZZI e GRECO, 1996, p. 382)

Os anos que seguiram foram de grandes conquistas para o início da saúde pública preventiva, por meio das campanhas sanitárias.

Em 1920, Carlos Chagas, sucessor de Oswaldo Cruz, reestruturou o Departamento Nacional de Saúde, então ligado ao Ministério da Justiça e introduziu a propaganda e a educação sanitária na técnica rotineira de ação, inovando o modelo campanhista de Oswald o Cruz que era puramente fiscal e policial.

Criaram -se órgãos especializados na luta contra a tuberculose, a lepra e as doenças venéreas. A assistência hospitalar, infantil e a higiene industrial se

---

a criar ratos ou comprá-los de navios que atracavam – um indício daquilo que hoje se conhece, pejorativamente, como o “jeitinho brasileiro”.

destacaram como problemas individualizados. Expandiram -se as atividades de saneamento para outros estados, além do Rio de Janeiro e criou -se a Escola de Enfermagem Anna Nery. (POLIGNANO, *s.d.*, p. 5)

Em 1920, foi criado o Departamento Nacional de Saúde – embrião do atual Ministério da Saúde, que nasceu somente em 1953, como se verá oportunamente. O Departamento Nacional de Saúde era o responsável por uma série de serviços e campanhas direcionados para o controle de doenças, como a febre amarela e a malária, e visava à extensão dos serviços de saneamento urbano e rural, além de higiene industrial e materno-infantil.

Desta forma, a política agroexportadora de café era dominante no início do século passado e influenciou na alocação de recurso para políticas sanitárias envolvendo a saúde coletiva, com quase a totalidade de sua atuação voltada para prevenção de doenças que alarmavam as oligarquias pela possibilidade de acarretar prejuízo aos negócios. Por outro lado, as medidas adotadas pelo governo não tinham por escopo tutelar o direito à saúde do cidadão, mas controlar doenças que poderiam prejudicar a economia dominante da época, razão pela qual as campanhas realizadas tinham caráter militar e eram muito criticadas pela própria população.

A atuação era focada, especialmente, nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, tendo em vista a existência de portos na região, só havendo atuação estatal em outras localidades quando havia necessidade de controlar o contágio que pudesse prejudicar a produção agrícola (cafeeira, especialmente).

A exportação, por outro lado, rendeu frutos que permitiram a gradual industrialização brasileira e conseqüente urbanização dos grandes centros. Ademais, o Brasil estava aberto aos imigrantes, que rendiam boa mão de obra para lavoura, como também para as novas indústrias que estavam se instalando, ainda mais considerando a experiência que traziam da Europa já industrializada.

Naquele período, os trabalhadores brasileiros não gozavam de qualquer direito trabalhista. Não se falava em férias, jornada de trabalho definida, tampouco qualquer garantia previdenciária. Tal fato acarretou verdadeira estranheza aos imigrantes europeus, especialmente aos italianos, pois a luta por direitos trabalhistas já tinha acontecido na Europa e os trabalhadores haviam saído vitoriosos. Ao chegarem ao Brasil, vendo a inexistência de garantias trabalhistas, os novos imigrantes se mobilizaram, organizando a classe operária brasileira, determinante para luta e posterior conquista dos direitos trabalhistas que há até a atualidade. Foi nesta época que o Brasil viveu suas primeiras grandes greves, especialmente entre os anos de 1917 e 1919.

Em 1923, foi publicada a Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo nº 46782/1923), que marcou o início das Caixas Assistenciais organizadas por empresas (e não entidades trabalhadoras) e a garantia de determinados direitos aos trabalhadores urbanos, excluindo-se os rurais (que somente na década de 60 do século passado, conquistaram direitos trabalhistas).

As Caixas Assistenciais tinham seu patrimônio formado por contribuições realizadas por trabalhadores de setores específicos – inicialmente dos trabalhadores ferroviários, sendo estendida posteriormente aos marítimos e estivadores. Ademais, as Caixas Assistenciais eram voltadas à garantias previdenciárias, mas também à saúde do trabalhador e de sua família.

O artigo 9º da Lei Eloy Chaves dispõe que

Art. 9º Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito:

- 1º, a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia;
- 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração;
- 3º, aposentadoria;
- 4º, a pensão para seus herdeiros em caso de morte.

O documento constituiu verdadeiro um marco para o reconhecimento da *saúde* (na sua faceta de assistência médica) como um direito, porém este reconhecido somente em favor de trabalhadores. Ademais, para que o trabalhador gozasse dos benefícios concedidos por meio das Caixas Assistenciais, era necessário que contribuísse com percentual, já que as referidas Caixas eram compostas com contribuições de empregados e empregadores, além da própria União, quando se valia de algum serviço prestado pelo setor. De qualquer forma, o modelo foi expandido e *ao final de 1932, existiam 140 CAPs com quase 19 mil segurados, 10.300 aposentados e aproximadamente 8.800 pensionistas* (MERCADANTE *at.al.*, 2002, p. 237).

### **1.3.3.2. No Estado Novo e no Regime Militar de 64: da Constituição de 1934 a 1969**

Após a crise política que culminou na denominada Revolução de 30, subiu ao poder central o Presidente Getúlio Vargas, que logo de início procurou livrar o Estado do controle da oligarquia predominante das primeiras década da República, promovendo reformas políticas e administrativas, afastando da administração pública os principais líderes da República Velha (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 30). Uma das consequências da reforma realizada foi a remodelação do sistema de saúde pública existente, especialmente centralizando na burocracia

federal o controle dos serviços sanitários do país (resultando da estratégia político-administrativa da centralidade do poder, que marcou a Era Vargas), estabelecendo-se o compromisso de zelar pelo bem estar sanitário da população. Assim, em 1930, a área sanitária passou a compartilhar com o setor educacional um Ministério próprio: Ministério da Educação e da Saúde Pública.

Inicialmente, a criação do Ministério não trouxe nenhuma alteração para a saúde pública, significando apenas a incorporação do já existente Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), criado em 1920. Posteriormente, foi sofrendo modificações provisórias por meio de uma legislação fragmentada e que atendia somente às necessidades conjunturais. No final do ano de 1930, já haviam sido delineadas algumas das diretrizes que orientariam a reforma administrativa implementada por Vargas: fortalecer a organização administrativa federal e introduzir medidas de racionalização administrativa. Porém, segundo alguns analistas da reforma administrativa, nesse período acabaram por não passar de meros atos formais. (...) No que dizia respeito à saúde pública, o MESP, nos seus primeiros anos, significava, em grande medida, o Departamento Nacional de Saúde Pública criado em fins de 1919 e herdado da República Velha. (HOCHMAN, 2005, p. 130)

O modelo estabelecido a partir da Lei Elóy Chaves foi parcialmente adotado por Getúlio Vargas, que manteve o sistema de Caixas Assistenciais, porém dotado de uma nova forma, isto é, os denominados *Institutos de Aposentadorias e Pensões*, organizados por categorias profissionais<sup>32</sup>.

Em 1934, foi promulgada nova Constituição que teria uma sobrevida pequena, de apenas 3 anos, isto é, até 1937, quando instalado o regime ditatorial. No entanto, por menor que tenha sido seu tempo de vigência, a Constituição de 1934 inovou ao ser a primeira a trazer previsões relativas à ordem econômica e social, inclusive incumbindo o poder público (federal) do custeio e da direção técnica e administrativa das medidas necessárias ao combate das grandes endemias (artigo 140<sup>33</sup>). Além disso, previu como competência concorrente da União e dos Estados o cuidado da saúde e assistência públicas (artigo 10<sup>34</sup>), sem, no entanto, consistir em uma garantia que beneficiasse a todos os indivíduos, já que nesta época ainda vigorava o sistema de Caixas Assistenciais (ou Institutos de Aposentadorias e Pensões), vinculando às categorias

---

<sup>32</sup> Em que pese a existência de previsão do serviço de assistência médica em favor dos trabalhadores e seus familiares, as caixas assistenciais ofereciam um serviço irregular e com pouca cobertura para os doentes mais graves. BERTOLLI FILHO (1996, p. 33) explica que os doentes que apresentavam tuberculose, por exemplo, deveriam optar entre receber parte do salário e procurar o tratamento da doença por meios próprios, ou submeter-se ao isolamento sanatorial – normalmente distante dos grandes centros urbanos – abrindo mão de qualquer ajuda econômica.

<sup>33</sup> Art 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.

<sup>34</sup> Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) II - cuidar da saúde e assistência públicas;

de trabalhadores o direito ao acesso à assistência médica (ligada ao sistema contributivo), como se verifica do artigo 121, que assim dispunha

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

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

(...)

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

Em que pese o reconhecimento do direito à saúde do trabalhador, a garantia era direcionada somente aos trabalhadores vinculados aos institutos de previdência. Desta forma, ao operário que não tinha carteira de trabalho ou que não contribuía para sua caixa assistencial, não se garantia o acesso à assistência médica, no caso de doenças. *Para esse trabalhador, restava o apelo à caridade. Era qualificado pela administração dos hospitais filantrópicos como indigentes, triste rótulo para quem perdera a saúde e não tinha dinheiro para pagar o tratamento* (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 33).

Em 1937, foi promulgada nova Constituição (conhecida como a “Constituição Polaca”), com caráter centralizador do poder nas mãos do Presidente da República. Sem adentrar na conjectura política da época, já que não é o objeto de estudo, a Constituição de 37 manteve a estrutura de proteção da saúde do trabalhador existente no sistema anterior, como se compreende da norma estabelecida no artigo 137, alínea I, que teve sua vigência suspensa pelo Decreto 10.358/1942, quando se declarou o estado de guerra, no Brasil.

Depois do golpe que criou o Estado Novo em 1937, a política populista e autoritária do presidente Vargas voltou-se ainda mais para a população urbana, empregada nos setores industrial e comercial. A necessidade de obter apoio social e político e conferir alguma legitimidade ao Estado ditatorial exigiu uma legislação social que garantisse maiores direitos aos trabalhadores urbanos. Afinal, já não era possível que o governo tratasse a chamada *questão social*, na qual se incluíam os reclames populares referentes à saúde, como uma simples questão de polícia, como aconteceu no decorrer de toda a República Velha. (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 32)

Outro ponto importante de política sanitária (medicina preventiva) instituída durante o Estado Novo foi a veiculação de propaganda (escrita e por meio de rádios, considerando que grande parte do povo brasileiro era analfabeto), explicando regras básicas de higiene à população, com escopo de diminuir as doenças causadas pelos maus hábitos higiênicos, grande

parte de origem infectocontagiosa e parasitária. É importante ressaltar que, ainda nesta época, o Brasil era o país com o maior número de enfermos, não obstante tenha diminuído o número de doentes, durante a Era Vargas<sup>35</sup>.

No entanto, a crise econômica instaurada principalmente após a segunda guerra mundial, no Brasil, levou à queda Getúlio Vargas, seguindo o período de liberalização do regime político. Tendo como presidente o General Eurico Dutra, é instituído no Brasil o plano SALTE – saúde, alimentação, transporte e energia -, porém, mais uma vez, a saúde pública constava apenas no papel, não lhe sendo destinada grande quantia de dinheiro para sua viabilização.

Em 1946, foi promulgada a nova Constituição com nítidos contornos liberais, no entanto mantendo a mesma sistemática adotada nas duas constituições anteriores (1934 e 1937), vinculando o direito à assistência médica<sup>36</sup> à filiação do trabalhador a um dos Institutos de Previdência que existiam, sendo certo que o operário que não estivesse vinculado a qualquer Instituto (por não trabalhar de carteira assinada e não contribuir), deveria contar com entidades filantrópicas ou com as santas casas de misericórdia para obter o tratamento necessário a sua doença.

Em 1949, foi criado o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU), por meio do Decreto número 27.664, de 30 de dezembro, em que pese ter sido regulamentado somente dez anos depois, por meio do Decreto nº 4.349, de 3 de julho daquele ano. O serviço tinha *por finalidade prestar assistência médica de urgência, em ambulatórios e hospitais a êsse fim destinados, bem como no domicílio ou local de trabalho, aos segurados ativos e inativos, seus dependentes e aos pensionistas dos Institutos de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, Comerciais, Bancários, Marítimos e Empregados em Transportes e Cargos e da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos*, de acordo com o que dispunha o artigo 1º do Decreto nº 4349/49, demonstrando que, mais uma vez, o gozo do benefício de assistência médica estava vinculado à condição de filiação a um dos Institutos ou Caixas Previdenciárias.

Em 1953, já tendo retornado à presidência da República Getúlio Vargas, foi criado o Ministério da Saúde, desvinculando a saúde da educação. No entanto, *a nova pasta contou com verbas irrisórias no decorrer da década de 50, confirmando o descaso das autoridades para*

---

<sup>35</sup> É interessante perceber – especialmente no período compreendido entre 1930 e 1942, aproximadamente – que havia, no Brasil, campanhas sanitárias eivadas de racismo, considerando o povo brasileiro de um raça que favorecia o adoecimento. Sobre este ponto, ver BERTOLLI FILHO, 1996, p. 35/36.

<sup>36</sup> Previsão do artigo 157, IX, da Constituição da República de 1946.

*com a saúde do povo*, e desta forma impedindo que o Estado *atuasse com eficácia na péssima situação da saúde coletiva* (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 40)<sup>37</sup>, sendo certo que somente na década de 60 do século passado houve um incremento no orçamento destinado ao Ministério da Saúde. Três anos depois, em 1956, foi criado o Departamento Nacional de Endemias Rurais, que incorporou os antigos serviços nacionais de controle e erradicação de doenças que assolavam o campo, como a febre amarela, a malária e a peste.

Verifica-se que não houve grande avanço no setor de saúde pública assistencial (isto é, de assistência médica prestada ao indivíduo doente), no Brasil, durante o período do Estado Novo, já que a vinculação a um dos Institutos de Previdência era condição para que o trabalhador obtivesse direito ao tratamento médico, no caso de doenças. No entanto, aqueles que não eram trabalhadores ou não estavam vinculados a um Instituto de Previdência tinham que contar com atos de caridade, para que pudessem tratar-se, salvo se tivessem condições de arcar com o pagamento de tratamento junto à rede particular de saúde.

Desta maneira, grande parte do povo brasileiro desvinculado dos Institutos de Previdência (e tratados pelo Estado como indigentes) só podia contar com os poucos hospitais públicos existentes na época (ainda como um favor do Estado), entidades filantrópicas ou santas casas, mas sem que nunca lhe fosse garantido o atendimento médico como um direito, e sim como uma benesse. Por outro lado, os próprios trabalhadores vinculados aos Institutos sofriam com as disparidades que existiam entre os diferentes órgãos, já que uns garantiam mais serviços médico-hospitalares que outros, inclusive de forma mais eficiente.

Ademais,

A estrutura de atendimento hospitalar de natureza privada, com fins lucrativos, já estava montada a partir dos anos 50 e apontava na direção da formação das empresas médicas. A corporação médica ligada aos interesses capitalistas do setor era, no momento, a mais organizada e pressionava o financiamento através do Estado, da produção privada, defendendo claramente a privatização. Entretanto, apesar das pressões, a assistência médica previdenciária até 1964, era fornecida basicamente pelos serviços próprios dos Institutos. As formas de compra dos serviços médicos a terceiros aparecem como minoritárias e pouco expressivas no quadro geral da prestação da assistência médica pelos institutos. Esta situação vai ser completamente diferente no regime que se instalou no país após 1964... (BRAVO, *s.d.*, p. 5/6)

Desta forma, estava-se formando e se organizando a rede particular de saúde, que deixava de ser composta de profissionais liberais, exclusivamente, nascendo hospitais e centros

---

<sup>37</sup> Outro problema enfrentado pelo Ministério da Saúde era a política do *clientelismo*, por meio da qual políticos ofereciam, como promessa de campanha e em troca de votos na época das eleições, serviços de saúde, como ambulâncias, leitos hospitalares, vacinas etc.

de saúde privados formados por estes mesmos médicos com o escopo de atender a demanda, principalmente, das classes média e alta da sociedade de então, já que eram estas as capazes de arcar com o pagamento do tratamento na recente rede particular de saúde que se formava.

Neste mesmo período, após grande debate ocorrido em âmbito nacional, em 1960, foi promulgada a Lei nº 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social), que unificou os Institutos em um regime geral de previdência social destinado a abranger todos os trabalhadores sujeitos ao regime da CLT (deixando de existir um Instituto para cada categoria de trabalhadores), exceto os trabalhadores rurais, os empregados domésticos e os servidores públicos e de autarquias que tivessem regimes próprios de previdência – ainda que o processo de unificação somente tenha se concretizado em 1967, quando foram reunidos os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões, o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência (SAMDU) e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social (POLIGNANO, *s.d.*, p. 12).

Em 1964, após grave crise política, os militares assumiram o poder, no Brasil. Logo de início, como um dos primeiros efeitos do golpe militar, houve uma redução da verba destinada ao Ministério da Saúde, diminuindo os investimentos na saúde pública, destinando-se o valor antes voltado para aquela pasta, para favorecer os Ministérios militares do Transporte e da Indústria e Comércio (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 47). A redução de recursos destinados à saúde pública acarretou inevitável piora nas condições sanitárias nacionais, e doenças antes controladas (após as iniciativas campanhistas das décadas de 20 a 40) voltaram a ser um problema brasileiro<sup>38</sup>.

Em 1967, foi promulgada nova Constituição que, posteriormente, em 1969, foi alterada. Na seara da saúde, no entanto, foi mantida a mesma sistemática adotada pelas Constituições anteriores (1934, 1937 e 1946)<sup>39</sup>, de forma que a saúde integrava a Previdência Social como consequência da filiação do trabalhador a um dos Institutos de Previdência, inclusive com o pagamento de contribuições, hipótese que lhe dava direito a gozar do serviço de assistência médica que era colocado à disposição dos filiados ao sistema.

Ademais, a criação do Instituto Nacional de Previdência Social

---

<sup>38</sup> Em 1971, por exemplo, ocorreu no Brasil surto de meningite. No entanto, como a imprensa era controlada, durante a ditadura militar, houve proibição de se veicular matéria alertando a população do surto da doença, o que favoreceu ainda mais a sua propagação. Em 1974, quando a situação ficou insustentável, o governo militar promoveu campanha de vacinação contra a meningite, que teve contornos militares e foi realizada até 1977.

<sup>39</sup> A Constituição de 1967, no artigo 158, inciso XI, manteve a mesma redação da na norma constitucional anterior. A Emenda Constitucional nº 1/1969, somente realocou a norma em artigo diverso, qual seja, o artigo 165, inciso XV, porém mantendo a saúde pública vinculada a filiação do trabalhador ao Instituto de Previdência.

propiciou a unificação dos diferentes benefícios ao nível do IAP's. Na medida em que todo o trabalhador urbano com carteira assinada era automaticamente contribuinte e beneficiário do novo sistema, foi grande o volume de recursos financeiros capitalizados. O fato do aumento da base de contribuição, aliado ao fato do crescimento econômico da década de 70 (o chamado milagre econômico), do pequeno percentual de aposentadorias e pensões em relação ao total de contribuintes, fez com que o sistema acumulasse um grande volume de recursos financeiros. (POLIGNANO, *s.d.*, p. 15)

No entanto, ao mesmo tempo que a arrecadação do Instituto de Previdência aumentou, também houve incremento da demanda pelos serviços de assistência médica.

Diante deste fato, o governo militar tinha que decidir onde alocar os recursos públicos para atender a necessidade de ampliação do sistema, tendo ao final optado por direcioná-los para a iniciativa privada, com o objetivo de cooptar o apoio de setores importantes e influentes dentro da sociedade e da economia. (POLIGNANO, *s.d.*, p. 15)

Mais uma vez, o Estado estava a serviço do particular, mostrando que o movimento circular da história brasileira não sofreu qualquer ruptura, não obstante a experiência que deveria ser adquirida com os anos. A verdade é que a abertura brasileira ao capital estrangeiro fez com que a saúde fosse vista como uma (boa) forma de garantir alta lucratividade ao setor privado, ainda mais subsidiado pelo setor público, cujo déficit de fiscalização, a oportunidade de fraudes (com simulação do número de atendimentos realizados, por exemplo) e a desnecessidade de qualidade dos serviços (pois o Estado não reclamava pelos seus usuários), eram atrativos que acabaram tornando a saúde uma mercadoria.

Nas contingências de ampliação da clientela redefiniram-se as fronteiras entre os setores públicos e privado; duas estratégias convergentes serviam, então, como eixo para alavancar a intrincada engrenagem que receberia, em 1975, o pomposo nome de Sistema Nacional de Saúde: a compra de serviços no mercado, pelo Estado, e a transferência da função provedora para a iniciativa privada.

Comprar serviços privados, mediante formas de pagamento que se alteraram ao longo do tempo, tornou-se um dispositivo crucial para a modernização autoritária da medicina previdenciária. (VIANNA, 2000, p. 146)

Ademais, a classe média encontrava nos serviços particulares de saúde (já montados e bem equipados) atendimento rápido e eficiente, em troca de pagamento que não estava ao alcance da grande massa de trabalhadores, tampouco dos desempregados. Assim, os planos de saúde (nova figura no mercado nacional) ganharam força e passaram a ser uma realidade no sistema brasileiro de assistência médico-hospitalar.

A ampliação dos direitos dos trabalhadores, a criação de caixas de assistência, a reforma política desenvolvida no período e o advento dos planos privados permitiram uma reconfiguração das relações de poder presentes no campo da

saúde. Neste período, houve um crescente movimento de mercantilização da saúde, de modo que seu acesso esteve diretamente ligado à capacidade do indivíduo suportar o pagamento de planos privados, ou à sua condição de trabalhador, na medida em que a saúde se caracterizou como um serviço ou como um benefício trabalhista. (ASENSI, 2010, p.16)

Desta forma, mais uma vez o Estado brasileiro estava a serviço de interesses dos grandes grupos econômicos, porém não mais das oligarquias cafeeiras ou dos industriários, mas de outro tipo de elite. Agora a mercadoria era outra: a saúde. Assim, a saúde pública passou a ser prestada por particulares, porém não em regime de parceria, e sim em condição de total dependência: o Estado se valendo dos serviços dos particulares, como forma de fazer frente às necessidades dos Institutos de Previdência; os particulares, na contratação de serviços privados de saúde para atender a demanda individual, tornando o sistema ainda mais excludente, visto que os serviços privados de saúde eram usufruídos somente por parcela da população apta a pagar por seu preço.

A lógica da prestação de assistência à saúde pelo INPS privilegiava a compra de serviços às grandes corporações médicas privadas, notadamente hospitais e multinacionais fabricantes de medicamentos. Estabelece-se, então, o “complexo previdenciária médico-industrial” composto pelo sistema próprio e o contratado (conveniado ou credenciado). Já na metade de 1970, é criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), do qual fazia parte o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) que mantém a estratégia de compra de serviços do setor privado, justificada na época por ser tecnicamente mais viável, mas que se tratava, em síntese de “uma perversa conjugação entre estatismo e privatismo”. (RONCALLI, 2003, p. 32)

Ocorre que a lógica do sistema é perversa não só pela exclusão de parcela da população que não pode arcar com o pagamento de plano privado de saúde ou que não está vinculado aos Institutos de Previdência. O sistema foi perverso com o próprio Estado. Na medida em que os setores privados de saúde se organizavam e deixavam de depender da “ajuda” do Estado, ocorreu verdadeiro “surto” de descredenciamento das entidades privadas que prestavam serviços ao Estado sem, contudo, houvesse a substituição de tais serviços, pela Administração Pública.

À época, entretanto, o setor privado de saúde brasileiro era frágil, dotado de bases materiais e tecnológicas incipientes (...). O Estado privilegiou primeiro a compra de serviços de terceiros (...) convertendo o INPS no maior comprador de serviços médicos do país (...). Em meados da década de 70, quando a capacidade de ampliação desta modalidade de terceirização dava sinais de esgotamento (...), os convênios-empresas entraram em pauta (...) tornando praticamente irremediável o processo de americanização do sistema. Pois já então, outra consequência da modernização autoritária (...) manifestava-se: o empresariamento dos próprios médicos, enquanto profissionais individualizados.

(...)

O ciclo da privatização não teria se completado, no entanto, sem as alterações ocorridas nas dimensões e no poder aquisitivo da população consumidora. A clientela potencial dos convênios-empresa e planos de saúde (...) crescera e se diversificara na esteira da modernização econômica. Seres emergentes, que desconheciam as “vantagens” antes oferecidas pelo corporativismo estatizante dos IAPs, haviam entrado em cena. Assim, nos anos 70 formaram-se uma significativa demanda por serviços médicos massificados de boa qualidade. Ou o Estado os fornecia – e para isso faltava a voz que o autoritarismo calara – ou o mercado engendrava a saída. (VIANNA, 2002, p. 147 e 148)

Desta forma, é neste contexto de enfraquecimento do Instituto de Previdência e exacerbação da exclusão daqueles que não poderiam arcar com o pagamento serviços de saúde privados (e aqui estão incluídos não só aqueles já excluídos do Instituto de Previdência, como também trabalhadores que viam o sistema público de saúde do trabalhador enfraquecer e piorar a cada ano sem, contudo, poderem pagar pela utilização do serviço privado de saúde), combinado com o fortalecimento dos movimentos sociais que clamavam pela redemocratização do Estado, ansiando por melhorias nos serviços públicos de modo geral (e especialmente do serviço de saúde), e também com a influência do reconhecimento do direito à saúde como um direito humano, no plano internacional, que surgiram, a partir da década de 70 do século passado, os denominados *movimentos sanitaristas*.

### **1.3.3.3. Os movimentos sanitaristas da década de 70 e a luta pelo acesso universal à saúde pública no processo constituinte que culminou na Constituição da República de 1988**

Durante o regime militar, com toda a censura e repressão que caracterizaram o período, tendo em vista o modelo excludente de saúde com a progressiva participação do setor privado em detrimento de melhorias do setor público (a saúde vista como um bem de consumo médico), e com a crise econômica que inicia ainda na década de 70 do século passado, surgem movimentos sociais reivindicando melhorias de vida, especialmente um maior cuidado com a saúde da população.

Como era de se esperar, todos esses efeitos e consequências fizeram emergir uma grande insatisfação popular em relação à ‘política de saúde da ditadura’ perceptível já no fim do ‘milagre’ (1974-1975).

(...)

Nessa época, movimentos sociais de internos e residentes médicos buscaram alianças e articulações com outros movimentos sociais, procurando estabelecer estratégias comuns de questionamento e mudança das políticas sociais do regime. A corporação médica, por sua vez, descontente com o que

qualificava como um processo de massificação da consulta nas instituições públicas, começou a denunciar a má qualidade dos serviços médicos prestados à população. Os movimentos de contestação em saúde cresceram em número e intensidade, de tal modo que, entre o final dos anos 70 e o início dos anos 80, sindicatos e partidos iniciaram uma fase de agitação, centrada na questão da saúde e da política de saúde. (LUZ, 1991, p. 82/83)

Surge, então, o denominado Movimento pela Reforma Sanitária, resultante da intensificação dos movimentos sociais e das pressões de organismos internacionais, especialmente após a Conferência de Alma-Ata, quando a situação caótica da saúde brasileira foi exposta para o mundo todo.

O marco deste movimento ocorreu em 1979, durante o I Simpósio Nacional de Política de Saúde, onde foi discutida proposta de reorganização do sistema de saúde, por meio de um Sistema Único de Saúde de caráter universal e descentralizado.

Enquanto o governo implementava políticas racionalizadoras, foi criado o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) em julho 1976, durante a 32a. Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, realizada na UnB (Brasília), trazendo para discussão a questão da democratização da saúde e constituindo-se como um intelectual coletivo, capaz de reconstruir o pensamento em saúde (...) Essa multidão de mulheres e homens que se mobilizaram para pensar e mudar a saúde em torno do Cebes, constituíram o movimento pela democratização da saúde, a partir da socialização da produção acadêmica crítica da emergente Saúde Coletiva brasileira... (PAIM, 2007, p. 75/76)

Desta forma, o processo de democratização e universalização da saúde pública não surgiu do Estado para a sociedade, tampouco de partidos políticos ou organismos internacionais. Ao contrário, configurou verdadeiro movimento social que, ao longo dos anos, cresceu e se organizou, dando voz aos seus anseios de uma maior satisfação da cidadania popular, por meio de garantias de direitos sociais a todos os indivíduos, e não somente à parcela deles<sup>40</sup>.

Neste cenário articulavam-se diversos setores da sociedade, desde os estudantes (dos mais variados níveis), os profissionais de saúde, até os centros de estudos sanitários

---

<sup>40</sup> O movimento sanitário não foi uniforme, tampouco contou com unanimidade da classe médica. Por muitos foi criticado de corporativo, por outros acusados de satisfazer interesses de partidos políticos. Não se adentra às críticas sofridas pelo movimento, tampouco se faz um juízo de valor (positivo ou negativo) da sua forma de organização. Pretende-se, no entanto, demonstrar que foi a partir deste movimento, de característica plural e com todas as vicissitudes que podem ter os movimentos sociais (pela própria idiossincrasia dos seres humanos que compõem estas organizações), que se levantou a bandeira da saúde como um direito de todos e um dever do Estado – mesmo que antes vozes já gritassem a necessidade de reconhecimento deste direito. Trata-se, portanto, de apenas uma narrativa sobre a existência do movimento sanitário, não se pretendendo tirar qualquer conclusão sobre o evento em si. Sobre as críticas ao movimento, ver PAIM (2007), cuja tese de doutorado apresenta ponto específico acerca do tema.

(especialmente o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, que era órgão de representação e difusão do movimento), as associações (com destaque para a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva), os conselhos médicos, os sindicatos e até mesmo parlamentares. Todos estes uniam força e levantavam uma bandeira que lhes era comum: “saúde: um direito de todos e um dever do Estado”. No entanto, a pedra de toque do movimento era a democratização do setor de saúde, reconhecendo os interesses contraditórios existentes na sociedade, de forma a mobilizá-los para o atendimento das múltiplas demandas que há. Exigia-se um novo sistema de saúde que fosse universal, descentralizado e que contasse com a participação da comunidade, para que fosse democrático.

É certo, no entanto, que neste período algumas medidas foram tomadas pelo Estado, de modo a facilitar o acesso aos serviços de assistência médica por toda a população, como se verificou com as Ações Integradas de Saúde. Todavia, não se tratava de um direito conferido aos indivíduos da sociedade brasileira, sendo visto como uma verdadeira benesse por parte do Estado.

A partir da metade da década de 80 do século passado, com o movimento das “diretas já”, as articulações sociais tomaram forma e adquiriram força, o que não foi diferente com o Movimento Sanitário, que se mostrou ainda mais consistente e com aderência cada vez maior da sociedade médica, sanitarista, estudantil e de membros da própria sociedade civil.

Neste contexto, ocorreu a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986. O evento contou com cerca de 4.000 participantes e, ao final, foi elaborado relatório que serviu de respaldo para construção do Sistema Único de Saúde, na Constituinte que se seguia.

Apesar de a 8ª Conferência Nacional de Saúde não ter feito propostas específicas para a nova Constituição, definiu o quadro de referência que passara a informar, a partir de então, o conjunto de sugestões e reivindicações que o *movimento sanitarista* passaria a apresentar no processo Constituinte. Vale registrar a referência feita a ela pelo presidente José Sarney no seu discurso realizado na ocasião: a 8ª Conferência Nacional de Saúde deveria constituir-se “numa verdadeira pré-constituinte de Saúde”. (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 53)

Em 1987, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, marcando a abertura democrática do país. Para discutir os rumos da saúde

Três grupos apresentaram propostas à Subcomissão: o movimento sanitário (estatização da saúde), a iniciativa privada sanitária (privatização da saúde) e o grupo institucional (divergências entre o Ministério da Saúde e o da Previdência Social, na defesa da preservação de cada pasta). Os principais lobbies eram o do movimento reformista e do setor privado. Aquele era realizado principalmente pelo Núcleo de Estudos

em Saúde Pública – Nesp/UnB e pelo Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte (Ceac/UnB), além de lideranças e dirigentes de entidades como o CFM, a ABRASCO etc. (OLIVEIRA, *s.d.*, p. 11)

No entanto, foram as reivindicações do movimento sanitário as acolhidas na nova Constituição da República. Hoje, a saúde pública é um direito de todos e um dever do Estado, sendo o seu acesso universal e gratuito, não mais havendo vinculação da saúde à necessidade de contribuição para seu custeio. A saúde pública nasce como um direito de todos a partir de lutas sociais, e não como um movimento positivo do Estado que, nesta seara, sempre esteve mais atento aos interesses privados do que, propriamente, aos anseios sociais.

#### **1.3.3.4. Na Constituição de 1988: uma abordagem preliminar**

*É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem* (SILVA, 2009, p. 185). De fato, como um direito de todos, a saúde só veio consagrada universal e gratuitamente em 1988, isto é, cerca de 40 anos após aparecerem os primeiros documentos internacionais escritos que reconhecem a saúde como um direito humano fundamental, tal qual a constituição da Organização Mundial da Saúde.

A inclusão do direito à saúde na Constituição da República de 1988, no entanto, foi alvo de críticas no sentido da desnecessidade de tal medida, já que poderia ser adotada no plano infraconstitucional, por meio de legislação própria. Também afirmou-se que o artigo 5º da Constituição da República, ao prever a possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais não elencados no texto constitucional, já estaria englobando a saúde, tendo sido inútil a previsão em capítulo próprio do referido bem jurídico – fato, inclusive, que justifica umas das críticas à Constituição da República de 1988, considerada prolixa, por alguns.

Por mais estranho que possa parecer, muitas pessoas ainda questionam a razão pela qual um direito à saúde (...) encontra-se previsto na Constituição. (...) Vale ressaltar, neste contexto, que praticamente ninguém questionou, ao menos desde 1787, isto é, desde que surgiram as primeiras Constituições escritas, na acepção contemporânea do termo, sobre o fato de a propriedade (que chegou a ser tida inclusive como um direito natural) ocupar um lugar de destaque na Constituição. (SARLET, 2007, p. 2)

Respeitados todos os posicionamentos contrários à disciplina da saúde no texto constitucional de 1988, entende-se louvável a inclusão da proteção do bem jurídico em questão. Os direitos não devem ser objeto de exclusiva interpretação do aplicador da norma, já que

acarreta possíveis subjetividades, de forma que a inclusão da saúde de maneira implícita no rol dos direitos fundamentais permitiria que um dado aplicador da norma entendesse não se tratar de um direito fundamental de satisfação obrigatória pelo Estado em favor de todos, restringindo-o somente a determinada parcela carente da população, por exemplo. Ao prever uma disciplina exclusiva à saúde, o legislador constituinte restringiu a possibilidade interpretativa do aplicador da norma, trazendo maior segurança à proteção exigida pelo direito social à saúde.

Assim, a crítica pela inclusão do direito à saúde na Constituição Federal – argumentando-se a possibilidade de sua disciplina em legislação infraconstitucional própria ou a sua leitura por meio da interpretação do artigo 5º da própria Constituição– se mostra mais uma vez descabida, como bem salientou SILVA, em entrevista concedida ao sítio de internet “Consultor Jurídico”<sup>41</sup>, em 13 de outubro de 2013:

ConJur — O senhor concorda com a afirmação de que a nossa Constituição é muito prolixa?

José Afonso da Silva — Ela nasceu de uma negociação muito difícil. Cada um queria por alguma coisa do seu interesse. Não se pode decidir de antemão se a Constituição vai ser enxuta ou não. O processo histórico é que vai decidir o que ela vai acolher. Em uma Constituição que teve uma participação popular muito grande, é muito razoável que ela tenha acolhido muitas dessas reivindicações.

(...)

ConJur — Então o senhor não vê isso como um defeito?

José Afonso da Silva — Todo conservador fala isso. Eles querem que saiam de lá os direitos sociais, não querem que saia o direito de propriedade. Querem que saiam o direito à saúde, o direito do índio, o direito ao meio ambiente... Sim, se você tirar tudo isso ela fica muito enxuta. Mas aí o povo fica absolutamente desamparado. Todo conservador quer uma Constituição enxuta que garanta apenas seu direito, o direito da elite.<sup>42</sup>

A saúde é um direito social garantido no artigo 6º da Constituição da República, e disciplinada no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), na Seção II. Por esta razão

... a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (...). A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o

<sup>41</sup> <http://www.conjur.com.br/>

<sup>42</sup> O inteiro teor da entrevista é possível de ser encontrado no sítio da internet como seguinte endereço: <http://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>, consulta feita em 16/10/2013.

ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. (...) Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. (SARLET, 2007, p. 3)

Desta forma, a inclusão do direito à saúde no seio da Lei Maior do Estado brasileiro, inclusive com o seu reconhecimento no rol dos direitos sociais (e, como tal, caracterizando um direito fundamental), permite dizer que se está diante de uma cláusula pétrea, cuja alteração demanda um novo sistema jurídico constitucional. A exclusão da reponsabilidade do Estado pela satisfação do direito à saúde de todos os indivíduos somente poderá ocorrer caso seja instaurada nova constituinte, para elaboração de uma nova Constituição. Da maneira como está prevista atualmente, o direito à saúde não pode ser suprimido ou restringido – ainda mais considerando o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Além disso, a constitucionalização do direito à saúde dirigido a todos os indivíduos é, também, condição para que se exija atuação efetiva do Estado, por meio de políticas públicas voltadas à promoção da saúde em qualquer de suas “facetas”, isto é, medidas preventivas (evitando riscos à saúde ou doenças, como campanhas de vacinação, de conscientização social, criação de academias públicas para exercício da população carente, incentivo à pesquisa científica etc.) e de assistência médica (amplamente considerada, englobando desde consultas médicas, redes de diagnóstico, tratamento ambulatorial e hospitalar, até mesmo fornecimento de medicamentos).

Não se pode olvidar, no entanto, que a previsão da *saúde* na Constituição de 1988 não foi somente como um bem garantido como um direito. A *saúde* também foi dada ao particular para sua exploração sujeita à livre iniciativa, decerto regulamentada como um setor de relevância pública, podendo-se falar em uma livre iniciativa regulada – daí a instituição de agência regulatória própria, voltada ao setor privado que explora a saúde, isto é, a Agência Nacional de Saúde.

Portanto, a saúde tal qual prevista na Constituição da República de 1988, isto é, como um direito fundamental voltado a todos os indivíduos e como um bem apto à mercantilização, pelo particular, e sujeito à livre iniciativa, traduz o resultado da guerra de forças travada durante o processo constituinte, onde de um lado se encontravam os movimentos sanitários e demais

setores da sociedade que clamavam pela saúde em favor de todos, e, do outro lado, lutavam os setores privados de saúde – já estabelecidos e fortalecidos (muitos graças ao próprio Estado, como se viu mais acima) – por parcela do mercado que já lhe pertencia.

## Capítulo 2: A Saúde como um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O reconhecimento da saúde como um direito é uma conquista de toda a humanidade. Não por acaso, sua tutela tendo o homem como o centro se fortaleceu especialmente após as atrocidades cometidas durante as grandes guerras mundiais do século passado, quando a dignidade da pessoa humana passou a ser o vetor axiológico dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, que erigiram o ser humano como preocupação central das políticas a serem estabelecidas.

Como um direito universal, no Brasil, a saúde somente foi assim garantida a partir da Constituição de 1988, ainda que em períodos anteriores tenha havido a adoção de medidas (políticas públicas sanitárias, especialmente) que, afinal, também protegiam a saúde humana. No entanto, tais políticas não tinham por escopo defender o bem estar do indivíduo, mas se caracterizavam como forma de controle da própria espécie humana (a título de exemplo que bem ilustra o quadro narrado, tem-se a vacinação de febre amarela, no Brasil, ocorrida no início do século passado e que, inclusive, ocasionou o conhecido episódio da *revolta da vacina*).

Ademais, neste período anterior à Constituição de 1988, a tutela da saúde pelo Estado teve influência direta da proteção dada por este ao mercado privado. Conforme visto no primeiro capítulo, muitas políticas de saúde foram adotadas (no Brasil e no mundo) para que o mercado não sofresse prejuízo pelas possíveis consequências de doença que atingisse a coletividade (como a cólera, por exemplo). Medidas foram adotadas com escopo de evitar que determinadas moléstias se propagassem e constituíssem óbice à liberdade de locomoção, logo, à própria liberdade de mercado, de transacionar em localidades diversas, produtos das mais variadas espécies.

Não se pode olvidar que a garantia universal do direito à saúde constitui verdadeira conquista social. Foi por intermédio dos movimentos sociais instaurados especialmente durante a década de 70 do século passado que foi possível influenciar na escolha, pelo legislador constituinte, da garantia ao acesso universal aos serviços de saúde pública. Perceber o direito à saúde como uma conquista que partiu da sociedade para o Estado – e não o contrário – é de suma importância para se compreender os pontos que serão a seguir apresentados, pois o aspecto democrático que caracteriza a garantia da saúde pública universal, no Brasil, interfere em sua própria organização e traz maior legitimidade no pleito de sua satisfação.

Outro ponto importante de ser observado para melhor visualização dos questionamentos seguintes está no momento da instauração do processo constituinte, durante a década de 80 do

século passado. A trajetória da saúde traçada no capítulo anterior permitiu perceber que, quando da instauração da Assembleia Constituinte, convocada em 1985, o mercado privado de saúde já estava formado e fortalecido – com a colaboração do Estado, principalmente, durante o período de governo militar.

Assim, durante o processo constituinte que culminou na Constituição de 1988, várias forças estavam presentes e faziam pressão para obter a tutela de seus interesses. Quanto à saúde, é nítida a influência exercida pelo movimento sanitarista, que exigiam o universalismo do direito à saúde pública gratuita, e pelo setor privado de saúde, que pressionavam pela tutela do mercado de saúde privada. Os interesses antagônicos resultaram na previsão híbrida da *saúde*, pelo legislador constituinte, que garantiu o direito à saúde pública gratuita e universal, mas também colocou o bem *saúde* livre à iniciativa privada (como uma verdadeira mercadoria). No entanto, qualquer que seja a disciplina – pública ou privada – do direito à saúde, este deve ser compreendido como um direito fundamental – respondendo por todas as características, garantias e interpretações que são dadas aos direitos fundamentais em geral.

Sabe-se que a *saúde* (como um bem) tem relação direta com a *vida*, que é o maior bem tutelado pela ordem jurídica. Com esta visão de entrelaçamento que há entre a saúde e a vida, bem como com a compreensão do direito à saúde como um direito fundamental, o próprio “mercado” de saúde privada se vê direcionado e restringido, não tendo a liberdade (de transacionar) que existe em outros setores de produção. Esta perspectiva influenciou, por exemplo, os Tribunais brasileiros ao decidirem que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos planos de saúde, protegendo, deste modo, a parcela de usuários muitas vezes prejudicada pelos seguros de saúde, mesmo antes da legislação específica que regulamenta os planos de saúde privados (Lei nº 9656/98).

Perceber a *saúde* como um direito fundamental de todos os seres humanos – independentemente de qualquer condição idiossincrática, relacionada à raça, cor, credo, sexo etc. – não é uma preocupação afeta somente ao Estado. É mais do que isto. Conceber a *saúde* como um direito fundamental também envolve uma influência nítida no próprio mercado privado que tenha por bem de exploração a *saúde*.

Portanto, o direito à saúde compreendido no rol dos direitos fundamentais exerce, afinal, influências verticais, isto é, entre os Estados e os cidadãos (neste caso, cabendo ao Poder Público traçar medidas para dar efetividade dos serviços públicos de saúde colocados à disposição da população, como também lhe incumbe a regulação e fiscalização do mercado

privado, com escopo de proteger o indivíduo, em primeiro lugar); e influências horizontais, ou seja, entre indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) entre si<sup>43</sup>.

A questão relativa à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas já foi, inclusive, objeto de análise no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 201819 / RJ que, apesar de não tratar sobre a relação existente entre o consumidor e a empresa de plano privado de saúde, foi expresso em informar que os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações entre particulares<sup>44</sup>.

Interessante destacar parte do voto da i. Relatora do acórdão do RE 201819 / RJ, Ministra Ellen Gracie

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral nas relações entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a ideia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução, tanto no plano teórico como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão nos direitos fundamentais.

Ademais, a ementa do referido julgado é expressa quanto à aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A

<sup>43</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. RJ: Lumen Juris, 2004.

<sup>44</sup> É certo que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, como se verifica do julgamento do RE 161.243-DF, por exemplo. No entanto, o julgamento do RE 201819 / RJ serve de paradigma por ser expresso quanto à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, sendo certo que após este julgado outros tantos passaram a adotar este entendimento que, hoje, já se pode dizer consolidado na jurisprudência do Supremo.

autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (...) (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Malgrado o julgado diga respeito a pessoa jurídica estranha ao mercado de saúde privada, a ideia central que apresenta indica o entendimento da Corte no sentido de que os direitos fundamentais não servem para regular somente a relação do indivíduo com o Estado. As garantias fundamentais também têm por finalidade disciplinar a própria relação jurídica estabelecida entre as pessoas (físicas e jurídicas) de direito privado. Este entendimento é interessante principalmente quando se trata do bem *saúde*, uma vez que seu processo de mercantilização – ocorrido principalmente durante o período militar, no Brasil – não passou despercebido pelo legislador constituinte. Ao garantir a *saúde* à iniciativa privada a saúde, a atuação privada passou a ser regrada e disciplinada pelo Poder Público, tendo em mente que a saúde é, afinal, um direito fundamental que se caracteriza, no plano prático, como um serviço de relevância pública.

Ainda com mais razão, não há o que se falar em inaplicabilidade do princípio da dignidade humana quando a discussão é afeta ao mercado privado de planos de saúde, por exemplo, na relação traçada entre a empresa e um consumidor, já que o princípio em questão é, de fato, o vetor axiológico que também deve guiar a própria atuação da empresa de saúde. Desta forma, tanto o Estado, na satisfação do direito à saúde pública dos indivíduos, como também a relação existente entre consumidores e empresas de seguro ou planos de saúde privados, devem ser comandadas pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana a fim de satisfazer os direitos fundamentais dos indivíduos, que estejam entrelaçados com o próprio direito à saúde.

## **2.1. A disciplina jurídica dada à saúde na Constituição de 1988**

Como dito, a Constituição da República promulgada em 1988, reconheceu o direito à saúde de forma universal, mas também permitiu sua exploração pela livre iniciativa privada. É inquestionável a importância do reconhecimento da saúde como um direito de todos, mas é da

mesma forma notável que a inserção da saúde como um bem sujeito à livre iniciativa, na Constituição da República, é um ganho para os cidadãos.

Ao inserir a saúde sujeita à livre iniciativa, o legislador constituinte reconheceu uma realidade brasileira, que é o forte mercado de saúde privada, e dispôs este setor sob a guarda do Direito. Desta forma, o legislador constituinte evitou uma mercantilização desregrada de um bem de tamanha importância (a *saúde*), isto é, permitiu que o Estado tutelasse os indivíduos por meio de interferências realizadas no próprio mercado de consumo de saúde.

Percebe-se que a disciplina da saúde privada sob a guarda do Direito é uma novidade trazida pela Constituição de 1988. O mercado de saúde ficou sujeito, por exemplo, às regras do Título VII da Constituição, que institui a Ordem Econômica e Financeira. Ademais, o setor privado de saúde também subjugou-se à regulação estabelecida pela Agência Nacional de Saúde, que deve (ou ao menos deveria) adotar *um conjunto de medidas e ações do Governo que envolvem a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público*, como explica o próprio sítio eletrônico da agência, na internet<sup>45</sup>.

Por outro lado, outra inovação (e verdadeira conquista social) da Constituição de 1988 foi a previsão da saúde como um direito de todos os cidadãos e um *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*, de acordo com o que determina a norma do artigo 196 da Lei Maior. Conforme já dito, os contornos do direito à saúde como um direito social a todos reconhecidos não se configurou garantia que nasceu a partir de política pública do Estado, tampouco constituiu anseio dos partidos políticos ou organismos internacionais (ainda que os documentos internacionais que tratam de saúde pública tenham influenciado o próprio movimento sanitário iniciado na década de 70 do século passado), tendo partido de reclame promovido pela própria população e setores especializados específicos.

Assim, o direito à saúde teve um tratamento muito mais amplo na Constituição de 1988, do que aquele normalmente anunciado e comemorado pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Trata-se de um direito que importa em duplo ônus para o Estado, na medida em que a este incumbe dar efetividade ao direito à saúde de cada cidadão, devendo desenvolver políticas públicas voltadas à proteção da saúde da coletividade e se responsabilizar pela saúde dos indivíduos (aqui envolvendo tanto medidas preventivas, como também o tratamento médico e

---

<sup>45</sup> <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>

o fornecimento de medicamentos para aqueles que já se encontram doentes); como também caberá ao Estado brasileiro à regulamentação do mercado de saúde privada, impedindo adoção de práticas abusivas pelas empresas, que possam envolver risco à saúde de seus cidadãos e, principalmente, de seus usuários.

### 2.1.1. A saúde como um serviço de relevância pública

A saúde, ainda que não seja conceituado pela Constituição (até mesmo em razão do próprio dinamismo que envolve sua noção, como foi tratado no primeiro capítulo), é caracterizada pela Carta como sendo um *serviço de relevância pública*<sup>46</sup>. Sua adjetivação como *relevante* já permite perceber que não se trata de um simples *serviço público ou privado*, porém pela natureza do seu objeto e sua intrínseca relação com o direito à vida, adquire um papel de importância transcendental – e por esta razão dito *relevante*. Assim, questiona-se se o adjetivo *relevante* traz alguma inferência ou se, do contrário, trata-se de um serviço como as demais prestações que devem ser satisfeitas pelo Estado brasileiro ou podem ser objeto de exploração pelos particulares.

Percebe-se que a Constituição da República apresenta em duas oportunidades a expressão *relevância pública*: no artigo 129, inciso II, ao atribuir ao Ministério Público o encargo de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição*; e no artigo 197, dizendo que *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*. Em qualquer dos dois casos, a Constituição da República inova em relação aos sistemas jurídicos constitucionais anteriores, que não utilizaram a expressão axiológica (*relevante*) em seus textos.

De acordo com WEICHERT (2004, p. 127), não se deve confundir serviço público com serviço de relevância pública, já que se trata de categorias distintas. Explica o autor que não haveria necessidade da dupla previsão (serviço público e serviço de relevância pública), caso fossem sinônimas as expressões cunhadas no texto constitucional. Este posicionamento parece

---

<sup>46</sup> O artigo 197 da Constituição Federal dispõe que *[s]ão 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*.

o mais acertado, pois não se pode crer que a lei contenha termos irrelevantes, ainda que, em alguns momentos, se critique a falta de técnica do legislador brasileiro.

MODESTO (2005, p. 6) explica que as atividades consideradas de *relevância pública* podem ser prestadas pelo Estado (quando, então, seriam consideradas serviços públicos) ou pelos particulares (inclusive sujeitando-se às regras de mercado, porém com os empecilhos impostos pelo Estado, este exercendo sua atividade de regulamentação, fiscalização e controle). Desta forma, os serviços de relevância pública *são atividades sociais em que a atuação do Estado é obrigatória e a atuação do particular ocorre por direito próprio (assistência à saúde, educação...)* (idem, p. 7). Assim,

O conceito de serviço de relevância pública é menos exigente do que o conceito de serviço público. São atividades de relevância pública as **atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso**. Não há aqui exigência de aplicação obrigatória de todas as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas na legislação. Nem titularidades exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e a regulação dessas atividades pelo Poder Público seja minudente e tutelar, sendo assegurando ainda o respeito aos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade humana. (MODESTO, 2005, p. 19, grifos como o original)

Ao qualificar a saúde como um serviço de relevância pública, portanto, o legislador constituinte não teve a intenção de tornar o serviço de saúde da titularidade exclusiva do Estado – e seria até mesmo contraditória esta interpretação, já que a própria Constituição, em seu artigo 199, informa que a saúde pública é livre à iniciativa privada<sup>47</sup>. A qualificação axiológica do serviço de saúde, no entanto, permite que a iniciativa privada ofereça serviços de saúde, porém sujeitando-se aos regramentos do Estado.

A previsão da saúde como um serviço de relevância pública acarreta consequências tanto para o Estado (como provedor do direito à saúde do cidadão, como também responsável pela regulamentação e fiscalização do mercado privado de saúde), quanto para o próprio

---

<sup>47</sup> Não se pode olvidar que, quando da constituinte que gerou a Constituição de 1988, havia presente grupos dos mais variados setores da sociedade, fazendo forças muitas vezes antagônicas, conforme em inúmeros momentos foi sinalizado neste trabalho. Foi o caso da saúde, onde lutavam duas forças distintas: de um lado aqueles que tentavam estabelecer o direito à saúde para toda a população, por meio do processo de universalização e gratuidade dos serviços de saúde; e de outro lado, os prestadores privados de saúde – como planos de saúde, cooperativas de médicos, seguros de saúde etc. – que tentavam fazer prevalecer a saúde como um serviço de iniciativa privada. O acordo obtido foi, justamente, tornar a saúde uma responsabilidade do Estado na sua prestação, mas também deixá-la à disposição da iniciativa privada, ainda que haja, neste setor, um maior controle estatal, inclusive com a criação da Agência Nacional de Saúde (ANS), em 2000, por meio da Lei nº 9961.

particular, na execução de serviços de saúde – na modalidade de parceiro do Estado, isto é, prestando um serviço para que o Estado cumpra o ônus de satisfação do direito à saúde dos indivíduos que lhe foi imposto; como também agente de mercado de saúde privado. E neste ponto

O que se pode aduzir é que a dimensão a que se propôs o legislador constituinte, ao definir como de relevância pública os serviços de saúde, foi a de criar um imperativo de solidariedade social, que vem designar o aspecto prioritário e essencial dos serviços de saúde. (DELDUQUE e OLIVEIRA, 2006, p. 19)

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da questão da relevância pública dos serviços privados de saúde, confirmando que há um regime diferenciado na prestação de serviço de saúde, pelo particular, que deve atentar que se trata de serviço de relevância pública, fato que acarreta consequências, como a que se verifica no julgado que abaixo se transcreve.

**Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DE CONCUSSÃO. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE URGÊNCIA. CONCEITO PENAL DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. MÉDICO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TELEOLOGIA DO CAPUT DO ART. 327 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.**  
**1. A saúde é constitucionalmente definida como atividade mistamente pública e privada. Se prestada pelo setor público, seu regime jurídico é igualmente público; se prestada pela iniciativa privada, é atividade privada, porém sob o timbre da relevância pública.** 2. O hospital privado que, mediante convênio, se credencia para exercer atividade de relevância pública, recebendo, em contrapartida, remuneração dos cofres públicos, passa a desempenhar o múnus público. O mesmo acontecendo com o profissional da medicina que, diretamente, se obriga com o SUS. 3. O médico particular, em atendimento pelo SUS, equipara-se, para fins penais, a funcionário público. Isso por efeito da regra que se lê no caput do art. 327 do Código Penal. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 90523, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19/04/2011, DJe-201 DIVULG 18-10-2011 PUBLIC 19-10-2011 EMENT VOL-02610-01 PP-00024 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 572-583) (sem grifos no original)

Interessante no posicionamento da Corte é perceber que o particular pode funcionar de duas formas, quando diz respeito à saúde: tanto como o provedor do bem saúde (por meio de hospitais particulares, planos de assistência à saúde, seguro de saúde etc.), e neste caso estando adstrito às normas de direito privado; quanto em colaboração com o Estado, atuando junto a este na satisfação do direito à saúde do indivíduo, por meio de parcerias e convênios entre o público (Sistema Único de Saúde) e o privado, sendo neste caso guiado pelas regras aplicáveis aos serviços públicos. No entanto, qualquer que seja o regime de atuação do particular

explorando o bem *saúde*, o fato é que deve nortear sua atividade na compreensão de se tratar de um serviço de relevância pública.

Também para o Estado, a adjetivação utilizada pelo legislador constituinte (que previu a saúde como um serviço de relevância pública, repita-se) traz consequências. A qualificação axiológica demanda do Estado uma atuação prioritária e (principalmente) efetiva, denotando a preocupação do legislador constituinte em erigir o direito à saúde a patamar de importância, onde não se admite desídia do administrador, mas ao contrário, exige-se uma atenção especial para sua realização. E mais: a efetividade não se atém à prestação direta dos serviços de saúde pela Administração Pública, mas também se estende ao comportamento do Estado como agente regulador do mercado de saúde, incumbindo a fixação de regras e parâmetros para atuação do particular e fiscalizando o cumprimento daquilo por ele estabelecido.

## 2.2. O Serviço Público de Saúde

ASENSI (2013, p. 154) apresenta três dimensões do direito à saúde com as configurações que apresenta atualmente na Constituição, isto é, como um direito individual, como um direito social e como um direito de participação.

No caso da saúde, este direito se apresenta no Brasil de forma concomitante como:

- um direito *individual*, pois pertence a cada indivíduo e não pode ser violado pelo Estado, ensejando uma abstenção política deste em relação à realização de qualquer prejuízo à saúde do cidadão;
- um direito *social*, pois diz respeito à esfera pública e deve ser objeto de políticas sociais, ensejando uma ação do Estado para redução de desigualdade e a efetivação de direitos com a implementação de ações e estratégias governamentais;
- um direito de *participação*, pois pressupõe a participação popular de forma ativa no processo de formulação, execução e fiscalização de políticas de saúde, de forma plural e com expressão nos três entes da federação.

*O conjunto destas três dimensões remete à ideia do direito à saúde como um direito à cidadania* (ASENSI, 2013, p. 154). Ressalte-se que esta mesma *cidadania* deve ser interpretada não somente como uma relação entre Estado e indivíduo, mas com uma visão mais ampla, englobando também aqueles que não possuem uma relação jurídica direta com o Estado, mas carregam em si a condição de ser humano, suficiente para serem objeto de proteção jurídica.

O reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental impede que seja feita qualquer distinção entre os seus titulares, o que justifica o caráter universal e igualitário imposto pela própria norma constitucional. Assim, não há respaldo que permita concluir que o direito à

saúde somente deva ser satisfeito em favor dos cidadãos brasileiros – aqui compreendido em seu sentido amplo, ou seja, como a característica do indivíduo que possui como o Estado vínculo jurídico-político –, devendo ser estendido a qualquer pessoa que esteja em território nacional (ainda que em trânsito), quando caberá ao Estado brasileiro a tutela de sua saúde física e mental.

Também é pelo seu reconhecimento como direito humano fundamental que a norma do artigo 3º da Lei 8080/90<sup>48</sup> informa que os *níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País* e, talvez, até mais do que isto, a satisfação do direito à saúde da população de um determinado país permite que seu governo tenha um maior grau de legitimidade, visto que a política estabelecida pelo mesmo é capaz de trazer efetividade à norma constitucional, produto da vontade daquele mesmo povo (e daí a necessidade de se exigir que o direito à saúde não sirva somente à retórica dos discursos, mas seja efetivado no plano concreto).

Ainda que haja inconstância na classificação da norma que traduz o direito à saúde – que, por vezes, é dita se tratar de uma norma programática, por outra que caracteriza uma norma de eficácia plena e imediata<sup>49</sup> –, qualquer de suas interpretações não exclui o mínimo de efetividade que possui, como norma tradutora de direito fundamental. Portanto, o direito à saúde é garantido de imediato, cabendo ao Estado sua satisfação por meio de políticas públicas.

É inquestionável que, nos últimos anos, no Brasil (assim como na maioria dos países ocidentais), a Constituição conquistou força normativa e efetividade. Tal reconhecimento é fruto daquilo denominado por SOUZA NETO (2010, p. 519) de *doutrina da efetividade*. Passou-se a reconhecer que a norma constitucional (por ser “norma”), tem força imperativa, de forma que a Constituição não pode ser mera declaração de intenções, cabendo ao Poder Público satisfazer o ônus que lhe é imposto pelo legislador constituinte. Assim, o direito à saúde pública em favor de todos é exigível desde o advento da Constituição de 1988, quando então o Estado passou a responder pelo ônus imposto pelo legislador constituinte, não havendo razão para escusa na satisfação da garantia.

---

<sup>48</sup> Artigo 3º da Lei 8080/1990, alterado pela Lei 12864/2013: *Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.*

<sup>49</sup> É possível perceber que o próprio Supremo Tribunal Federal não apresenta jurisprudência pacífica sobre a natureza da norma do direito à saúde, por vezes considerando uma norma de eficácia programática (como se percebe do julgado no RE 271.286 – AgR, relatado pelo Ministro Celso de Mello e julgado em 12/09/2000) e, em outras oportunidades, como norma de eficácia plena (como se observa no julgamento do Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade de julgamento da STA 175, em 18/09/2009). Todavia, qualquer que seja o posicionamento adotado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser necessário satisfazer o direito à saúde do indivíduo, não negando a efetividade do direito à saúde como norma constitucional.

Percebe-se que, em que pese a inclusão do direito à saúde como um direito social dentro do Título dos direitos fundamentais, sua disciplina ocorreu junto à Seguridade Social, demonstrando a influência histórica do direito à saúde como integrante da seguridade social do trabalhador, que se verifica especialmente a partir da década de 20 do século passado.

Todavia, hoje, a Seguridade Social não compreende somente a Previdência Social dos trabalhadores, tampouco é somente a estes direcionada. Com a Constituição de 1988, a Seguridade Social se manteve ligada à Previdência Social dos trabalhadores, mas também abarcou a saúde pública – como um bem próprio de proteção, que é voltado a todos os cidadãos, independentemente de participarem de qualquer regime previdenciário, sendo, ou não, trabalhador formal – e a assistência social – que prevê as medidas assistenciais voltadas para parcela miserável da população, em especial para o idoso e o deficiente (por sua própria vulnerabilidade).

Portanto, a saúde pública integra a Seguridade Social que *compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade* (artigo 194 da Constituição da República). Ao Estado cabe organizar a Seguridade Social, devendo observar os princípios que o parágrafo único do artigo 194 impõe.

O artigo 196 da Constituição da República, por outro lado, além de declarar a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, dispõe que tal direito será *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*, isto é, impõe ao Estado o ônus de satisfazer o direito à saúde não apenas com a adoção medidas preventivas, mas também com atuação assistencial para fins de proteção e recuperação da saúde do indivíduo já doente (e aqui reside, portanto, a característica de ser o direito à saúde uma responsabilidade estatal).

o direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa e material. (FIGUEIREDO, 2007, p. 88)

A noção da saúde como direito de dupla dimensão (defensiva e prestacional) permite que se retorne às noções já explanadas da saúde não só como um dever do Estado (e aqui reside a dimensão prestacional do direito à saúde), mas também da necessidade da participação do

indivíduo na promoção de saúde (individual e coletiva), com assunção de sua responsabilidade social para que não crie ou incremente riscos que possam afetar a saúde do próximo. A dimensão defensiva do direito à saúde não é voltada somente ao Estado, mas também aos indivíduos integrantes da sociedade<sup>50</sup>, como explanado.

Ademais, o correto seria que o Estado privilegiasse as medidas preventivas de saúde – seja por meio de vacinação, seja colocando à disposição dos cidadãos instrumentos que lhes permitam cuidar de sua própria saúde, como uma equipe de nutricionistas, psicólogos, ou academias populares etc. –, porém mesmo que falhem as medidas preventivas, os indivíduos doentes têm o direito (fundamental) de receber do Estado o tratamento necessário à cura ou ao controle de sua doença, aqui englobando consultas médicas, realizações de exame, internações (quando necessárias) e medicamentos.

Quanto ao direito ao tratamento médico poderiam ser traçadas inúmeras observações, mas deve ser destacada a recente discussão acerca do dever do Estado em arcar com o custo de medicamentos de alto valor. A questão está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº RE 566471 RG / RN, com repercussão geral. No entanto, até o momento da elaboração deste trabalho não houve a publicação do julgado nos meios oficiais, tampouco a conclusão do julgamento. Ainda assim, achou-se por bem a inclusão da ementa do julgado, para fins de ilustração daquilo que se pretende discutir.

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685) (até o momento de elaboração do presente trabalho não houve a publicação do julgado nos meios oficiais, tampouco seu julgamento)

Vários questionamentos emergem desta decisão da Corte Especial, que passam desde a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, até mesmo discussões que dizem respeito à relação existente entre o princípio da reserva do possível e a capacidade fiscal do Estado. Em que pese não se tratar do objeto de estudo proposto no presente trabalho, não se pode deixar de se acentuar a relação existente entre a defesa estatal sob o fundamento do princípio da reserva do

---

<sup>50</sup> A dimensão defensiva do direito à saúde justifica, por exemplo, a proibição do fumo em local fechado, o que deve ser respeitado por todos os fumantes (ainda que o vício possa ser considerado, também uma doença que deve ser, da mesma forma, respeitada por todos os indivíduos) não só por ser uma norma jurídica de conduta, mas por também ser uma forma de os indivíduos fumantes respeitarem a saúde daqueles que não fumam.

possível e a real capacidade fiscal (de arrecadação de tributos) do Estado, questões que são próximas e afetas, malgrado serem pouco discutidas e relacionadas.

O Estado (representado por qualquer dos entes da Federação brasileira) em inúmeras oportunidades se valeu (e ainda se vale) do princípio da reserva do possível para se desonerar da responsabilidade de prestar assistência à saúde aos cidadãos, argumentando que os recursos são escassos e que as demandas são infinitas. Ocorre que pouco se discute sobre a responsabilidade que tem o Estado de não só manter suas finanças saudáveis, mas também de esgotar sua capacidade arrecadatória.

A título de exemplo, desde de 1988 é possível ao Estado criar o Imposto sobre Grandes Fortunas, cuja competência tributária é atribuída à União pelo artigo 153, VIII, da Constituição. No entanto, até a presente data, passados mais de 25 anos da promulgação da Carta de 1988, o referido imposto não foi instituído. Questiona-se, então, se parcela de (boa) receita do Estado está sendo (implicitamente) renunciada, quando há inúmeros cidadãos tentando obter junto ao Poder Pública cuidados para sua saúde deficiente.

Outro ponto importante – ainda em relação à discussão travada a partir do julgado acima citado – diz respeito à tutela (fiscal) que é conferida pela própria Constituição. O legislador constituinte, ciente de que o sistema jurídico anterior não impunha a saúde como um ônus a ser arcado pelo Estado e no afã de trazer efetividade ao direito à saúde estabelecido pela nova Constituição (como ônus a ser respondido pelo Estado), criou um “arcabouço” de normas que, conjugadas, permitiriam que a tutela da saúde pudesse ser realizada quando da publicação da nova ordem constitucional, em 1988. Neste momento de discussão, é importante destacar a previsão existente na norma do artigo 167, inciso IV, que ao dispor sobre a vedação de vinculação de receita de imposto, permite a afetação do produto arrecadado com a cobrança do referido tributo para fazer frente às despesas com a tutela do direito à saúde dos cidadãos.

De acordo com o artigo 167, inciso IV, da Constituição da República, é vedada a vinculação do produto de arrecadação de imposto, exceto para ações e serviços públicos de saúde (dentre outras exceções, como vinculação para repartição de receita pública, para manutenção e desenvolvimento de ensino e para realização de atividades de administração tributária). O referido dispositivo traz consigo o princípio da não vinculação (ou não afetação) da receita de impostos, que se justifica no fato de ser o imposto espécie tributária que não está vinculada a qualquer contraprestação em produto ou serviço, pelo Estado (diferentemente do que ocorre com as taxas, as contribuições de melhoria e as contribuições em geral, que sempre estão vinculadas a um serviço estatal específico). Desta forma, em regra, as receitas

provenientes da arrecadação de impostos não se vinculam a qualquer serviço estatal, devendo ser utilizada pelo administrador público na realização de suas políticas de serviços estatais.

No entanto, tendo em vista a importância do direito à saúde e a vital necessidade de sua satisfação – principalmente por sua ligação com o direito à vida – o próprio legislador constituinte previu a possibilidade de se vincular a receita da arrecadação de um imposto (que, por sua natureza, não se vincularia a qualquer prestação, o que demonstra a flexibilização do próprio instituto, pela lei) para realização de ações voltadas à saúde pública, ante a importância do bem jurídico tutelado, isto é, a *saúde* de toda a população.

Desta forma, é com surpresa que se percebe a decisão do Supremo Tribunal Federal em dar repercussão geral – o que acarreta a suspensão dos trâmites de todos os processos judiciais que estão em curso, atualmente, no Poder Judiciário, nos quais o cidadão pleiteia medicamento de alto custo de que necessita para controle de sua doença – ao RE 566471 RG. Indaga-se como se pode discutir um problema que poderia ter sido evitado pelo próprio administrador público, caso este tivesse se valido dos instrumentos que o próprio legislador constituinte lhe colocou à disposição, como a arrecadação da totalidade de tributos de que tem disponibilidade.

Decerto, uma decisão que venha a desonerar o Poder Público de sua responsabilidade em prestar assistência ao doente – mesmo que se diga respeito somente ao dever de fornecimento de medicamento de alto custo, pelo Estado – estará transgredindo uma característica que é própria à leitura e compreensão dos direitos fundamentais, que veda interpretação que acarrete diminuição no alcance de tais direitos impedindo, assim, o retrocesso social. No entanto, o problema ainda está somente na seara acadêmica, considerando que até a elaboração deste trabalho e sua revisão o Supremo Tribunal Federal não concluiu o referido julgado.

Ademais, conforme dito, a saúde foi disciplinada na Lei Maior junto à Seguridade Social, demonstrando a influência histórica da saúde como integrante da seguridade social do trabalhador, que se verifica especialmente a partir da década de 20 do século passado. Não haveria qualquer problema na inclusão da disciplina do direito à saúde dos indivíduos junto ao tratamento da Previdência Social. O impasse se encontra no fato de o legislador constituinte – ainda influenciado pelos sistemas constitucionais anteriores – haver reservado à saúde parcela do orçamento da Seguridade Social, ou seja, por força do artigo 198, §1º, da Constituição de 1988, a saúde integra o orçamento da Seguridade Social, assim como a previdência e a assistência social.

Ainda em relação à configuração da Seguridade Social, a Constituição de 1988 informa que *nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou*

*estendido sem a correspondente fonte de custeio total* (artigo 195, §5º), o que significa dizer que *qualquer gasto com a saúde, assistência social ou previdência deve possuir a contrapartida em receita para que possa ser realizado* (PISCITELLI, 2011, p. 128). Portanto, um programa de política pública de saúde que institua uma nova vacina, por exemplo, deve contar com a correspondente fonte de custeio para que possa ser colocado em prática.

As bases de financiamento do orçamento da Seguridade Social advêm dos recursos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dos recursos oriundos das contribuições sociais dos empregadores (folha de salários, faturamento e lucro líquido das empresas), trabalhadores, importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, e das receitas de concursos de prognósticos (artigo 195 da Constituição de 1988). Além das contribuições sociais, arrecadadas pelo governo federal, outros tributos e transferências constitucionais e legais constituem fontes de financiamento do SUS. Esses tributos e transferências estão definidos nos art. 155 a 159 da Constituição.

Nota-se que não foi definida fonte específica para o setor saúde nem foram estabelecidos percentuais de vinculação no momento da arrecadação. Assim, em tese, a cada exercício fiscal, por intermédio da LDO, seria determinado o quanto de recursos financeiros do referido orçamento se destinaria a cada uma dessas áreas: previdência social, saúde e assistência social.

(...)

Para que o SUS (...) estivesse apto a garantir bases materiais e efetivas para a concretização da universalização, seria fundamental diversificar as fontes de financiamento: por um lado, isso evitaria problemas derivados de oscilações macroeconômicas; por outro, tendo em vista o diminuto mercado formal de trabalho brasileiro, tal diversificação tenderia a contra-arrastar uma diminuição da base de financiamento, já que boa parte desse novo modelo baseava-se também na folha de salários. (OCKÉ-REIS, 2012, p.38/39)

Durante longo período, criticou-se o legislador infraconstitucional por não atender às necessidades de uma base orçamentária consolidada para satisfação do direito à saúde, prevendo patamares mínimos de aplicação de recursos pelos entes Federativos, e desta maneira impedindo que a dotação voltada às políticas públicas de saúde fossem insuficientes – sendo esta a principal crítica ao sistema de saúde estabelecido a partir da Constituição de 1988.

Assim, em 1996 foi publicada a Emenda Constitucional nº 12, que incluiu o artigo 74 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), outorgando competência à União para instituir a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF). No mesmo ano, foi publicada a Lei nº 9311, que efetivamente instituiu a CPMF. Apesar de indicar *provisoriedade*, a CPMF foi

diversas vezes prorrogada, tendo sido cobrada até 31 de dezembro de 2007, quando foi postergada pela última vez, após a Emenda Constitucional nº 42.

A CPMF era uma contribuição destinada especificamente ao custeio da saúde pública, da previdência social e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. No começo, o artigo 18 da Lei nº 9.311 de outubro de 1996, estipulava que a totalidade da arrecadação seria destinada exclusivamente ao Fundo Nacional de Saúde. A partir de 1999, com a Emenda constitucional nº 21, a CPMF passou a destinar parte de seus recursos à previdência social e à erradicação da pobreza.

Ocorre que a contribuição teve fim, e as críticas voltaram-se, mais uma vez, pela falta de tratamento específico para o custeio da saúde pública. Neste contexto, foi promulgada a Lei Complementar 141, em 13 de janeiro de 2012, que disciplina o artigo 198 da Constituição de 1988<sup>51</sup>, para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

A Lei Complementar 141/2012, estabeleceu percentual mínimo de aplicação de dotação orçamentária, por cada ente Federativo. De acordo com os artigos 5º, 6º e 7º, todos da Lei Complementar 141/2012, à União cabe o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta mesma Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual; aos Estados cabe a aplicação de no mínimo 12% de sua arrecadação de impostos; enquanto aos Municípios, cabe a aplicação de no mínimo 15% de sua arrecadação de impostos; cabendo ao Distrito Federal, o percentual mínimo de 12% dos impostos de competência estadual arrecadados, e 15% dos impostos de competência municipal arrecadados.

---

<sup>51</sup> Dispõe o artigo 198 que *As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) § 1º. O sistema único de saúde 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. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000); § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)...*

Uma primeira crítica que se faz à referida legislação reside no fato de não ter sido estabelecido percentual mínimo de impostos arrecadados para que a União reverta em favor do Sistema Único de Saúde, demonstrando verdadeira falha do legislador infraconstitucional, considerando se tratar do ente com maior capacidade arrecadatória.

Ademais, a Lei Complementar 141/2012, ao informar os serviços que devem ser patrocinados com a receita da arrecadação mínima de imposto, impôs ônus demasiado, isto é, previu inúmeros serviços a serem pagos com o produto que deveria ser destinado somente aos serviços de saúde pública, fato que, decerto, poderá acarretar a insuficiência orçamentária para manutenção dos serviços básicos de saúde, e que realmente importam, como serviços de vacinação, saneamento básico, unidades clínicas e hospitalares, fornecimento de medicamentos etc.. Dispõe a norma que

Art. 3º. Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Verifica-se a inclusão de despesas a serem arcadas com a fonte específica de recursos que não estão diretamente relacionadas à execução do serviço de saúde, havendo, inclusive,

para algumas delas, dotação orçamentária específica e legislação própria. Cite-se, por exemplo, a remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de saúde (inciso X), despesa que deve sair do orçamento fiscal e não do orçamento da seguridade social (que é o composto, também, pelo percentual mínimo dos impostos arrecadados, na forma da Lei Complementar 141/2012).

A falha apontada demonstra verdadeira anomalia do sistema jurídico pátrio. Muitas são as críticas pela ausência de orçamento para plena satisfação do direito à saúde do cidadão – e que, inclusive, acarreta o processo de judicialização excessiva das questões afetas às políticas de saúde, que será objeto de análise um pouco mais a frente. A Lei Complementar 141/2012, então, deve ser objeto de revisão neste ponto, até mesmo por violar dispositivos constitucionais que disciplinam a vida financeira do Estado, já que se trata de problema afeto ao próprio orçamento público e à organização prevista na Lei Maior.

Ademais, em levantamento realizado pela Organização Mundial de Saúde<sup>52</sup>, o gasto do Brasil com saúde, por habitante, está abaixo da média mundial, que é de US\$ 716, enquanto o investimento do Estado brasileiro é de US\$ 477,00. O Brasil investiu somente 3,67% de seu PIB (cerca de R\$ 725,92) em saúde<sup>53</sup>, no ano de 2010, ocupando a 72ª posição no ranking geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) de investimento em saúde.

Os dados estáticos impressionam por configurarem verdadeira lesão à ordem constitucional pátria. A inclusão da saúde como um direito de todos somente passou a ser um ônus do Estado brasileiro a partir de 1988. No entanto, isto não constituiu em melhora no plano fático. Ao contrário, os elementos demonstram verdadeira desídia do Poder Público na satisfação da garantia constitucional.

Não se pode olvidar que ao lado do setor público de saúde funciona o setor privado, cujo crescimento e fortalecimento foram favorecidos pelo próprio Estado brasileiro durante o período do golpe militar, como se assentou no primeiro capítulo deste trabalho. O enfraquecimento do setor público de saúde, pelo baixo investimento que possui o Sistema Único de Saúde – como demonstrado pelos dados estatísticos anteriores –, acaba por fortalecer ainda mais o mercado privado de saúde, para o qual parcela (favorecida) da população recorre, deixando o serviço público de saúde para a classe mais pobre de brasileiros. Mais uma vez, o Estado trabalha em favor do particular, omitindo-se em seu mister.

---

<sup>52</sup> [www.who.int/whr/2010/whr10\\_pt.pdf](http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf)

<sup>53</sup> Dados obtidos no sítio do governo federal na internet, disponível no endereço <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/siops/mais-sobre-siops/5976-financiamento-dos-us>, última consulta em 02/20/2014.

Desde o advento do SUS, embora não desejada pelos sanitaristas, a presença do setor privado acabou sendo naturalizado no sistema de saúde brasileiro, tirando força da crítica ao mercado de planos. Mas não foram apenas as eventuais fragilidades do SUS que proporcionaram o crescimento dos planos de saúde; ao contrário, esse crescimento foi gritante porque contou com incentivos governamentais no contexto do desfinanciamento do SUS, da crise fiscal do Estado e da ofensiva neoliberal. (OCKÉ-REIS, 2012, p. 15)

Assim, questiona-se se a “desorganização legislativa” somada a falha orçamentária não apontariam um verdadeiro descaso dos governantes para com a saúde pública. Inúmeras razões para esta indagação podem vir à mente, até mesmo se o fortalecimento do setor de saúde pública seria medida adequada a dar publicidade ao governo e às pessoas que dele fazem parte. Decerto, a resposta ao questionamento é positiva (há descaso do governo), já que a imperfeição do sistema de saúde pública brasileiro nasce no próprio erro do legislador e a falta de investimento orçamentário reflete a falta de preocupação do administrador público com os indivíduos, e da soma deste conjunto de equívocos quem perde é o cidadão pobre, que não pode escapar para o setor privado de saúde. O Estado atua em favor de setores específicos da economia, ainda que em detrimento de sua população; da mesma forma a omissão estatal pode ser arcada pela parcela abastada da população, deixando a sua própria sorte a comunidade carente. Trata-se da perversidade do próprio sistema político brasileiro.

Ainda em relação ao direito à saúde na Constituição da República de 1988, esta também garante o seu acesso *universal* (característica da universalidade do direito à saúde). A previsão da universalidade do acesso aos meios de saúde traduz consequência de ser a igualdade garantida como um direito fundamental, como também da premissa republicana que impede a criação de distinções entre brasileiros ou qualquer preferência entre si (artigo 19, III, da Constituição da República).

Justifica-se a previsão da universalidade do acesso aos meios e serviços de saúde em razão da própria história da saúde, no Brasil, considerando que no período de 1923 até a Constituição de 1988, especialmente, a saúde era considerada um direito ligado diretamente aos trabalhadores vinculados a determinada Caixa Assistencial (posteriormente, Instituto de Previdência), contanto que para ela contribuíssem – ressaltando que antes de 1923, a saúde não era um ônus do Estado, em qualquer hipótese, constituindo verdadeira benesse quando havia qualquer ato de tutela pelo Poder Público. Com o novo arranjo constitucional prevendo o acesso universal aos serviços de saúde, todos os indivíduos passaram a ter o direito de gozar dos serviços públicos de saúde, independentemente de qualquer condição<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Há muita confusão envolvendo a universalidade da saúde, especialmente quando se está diante de pessoas filiadas a planos de saúde. Como se falará adiante, hoje, os planos de saúde são serviços facultativos colocados à

Além de universal, outra característica do direito à saúde é o seu caráter gratuito, isto é, o Estado não pode cobrar qualquer tributo pela utilização do serviço público de saúde, pelo indivíduo. Sabe-se da possibilidade de cobrança de taxa (espécie tributária) quando há disponibilidade de serviço público passível de divisibilidade, porém, no caso da saúde, a própria Constituição Federal é expressa ao informar que os serviços públicos de saúde são gratuitos, razão pela qual é defeso toda e qualquer forma de cobrança pela utilização de ações, serviços, prestações e equipamentos públicos voltados à promoção da saúde pública, pelo Estado.

A norma constitucional ainda garante o acesso *igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*, exigindo que pessoas com a mesma doença tenham acesso aos mesmos tratamentos (ainda que optem por não fazê-lo, mas assim o façam como uma escolha e não pela falta de opção).

Outra característica importante do direito à saúde, é a da *integralidade*, que impede a limitação ou mitigação do dever do Estado na promoção do direito à saúde, de maneira que *prevenção, tratamento, integração ou reintegração social, evolução tecnológica etc. constituem faces de um mesmo bem jurídico, a saúde, que depende, portanto, de todos esses dados para que possa ser incrementada* (DALLARI e NUNES JUNIOR, 2010, p. 75).

Para fins de organização do serviço público de saúde, a Constituição de 1988 impôs o envolvimento e efetiva participação dos entes da Federação (artigo 23, II), estabelecendo a abrangência das ações de saúde (artigo 198, II) e criando o sistema único, *ao qual foi atribuído o dever de dar efetividade ao direito à saúde* (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 77).

A criação do Sistema Único de Saúde se deu com escopo de se obter maior densidade ao direito à saúde dos indivíduos, isto é, impedir que a inexistência de norma apta a traçar os contornos do direito à saúde constituísse óbice a sua satisfação. Desta forma, o Sistema Único de Saúde serve de instrumento para que o direito à saúde tenha suas prestações estatais organizadas de forma harmônica e, assim, seja eficaz no plano concreto.

### **2.2.1. O Sistema Único de Saúde**

O *caput* do artigo 198 da Constituição de 1988 dispõe que *as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (...)*. O significado do termo *sistema*, utilizado pelo legislador constituinte, permite seu entendimento

---

disposição (como uma mercadoria) dos indivíduos, caracterizando verdadeira opção que não exclui ou restringe o direito do segurado do plano privado de se valer dos serviços públicos de saúde – cabendo ao Estado recorrer ao posterior ressarcimento dos gastos, diretamente junto à empresa de seguro ou plano de saúde.

como um conjunto ordenado de partes ligadas por elementos que lhes são ínsitos que, quando reunidos, formam um todo. Ao se falar em Sistema Único de Saúde deve-se compreender este como sendo a reunião de esforços dos entes Federativos (União, Estado, Distrito Federal e Município) para concretização do direito à saúde do cidadão, isto é, todos os recursos públicos oriundos da União, ou do Estado, ou do Distrito Federal ou do Município, seja tal recurso material ou humano, quando voltado para a saúde, compõem o Sistema Único de Saúde.

WEICHERT (2004, p. 151) informa que a própria noção de sistema já indicaria a ideia de unidade, o que levaria a crer haver redundância na denominação *sistema único*. No entanto, o próprio autor explica que a expressão se justifica para afastar qualquer possibilidade de os entes políticos constituírem sistemas de saúde autônomos ou, até mesmo, subsistemas de saúde, violando o intento do legislador constituinte em formar um sistema nacional de saúde – até mesmo com o escopo de evitar desigualdade entre as regiões do Brasil, especialmente as mais pobres.

Ressalte-se que a noção de sistema como um conjunto integrado de ações e serviços, combinado com o fato de o artigo 196 da Constituição de 1988 prevê a saúde como um direito de todos e um dever do Estado (sem qualquer distinção entre os entes Federativos), bem como o artigo 23, inciso II, também da Constituição, prever a competência comum dos entes Federativos na realização de políticas públicas de saúde; a reunião deste conjunto de normas constitucionais permite concluir a solidariedade que existe entre União, Estado, Distrito Federal e Município na satisfação do direito à saúde, não havendo razão para a exclusão de qualquer deles somente em virtude de uma eventual divisão de atribuições, realizada na esfera administrativa e voltada à efetividade do serviço público de saúde.

Portanto, a organização administrativa da forma de participação dos entes Federativos no Sistema Único de Saúde, não desonera qualquer deles de disponibilizar bens e serviços de saúde em favor dos cidadãos. A falha de um é extensível a todos e a todos é atribuída a responsabilidade de correção, ainda que a norma atribua o mister a determinado ente específico.

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal afirmou a solidariedade dos entes Federativos na satisfação do direito à saúde, consagrando a jurisprudência da Corte já manifestada em julgamentos anteriores.

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO MULTIDISCIPLINAR. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DA CONTROVÉRSIA. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM

19.12.2006. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a saúde é direito de todos. Sendo dever do Estado prestar assistência à saúde, pode o requerente pleitear de qualquer um dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Controvérsia divergente daquela em que reconhecida a repercussão geral pelo Plenário desta Casa. Inadequada a aplicação da sistemática da repercussão geral (art. 543-B do CPC). Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 741566 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)

O voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, quando do julgamento da STA-AgR 175 – que será objeto de análise em seguida, porém constitui verdadeiro marco na jurisprudência da Corte, por ter autorizado ao Poder Judiciário a se manifestar em matéria de saúde, negando que isto constitua indevida interferência nos demais Poderes constituídos –, reconhece a responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, indistintamente, na realização de medidas que satisfaçam o direito à saúde dos indivíduos. No referido julgado, a Corte adicionou às razões já expostas outros argumentos, informando que

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. (Ministro-Relator Gilmar Mendes, no voto relator da STA- AgR 175, p. 87)

Assim, a denominação *Sistema Único de Saúde* não decorre de uma vaidade legislativa, tampouco constitui uma expressão impensada. A designação utilizada pelo legislador constituinte teve por fito sinalizar que a saúde – agora como um direito de todos – é de responsabilidade dos entes da Federação, cujas políticas públicas devem ser estabelecidas de forma harmônica, com escopo de dar efetividade ao direito à saúde dos indivíduos.

Por esta razão, quando um indivíduo não encontra o serviço de saúde de que necessita em seu município pode, por conseguinte, recorrer aos recursos existentes em município de maior porte, já que *dentro de uma organização regional, os gestores do SUS devem compartilhar capacidades para o atendimento* (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 78).

Ademais, o *caput* do artigo 198 da Constituição de 1988 ainda prevê que *as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada*. A questão, então, é compreender o que seria esta regionalidade e hierarquia, trazidas pela Lei Maior. Desde logo é possível apontar que ambas as expressões indicam a organização e a harmonia que as políticas públicas de saúde devem buscar, já que configuram elementos transcendentais para efetividade do direito à saúde.

A expressão *rede regionalizada* aponta a necessidade de haver uma organização por circunscrição territorial, levando em conta *o dinamismo e a complexidade do sistema, que não raro exige redefinições pontuais* (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 82). De outro lado, a *palavra hierarquizada não está a indicar uma dada ordem funcional, mas sim a necessidade de organização do atendimento em distintos níveis de complexidade* (*idem*).

É importante ressaltar que, ao falar em *hierarquia*, a Constituição de 1988 não pretendeu graduar os entes Federativos, justamente pela forma federativa de Estado que se adota no Brasil – não sendo possível pensar em uma federação com hierarquia entre seus entes pertencentes. O vocábulo empregado no texto constitucional indica hierarquia que há na distribuição de atribuições ou competências (das mais variadas naturezas) entre os entes Federativos, dentro da participação no Sistema Único de Saúde.

Assim, a *rede hierarquizada* deve ser entendida como a graduação que deve haver na organização do atendimento a ser prestado à população, que deve observar a complexidade da demanda, ou seja, devem existir níveis hierarquizados de complexidade, iniciando com o atendimento primário (que é voltado a demandas mais simples), passando ao atendimento secundário (que é o de casos de complexidade intermediária), chegando ao atendimento terciário (que é na hipótese de alta complexidade). Esta divisão atende as recomendações estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Pan-Americana de Saúde, e permite maior racionalidade de recursos.

O legislador constituinte ao promover a regionalização e hierarquização da atenção em saúde, determinou a criação de um sistema de referência e contra-referência, com escopo de melhor organizar a utilização de recursos para atendimento da demanda médica da população. O sistema de referência e contra-referência a ser implantado reflete a otimização dos meios, já que estabelece o uso de unidades secundária (de média complexidade) e terciária (de alta complexidade) de forma seletiva, após o paciente passar por uma triagem na unidade primária de atendimento. Desta forma, o paciente somente irá apresentar sua demanda médica junto às unidades de contra-referência (secundária e terciária) após passar pelo atendimento primário e, a partir dali, ser encaminhado para as outras unidades, a depender do seu caso clínico (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 83).

Havendo uma gestão bem pensada dos recursos públicos destinados às políticas públicas voltadas à saúde, é possível obter a efetividade do comando constitucional que garante o direito à saúde. A própria Constituição, ao prever normas aplicáveis ao arranjo dos serviços públicos de saúde, inclusive com a sua reunião em um sistema único, teve por escopo tornar a garantia do direito à saúde passível de aplicação imediata pelos entes Federativos, induzindo a melhor

forma de organização deste sistema, inclusive a partir das diretrizes do Sistema Único de Saúde, objeto de análise no ponto que segue.

### 2.2.1.1. Diretrizes e funcionamento

O artigo 198 da Constituição de 1988 apresenta as diretrizes que orientam o Sistema Único de Saúde, dispondo que

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

A primeira diretriz estabelecida pelo legislador constituinte diz respeito à *descentralização, com direção única em cada esfera de governo*, que não deve ser lida como forma de desonerar qualquer dos entes Federativos da satisfação do direito à saúde do cidadão, considerando que se trata de responsabilidade solidária, conforme sinalizado anteriormente. No entanto, apesar de se tratar de uma obrigação solidária (o que indica que qualquer dos entes Federativos é responsável pela satisfação do direito à saúde), a direção descentralizada aponta para a necessidade de haver um arranjo administrativo que tire do centro político (no caso, a União) escolhas que os centros regionalizados (no caso, os Municípios) estão mais aptos a realizar, considerando a maior proximidade que têm com a população da área. Desta forma, desejou o legislador constituinte que os serviços de atendimento de saúde fossem objeto de municipalização.

O artigo 7º da Lei 8080/90, ao estabelecer novos princípios a serem observados pelo gestor do Sistema Único de Saúde, repete a previsão da descentralização, porém o faz de forma mais precisa, afirmando em seu inciso IX que a *descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo*, dará ênfase na *descentralização dos serviços para os municípios* e na *regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde*. Interessante a percepção do legislador infraconstitucional, que constatou o entrelaçamento que há entre a descentralização e a regionalização e hierarquização, dispondo sobre todos em um mesmo dispositivo legal.

Com a descentralização para os municípios, é possível adequar os serviços de saúde às demandas clínicas. Os problemas enfrentados na região Norte do país não são os mesmos

problemas enfrentados pelos moradores da região Sudeste (por exemplo, doenças como a malária, comuns na região amazônica, não é tão usual no Estado do Rio de Janeiro). Em um país com as proporções do Brasil, a medida prevista na norma constitucional é apta a respeitar as peculiaridades de cada região.

Decerto, o legislador constituinte já previu a competência dos Municípios para prestar serviços de atendimento à saúde da população, conforme o disposto na regra do artigo 30, inciso VII, da Constituição da República. Nesta mesma linha a Norma Operacional Básica do SUS 1/96, que apresenta as diretrizes para o gestor municipal, estabelecendo os ônus e os bônus pela assunção dos serviços de saúde, pelos Municípios.

Interessante, neste ponto, a observação feita por DALLARI e NUNES JUNIOR (2010, p. 86) que afirmam que

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, dos SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.

(...)

Esse processo de municipalização indica, em última análise, que a tarefa de gestão dos serviços dirigidos à população deve ser realizada pelo Município, mesmo em relação a equipamentos de outras esferas do Poder Público e aos pertencentes à iniciativa privada... Logo, incrementar-se esse processo de descentralização significa, por exemplo, passar para a gestão do Município hospitais e postos estaduais e federais. Neste caso, as unidades continuam na propriedade dos demais entes da Federação, mas sob o comando do gestor municipal do SUS. Com relação aos prestadores privados, a relação com o sistema deve dar-se também por meio do Município...

DALLARI e NUNES JÚNIOR (2010, p.91) ainda explicam que este processo de descentralização estabelecido pela Constituição de 1988 é dinâmico, até mesmo em razão da própria solidariedade que une os entes da Federação. Por isto, em sendo verificado que um Município não está realizando adequadamente suas obrigações, caberá seu desempenho pelo Estado. Se este também não o fizer, deverá assumir a União. Esta previsão também se encontra na Norma Operacional Básica 1/96, que estabelece que *os poderes públicos estadual e federal são sempre co-responsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal.*

Percebe-se que todo este arranjo administrativo que pretende organizar a prestação dos serviços de saúde pública não deve ser tido como um ônus a ser suportado pelo cidadão, isto é, a prestação deficitária do serviço de saúde, pelo Município, não exclui a responsabilidade de a

União e / ou o Estado na retomada do serviço para sua esfera de competência. Do contrário, se entenderia que a organização estabelecida pela Constituição de 1988 e disciplinada pela Lei 8080/90 poderia servir de respaldo à ingerência de determinado administrador público, o que seria inconcebível.

Por isto, WEICHERT (2004, p. 167) aponta que, em relação à execução dos serviços de saúde, a combinação dos princípios da descentralização com o da hierarquização resulta na adoção do princípio da subsidiariedade, *no sentido de atribuir aos Estados e à União somente as tarefas que Municípios e Estados, respectivamente, não puderem executar satisfatoriamente, ou que requeiram dimensão regional ou nacional*. Ademais, neste mesmo trecho, o autor salienta que a descentralização não pode ser automática, devendo ser gradual, com a capacitação dos entes locais para que assumam a função de diretores plenos dos serviços de saúde da localidade, de maneira que a União e o Estado devem prestar o devido apoio financeiro e técnico (WEICHERT, 2004, p. 168).

Assim, para que seja possível um melhor controle dos serviços de saúde que estão sendo colocados à disposição da população, a própria Constituição de 1988 previu que a *direção única em cada esfera do governo*.

Historicamente, a área de saúde era dirigida por diversos órgãos públicos que, por razões partidárias ou burocráticas, acabaram por gerar políticas não integradas. Com o reconhecimento do direito à saúde em favor de todos os indivíduos, fez-se necessário que todo o programa de saúde fosse revisto e, como forma de racionalizar os custos, adotou-se a direção única do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo, que é realizada pelo Ministério da Saúde, na esfera federal, ou pelas Secretarias de Saúde, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios.

A segunda diretriz estabelecida no inciso II do artigo 198, da Constituição de 1988, *impõe atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*. Percebe-se com maior nitidez a influência exercida pelo conceito de saúde trazido na Constituição da Organização Mundial de Saúde, fato indicativo de que a diretriz da assistência integral deva ser interpretada à luz da definição de saúde tida pelo organismo internacional.

Em momento anterior, foi dito que – no contexto de humanização do Direito, que se percebe com maior perspicuidade após a Segunda Guerra Mundial – o ato constitutivo da Organização Mundial de Saúde (que passou a vigorar em 7 de abril de 1948) trouxe em seu preâmbulo conceito de saúde (como um bem) como sendo *um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*. É certo

que o referido conceito foi alvo de críticas sob o argumento de sua baixa operabilidade. No entanto, a própria Constituição Federal, quando estabelece a diretriz do atendimento integral, abala os fundamentos desta mesma crítica, na medida em que traduz operabilidade à definição estabelecida.

Nem sempre o *bem estar completo* está ao alcance do Estado e pode ser traduzido em uma política pública, já que o ser humano é um animal permeado de idiosincrasias que fazem com que cada um seja único e *sui generis*. O bem estar de cada está além de políticas públicas estabelecidas pelos governantes, porém isto não significa que o Estado não seja responsável em ao menos colocar à disposição do indivíduo serviços que facilitem o alcance de seu bem estar. E é, justamente, isto que pretende a Constituição de 1988, quando previu como diretriz do Sistema Único de Saúde o *atendimento integral*.

DALLARI e NUNES JUNIOR (2010, p. 92) sinalizam que a diretriz do atendimento integral *nada mais faz do que dar ressonância a vários princípios constitucionais, como da dignidade humana, da igualdade e do acesso universal*, já que não se poderia cogitar que o Estado recusasse atendimento a determinado indivíduo, sob o fundamento de seu elevado custo, uma vez que a saúde é um direito fundamental.

Por isto, qualquer que seja o mal sofrido pelo indivíduo, o Estado brasileiro deve se valer das tecnologias conhecidas para tentar sua cura ou amenizar suas consequências. O Poder Público deve oferecer serviços de todas as especialidades e complexidades, ainda que se trate de uma doença rara, bem como medicamentos para o tratamento das mais variadas moléstias.

Sobre o fornecimento de medicamentos, ainda que este não seja o objeto do presente trabalho, deve-se sinalizar que a doutrina e a jurisprudência apontam a necessidade de o medicamento constar na lista publicada pela ANVISA, a qual certifica que a droga é compatível com o controle de qualidade exigido no Brasil<sup>55</sup>. Além disso, tecnologias alternativas e de eficácia duvidosa (ou questionável), não estão compreendidas no dever do Estado de prestar

---

<sup>55</sup> A Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, passou a prever a forma de procedimento administrativo a ser adotado para inclusão de medicamento ou de tecnologia, ainda ausente no Serviço Único de Saúde pelo seu não reconhecimento pelas autoridades brasileiras (em especial, pela ANVISA, em se tratando de medicamentos). Dessa forma, quando se requer do Poder Público determinado medicamento ainda não reconhecido pela autoridade brasileira, antes deve ser adotado o procedimento previsto na referida legislação. Por questões claras, entende-se que o procedimento pode ser adotado em momento posterior ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público, quando demonstrado que a droga é essencial para manutenção da vida do paciente, declarando-se a inexistência de outra substância que a substitua por profissional habilitado. Decerto, a nova lei trouxe a inovação de permitir o requerimento da inclusão de novas drogas e tecnologias no Sistema Único de Saúde por atores antes estranhos a tal procedimento, porém a legislação não pode estar acima da Constituição de 1988, que além de garantir o direito à saúde integral do cidadão, também protege a própria vida, daí porque se entende possível que o Poder Público seja obrigado a fornecer medicamento ou tecnologia, antes mesmo de esgotados os procedimentos administrativos para sua inclusão entre a listagem de serviços e medicamentos colocados à disposição pelo Sistema Único de Saúde.

serviços de saúde ao cidadão, não só em razão da conhecida escassez de recursos públicos<sup>56</sup> (o que já impõe ao administrador público escolhas das políticas que poderá adotar, dentro de sua limitação orçamentária), porém em razão da própria segurança do indivíduo, pois o Estado, neste caso, também lhe serve como garantidor.

Não se pode olvidar que a própria Constituição de 1988 determinou ao administrador público que fossem priorizadas medidas preventivas de saúde. Este tema é de importância ímpar, pois as medidas preventivas são, normalmente, mais baratas do que as medidas curativas – o que já seria um ponto positivo, ainda mais se considerando a já citada escassez de recursos – além de proteger ainda mais os indivíduos (o que poderia traduzir em um grau de cumprimento ainda maior do comando constitucional, pelo Poder Público). Medidas preventivas não devem ser entendidas somente como a necessidade de saneamento básico, vacinação ou de campanhas para conscientizar a população. Mais do que isto, a prevenção envolve políticas públicas que se voltem a uma melhor alimentação da população – o que importaria uma atuação do Estado junto às indústrias alimentícias, com vistas a diminuição do sódio dos alimentos industrializados, por exemplo –, melhores condições de vida – com cidades menos poluídas, menos estresse para se ir e voltar do trabalho, com melhoria no trânsito e nos transportes públicos – e um maior incentivo às atividades físicas.

Ocorre que a própria atividade preventiva exigiria do Estado maior intervenção em determinados setores econômicos, como indústria de alimentos ou de empresas que trabalham com transporte público (para melhoria de serviços em favor da população), o que não interessa a grande parte dos governantes brasileiros – até mesmo porque boa parte deles representam estes setores e exigem um menor controle do Estado no exercício de suas atividades econômicas. Por outro lado, medidas preventivas também levariam a uma diminuição de doença o que acarretaria, por certo, um menor consumo de medicamentos, fato que alteraria o cenário favorável às indústrias farmacêuticas.

Assim, as atividades preventivas encontram óbice na própria realidade econômica. A verdade é que a doença é rentável para pequenos grupos econômicos que, por menores que sejam, exercem (como sempre exerceram) influência direta nas políticas públicas desenvolvidas pelos Estados – até mesmo em razão do comprometimento político de muitos governantes com estes setores econômicos.

A última diretriz estabelecida pela Constituição de 1988 é a *participação da comunidade*. Percebe-se que esta última diretriz é bem coerente com o momento histórico que

---

<sup>56</sup> A questão da escassez de recursos será analisada criticamente em ponto próprio.

se vivia quando da abertura democrática que resultou na Constituição de 1988. Os movimentos sociais de então exigiam uma maior participação popular, também na saúde pública, antes afeta somente a sanitaristas e profissionais da área. A saúde como um direito de todos traduz uma demanda social. Os indivíduos do Estado brasileiro, reunidos, deliberaram que o bem *saúde* é importante para a comunidade e deve ser objeto de tutela em favor de todos. Por isto, estes mesmos indivíduos passaram a exigir sua participação nas políticas públicas de promoção de saúde.

Como instrumento de democracia participativa, a participação social garante à população espaço direto na formulação, implementação, gestão e controle de uma política pública, afastada as práticas paternalistas e desenvolve o senso de responsabilidade comum.

A inserção da sociedade no âmbito interno dos órgãos de formulação da política de saúde reverte a prática de tomada de decisões com base apenas em visões técnico-burocráticas, distantes das reais carências da população, e tão em voga no período da ditadura instaurada a partir de 1964. (WEICHERT, 2004, p. 171)

Para atender a diretriz constitucional que importa em maior participação social, foi editada a Lei nº 8142/1990, que consagrou duas instâncias em cada nível de governo, para que haja a participação popular, quais sejam, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

Historicamente, tanto a Conferência Nacional de Saúde como o Conselho de Saúde foram criados em 1937, por meio da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, porém não como órgãos deliberativos ou de configurações democráticas, mas como órgãos consultivos, vinculados ao Ministério da Educação e Saúde Pública.

As Conferências Nacionais de Saúde foram instituídas por determinação do artigo 90<sup>57</sup> da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, malgrado a primeira Conferência somente tenha ocorrido, efetivamente, em 1941 (BALSEMÃO, p. 288, 2003). Ademais, as Conferências foram estabelecidas não como uma instância de participação social, conforme os contornos que a Conferência Nacional de Saúde tem hoje, mas como um ambiente de reunião e debate acerca dos “rumos” dados à saúde pública, no Brasil. Não se tratava, portanto, de ambiente onde se planejava ou se ensejava uma maior participação democrática.

---

<sup>57</sup> O artigo 90 da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, assim dispõe: Ficam instituídas a Conferência Nacional de Educação e a Conferência Nacional de Saúde, destinadas a facilitar ao Governo Federal o conhecimento das atividades concernentes a educação e a saúde, realizadas em todo o País, e a orienta-lo na execução dos serviços locais de educação e de saúde, bem como na concessão do auxílio e da subvenção federais. Parágrafo único. A Conferência Nacional de Educação e a Conferência Nacional de Saúde serão convocadas pelo Presidente da República, com intervalos máximos de dois anos, nelas tomando parte autoridades administrativas que representem o Ministério da Educação e Saúde e os governos dos Estados, do Distrito Federal e do Território da Acre.

A realização das Conferências Nacionais de Saúde é obrigatória desde o sistema jurídico anterior, porém agora com a periodicidade de quatro anos<sup>58</sup> para sua realização, a depender de convocação do Poder Executivo, conforme artigo 1º, §1º, da Lei nº 8.142/90. Ademais, a referida legislação instituiu como missão das Conferências avaliar e propor diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis municipais, estaduais e nacional, contando com a participação dos movimentos sociais organizados, das entidades ligadas à área da Saúde, dos gestores e dos prestadores de serviços de saúde.

As Conferências Nacionais de Saúde têm por objetivo principal avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para formulação de novas políticas de saúde nos três níveis de gestão, orientando os governos na elaboração de planos voltados à saúde pública, já que, na ocasião de sua realização, são levados os problemas e definidas as ações que são prioritárias nos níveis municipais, estaduais e nacional. Trata-se, portanto, de oportunidade de se apontarem erros e acertos das políticas de saúde, bem como traçarem metas e objetivos a serem buscados pelos períodos seguintes.

Os Conselhos Nacionais de Saúde também encontram disciplina na mesma Lei nº 8142/90. Ademais,

... constituem-se na regulamentação da diretriz constitucional da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde, tornando-se, portanto, a instância deliberativa e fiscalizadora do SUS em cada esfera de governo. Os conselheiros e conselheiras de saúde estão nos conselhos exercendo atividades de relevância pública, a serviço do SUS e pela garantia dos princípios constitucionais e legais. (BALSEMÃO, 2003, p. 290)

Trata-se, portanto, *de instância máxima de deliberação do Sistema Único de Saúde – SUS - de caráter permanente e deliberativo, que tem como missão a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de saúde*, conforme explica o próprio sítio eletrônico do Conselho Nacional de Saúde, na internet<sup>59</sup>. O órgão é vinculado ao Ministério da Saúde e é composto por representantes dos mais variados setores da sociedade, como usuários, entidades representativas de trabalhadores da área de saúde, governo e prestadores de serviços de saúde. Ademais, tem por atribuição aprovar o orçamento da saúde, acompanhar a sua execução orçamentária e aprovar, a cada quatro anos, o Plano Nacional de Saúde.

Verifica-se, portanto, que foi dado novo contorno aos órgãos (Conferências Nacional de Saúde e Conselhos de Saúde) já existentes no sistema jurídico anterior à Constituição de 1988,

---

<sup>58</sup> A última Conferência Nacional de Saúde ocorreu no ano de 2011, e teve como foco de debate o tema “Todos usam o SUS! SUS na Seguridade Social - Política Pública, Patrimônio do Povo Brasileiro”.

<sup>59</sup> <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/apresentacao.htm>, última consulta em 3 de fevereiro de 2014.

no entanto agora promovendo uma verdadeira “abertura democrática” das políticas de saúde que devem ser (ou ao menos deveriam ser) efetivadas pela Administração Pública. Trata-se de reflexo até mesmo do momento histórico vivido no Brasil, quando da instauração da Assembleia Constituinte que culminou na atual Constituição da República, trazendo para o cenário das escolhas políticas a própria população que é, afinal, a usuária dos serviços públicos de saúde que lhes são postos à disposição.

Além das diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1988, a Lei 8080/90 previu em seu artigo 7º, outros princípios que orientam o Sistema Único de Saúde, expandindo os vetores estabelecidos pelo legislador constituinte, contudo, sem que fosse com ele incompatível, mas apenas buscando maior efetividade da norma constitucional.

De todo modo, o que se percebe do legislador constituinte e do legislador infra constitucional é a busca para melhor gestão dos serviços públicos de saúde, prevendo, até mesmo, uma maior participação popular por meio da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde. É no mínimo curioso (como também lamentável) que, malgrado as inúmeras previsões legais existentes, o serviço público de saúde ainda se apresente tão deficitário, o que se deve não só a uma má gestão, como também a falta de interesse dos dirigentes do Estado em trazer à população a satisfação de direito que é seu.

### **2.2.1.2. A (suposta) contradição do Sistema Único de Saúde**

Questiona-se se haveria contradição no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a existência de dois sistemas de saúde que convivem entre si, porém não de forma dependente, e sim paralelamente. Há, no Brasil, um sistema público de saúde – que abarca a todos os indivíduos, indistintamente – e um sistema privado de saúde – voltado àquele indivíduo que contrata pelo serviço.

OCKÉ-REIS (2012, p. 24) afirma a existência de contradições no Sistema Único de Saúde, assim afirmando

A rigor, existe contradição entre o modelo redistributivo definido na Constituição e o nível de gasto público em saúde, deixando margem para o fortalecimento do mercado de plano de saúde. De certo modo, essa contradição nasce da própria redação da Constituição, no que se refere à assistência à saúde: de um lado, é livre à iniciativa privada (artigo 199); de outro, é direito do cidadão (artigo 196) – paradoxo que tende a minar o financiamento público de saúde.

O problema é levantado a partir da constatação de que o financiamento do Sistema Único de Saúde não é suficiente para abarcar os gastos necessários para realização da universalidade da saúde. Decerto os gastos com saúde não são suficientes, haja vista as noticiadas filas nos hospitais e centros de atendimento médico do Sistema Único de Saúde, assim como a crescente judicialização do tema – objeto do próximo ponto. No entanto, a indagação consiste em saber se é pela existência de um duplo sistema de saúde (público e privado) que o financiamento do setor público é ineficiente.

(...) Por que os princípios estabelecidos na Constituição, com base no modelo europeu de bem-estar, não se realizaram em seu todos?

Para começar, constata-se a existência de sistemas públicos e privados paralelos. Apesar de a Constituição do Brasil designar que a assistência à saúde é direito social e que os recursos devem ser alocados com base na necessidade de utilização e não pela capacidade de pagamento, parte dos cidadãos pode ser coberta por planos privados de saúde e, ao mesmo tempo, utilizar os serviços do SUS, resultando na dupla cobertura para aqueles que podem pagar ou podem ser financiados pelos empregadores: trabalhadores de média e alta rendas, executivo e funcionários públicos.

Em segundo lugar, o Estado não induziu a democratização das instituições que regulamentam os médicos liberais e os prestadores de hospitais privados, tampouco a reforma sanitária brasileira pode adotar postura mais publicista em relação a esse setor privado (...); ou, ainda, pode erguer estruturas neocorporativas, como no seguro social alemão, que organizou os interesses dos trabalhadores e dos empregadores em instituições autorreguladas, mas hierarquizadas pelo Estado.

Em terceiro lugar, os planos de saúde foram patrocinados pelo padrão de financiamento público (isenções fiscais) desde 1968, seguindo, nesse aspecto, o modelo liberal dos Estados Unidos, o qual se fundamenta em subsídios e em benefícios do empregador. (...) Esse quadro se torna mais preocupante, uma vez que os trabalhadores do polo dinâmico da economia estão cobertos pelo mercado de plano de saúde, e seus representantes políticos não apoiam o SUS no Congresso como seria necessário. (OCKÉ-REIS, 2012, p. 23/24)

Em apertada síntese, ao dizer contraditório o Sistema Único de Saúde, o autor (Ocké-Reis) percebe que seriam incompatíveis os sistemas públicos e privados paralelos, enquanto o Estado atuasse em favor do sistema privado e em detrimento do sistema público, isto é, adotando uma política de subsídios (renúncia de receita tributária) em favor do serviço privado de saúde, quando faltam recursos para amparar o sistema público de saúde, por exemplo. Da mesma forma haveria contradição quando um mesmo cidadão conta em seu favor com os sistemas público e privado, concomitantemente. No entanto, a leitura da suposta contradição que haveria no Sistema Único de Saúde não pode ser feita sem algumas considerações.

Inicialmente, deve-se ter em mente que o Sistema Único de Saúde foi objeto de construção que partiu da sociedade (como exigência social) para o Estado. Até o advento da Constituição de 1988, a saúde realizada pelo Estado em favor daqueles que não eram ligados

aos Institutos de Previdência, era tida como um favor. A saúde pública passou a ser um direito de todos após a luta dos movimentos sanitaristas – organizados por diversos segmentos da sociedade – que culminou no direito à saúde universal com os contornos dados pelo texto constitucional.

No entanto, durante a constituinte, já existia e estava fortalecido o setor privado de saúde. É inegável, decerto, que o fortalecimento do setor privado de saúde contou com a participação (ativa) do Estado brasileiro, durante o governo militar. Como uma realidade que era, o setor privado pode fazer força suficiente, de modo a influenciar o legislador constituinte. Mas ao contrário de ser um fator negativo, a previsão da saúde livre à iniciativa privada, no texto constitucional, trouxe o mercado privado para a guarda do Direito e, assim, pode ser considerado um serviço de relevância pública regulado pelo Estado (por intermédio da Agência Nacional de Saúde), que ainda tem o dever de proteger seu cidadão dentro da relação jurídica que se estabelece entre este e as empresas privadas de saúde.

Imagine-se, então, que a saúde não fosse dada pela Constituição à iniciativa privada, omitindo-se o texto constitucional sobre este ponto, apenas prevendo a saúde pública universal. Com o setor privado de saúde já organizado e fortalecido, a probabilidade de seu crescimento era (como foi e é, pois a realidade assim demonstra) maior, porém de forma desregrada, o que ocasionaria prejuízo principalmente ao próprio cidadão contratante do serviço privado de saúde. No entanto, ao trazer a saúde privada para o seio do texto constitucional, o legislador constituinte aceitou a realidade já consolidada (da força influente das empresas privadas de saúde, no mercado brasileiro), e impediu que fosse instaurado um mercado de seguro privado de saúde desregulado.

A saúde privada, hoje, não é sujeita à livre iniciativa desregrada. Ao contrário, por se tratar de um serviço de relevância pública, o mercado privado de saúde traz consigo todo o ônus de uma direta interferência estatal. Ademais, a saúde privada também se guia pelo vetor axiológico da dignidade humana, o que justifica a interferência direta do Estado, em diversas oportunidades (como, por exemplo, na política de reajuste dos planos privados de saúde, ou o entendimento judicial de lhes ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor).

A inserção da saúde privada no texto constitucional permite ampla atuação dos Tribunais Superiores, por exemplo. A título de ilustração, o Superior Tribunal de Justiça julgou abusiva cláusula que limitava a cobertura de tratamento de saúde, do seguro de plano privado, como se percebe da ementa abaixo transcrita

CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDADE DECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar.

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privadas cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato.

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado.

6. Recurso especial provido.

(REsp 735.750/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 16/02/2012)

Portanto, não se pensa haver contradição pela previsão constitucional de existência de serviços público e privado de saúde, atuando paralelamente. O que houve, acredita-se, foi o reconhecimento de uma realidade fática, com o contorno dos possíveis efeitos nocivos da situação já instaurada (rede privada de saúde fortalecida).

O problema do Sistema Único de Saúde não está em sua previsão com contornos universais. A universalidade de cobertura, a ideia de que a *saúde* é um bem tão importante que deve ser garantido pelo Estado indistintamente, não é uma contradição e, tampouco, deveria ser considerado um problema. Caracteriza-se em verdadeira conquista que partiu de uma exigência da própria sociedade. Não se trata de benesse do Estado, mas de ônus que lhe é próprio. A adversidade enfrentada pela norma constitucional que prevê o direito à saúde pública em favor de todos está na sua efetividade.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2000, p. 84)

Diz-se a norma efetiva quando está é apta a produzir efeitos no plano concreto, portanto. Todavia, algumas normas dependem de atuação ativa do Estado, tal qual ocorre com a norma que prevê o direito à saúde pública em favor de todos. A “falta de vontade” política para satisfação de um direito constitucional é uma questão a ser enfrentada no plano da legitimidade. As normas constitucionais que foram objeto de um poder constituinte originário legítimo e abalizado pelo voto do povo, quando da instauração da Assembleia Constituinte, devem ser satisfeita pelos representantes deste mesmo povo, que, afinal, não conseguem fazer valer o direito estabelecido na Lei Maior – que é a última vontade da população – instaurando uma crise de legitimidade dos próprios Poderes do Estado. É aqui que reside a contradição do Sistema Único de Saúde.

Assim, a suposta contradição do Sistema Único de Saúde não reside na concomitância de sistemas públicos e privados atuando paralelamente. Reside, ao contrário, na insatisfação do direito à saúde pública de todo e qualquer cidadão, indistintamente, pelo próprio Estado, trazendo a consequência ilegitimidade de seus representantes. Portanto, o problema não está na norma, mas na inefetividade da mesma.

### **2.2.1.3. Os problemas enfrentados pela saúde pública: da inefetividade à judicialização. A dotação orçamentária e a reserva do possível**

A grande dificuldade do direito à saúde (e, talvez, o maior problema) é a falta de efetividade das normas constitucionais que disciplinam a garantia. Mais acima foi demonstrado que o Estado brasileiro aplica muito pouco dinheiro na saúde de seus cidadãos (US\$ 416,00, por habitante), estando abaixo da média mundial (que é de US\$ 716,00 por habitante), segundo levantamento realizado pela Organização Mundial de Saúde<sup>60</sup>. Como dito, o Brasil investiu somente 3,67% de seu PIB (cerca de R\$ 725,92) em saúde<sup>61</sup>, no ano de 2010, ocupando a 72ª posição no ranking geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) de investimento em saúde.

A questão da falta de investimento do Estado brasileiro na saúde pública esbarra, inevitavelmente, na escusa – e neste caso, o argumento não pode ser considerado com a seriedade que se deve tratar o tema – da tese da reserva do possível. Diz-se *escusa* uma vez que o administrador público se vale da tese da reserva do possível de forma genérica, isto é, sem

---

<sup>60</sup> [www.who.int/whr/2010/whr10\\_pt.pdf](http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf)

<sup>61</sup> Dados obtidos no sítio do governo federal na internet, disponível no endereço <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/siops/mais-sobre-siops/5976-financiamento-do-sus>, última consulta em 02/20/2014.

demonstrar em termos numéricos (considerando que se trata de questão afeta ao próprio financiamento orçamentário – dinheiro – destinado às políticas públicas de saúde) não ser possível aplicar nada além daquilo que é destinado no orçamento para as políticas públicas de saúde, sob pena de prejudicar outra política pública da mesma forma importante (como a educação, a título de exemplo).

Premissa central da análise que se passa a empreender é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontram-se sempre e de algum modo afetados pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 41)

É certo que o Estado tem uma capacidade financeira reduzida, isto é, por se sujeitar ao princípio da legalidade (especificamente, da legalidade tributária), o Estado está adstrito a arrecadar somente os tributos que a lei lhe autoriza – no caso brasileiro, a própria Constituição de 1988 informa quais são as espécies tributárias, bem como os impostos de atribuição de cada ente Federativo –, não podendo adentrar no patrimônio do particular de outra forma, por se tratar de um Estado de Direito, logo, sujeito à lei.

Há, assim, uma dupla proteção: defende-se o patrimônio privado de interferências indevidas do Estado (impede-se o confisco), que somente ingressará no patrimônio do indivíduos para arrecadar aquilo que a lei lhe permite (princípio da legalidade); ao mesmo tempo que se protege os cofres públicos com a previsão de fonte de custeio (tributos) aptas a realizar políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos dos próprio indivíduos, reconhecendo que *todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los* (AMARAL, 2010, p. 39) e o próprio gasto com matéria-prima para sua satisfação.

A Constituição de 1988, a partir do artigo 145, traçou normas afetas à tributação, havendo previsto a possibilidade de cobrança de impostos, taxas e contribuições, para fins de patrocínio do Estado, para que este conte com aparato financeiro suficiente a fazer frente às despesas que a própria Constituição lhe impõe como ônus, tal qual ocorre com a saúde. Por esta razão, reconhece-se que os recursos do Estado são escassos, pois sujeitos a uma limitação (de natureza constitucional, inclusive).

No entanto, muitos gastos do Estado não são voltados para satisfação direta de um direito fundamental (ainda que possa se dizer que, em alguns casos, os direitos fundamentais

serão satisfeitos, porém de forma transversa). A título de exemplo, tem-se a propaganda de governo, que é um gasto público não destinado especificamente à satisfação de um direito fundamental, e sim, de forma indireta, atender ao direito à informação do indivíduo, bem como a transparência que deve haver nas políticas públicas estatais. Ocorre que se questiona, considerando a limitação orçamentária do Estado, se o gasto com propaganda deve existir quando não se consegue fazer frente a direitos que possuem um grau de maior importância, pela sua vitalidade, como o direito à saúde, já reconhecido como sendo de intrínseca relação com o próprio direito à vida. Em poucas palavras: o direito à vida (relacionado ao direito à saúde) pode ser renunciado ou limitado em razão da necessidade de atender ao direito à informação?

Além disso, a Lei Maior estabeleceu os impostos de responsabilidade de cada ente Federativo. Tendo em mente que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, teriam gastos com o desenvolvimento de políticas públicas, o legislador constituinte previu espécie tributária desvinculada de qualquer serviço público correspondente (impostos), dando ampla liberdade ao administrador público no traçar das políticas públicas que seu governo engajaria, contanto, obviamente, tais políticas fossem norteadas pelo axioma jurídico da dignidade humana e objetivassem a realização de direitos fundamentais.

Ocorre que, sem qualquer motivo ou justificativa, a União, deliberadamente, após mais de 25 anos da promulgação da Constituição da República, deixou de instituir o imposto sobre grandes fortunas, previstos no artigo 153, VII, o que demonstra que, mais uma vez, o Estado trabalha em favor de uma minoria. Indaga-se, então, como se pode alegar a tese da reserva do possível e fundamentar a inexistência de políticas públicas aptas a satisfazer por completo uma determinada necessidade social – como a saúde de todos –, quando a própria capacidade arrecadatória do Estado não é colocada em prática por completo.

Decerto, a tese da reserva do possível é voltada para a verba efetivamente existente nos cofres públicos, de forma que seus defensores afirmarão haver uma falácia no questionamento acima. Todavia, a renúncia (voluntária ou não) de receita – como ocorre pela não instituição de imposto autorizado pela Lei Maior – acarreta inevitável enfraquecimento da própria tese, na medida em que a reserva do possível trabalha com a ideia de escassez de recurso, porém, no caso brasileiro (especificamente em relação à União), o recurso (dinheiro) não pode ser dito escasso quando há uma fonte de receita ainda não explorada.

Outra problema da tese da reserva do possível é a sua utilização de forma genérica. Sabe-se que *as finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar do que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes* (AMARAL, 2010, p. 4), isto é,

por meio das finanças públicas os gastos do governo são explicados. Ocorre que não há uma satisfação amplamente divulgada acerca dos gastos que são realizados no lugar do pagamento por produtos e serviços que possam melhorar a saúde pública.

Por outro lado, a tese da reserva do possível também não pode servir de óbice para a satisfação do mínimo vital, assim entendido como a reunião de *condições materiais básicas para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica* (BARCELLOS, 2011, p. 292), isto é, há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas (TORRES, 2009, p. 35). Assim, o mínimo vital que realiza a dignidade da pessoa humana é o limite para utilização da tese da reserva do possível, já que esta não terá cabimento quando servir para desincumbir o Estado da realização daquilo que traduz um mínimo de dignidade.

O maior problema enfrentado pelo direito à saúde é sua ineficácia no plano prático, pela inexistência de políticas públicas aptas a fazer frente às necessidades da população, como já apontado. Diuturnamente, é noticiado a ausência de leitos nos hospitais integrantes do Sistema Único de Saúde, a falta de atendimento médico (especialmente em regiões distantes dos grandes centros urbanos), a inexistência de medicamentos nos postos de atendimentos e as condições indignas de tratamento do indivíduo doente; trata-se de questão conhecida por todos e sofrida principalmente pela população brasileira mais pobre (e sem condições de arcar com o pagamento de planos privados). A apontada ineficácia do direito à saúde teve como uma de suas consequências o fenômeno denominado “judicialização”.

Não se pretende tratar das formas de judicialização, de questões atinentes ao ativismo judicial ou da juridicização, tampouco da falta de primor acadêmico em sua conceituação – considerando que, a depender do autor, o tema é abordado sob as mais diversas perspectivas, valendo-se de diferentes entendimentos sobre o conteúdo semântico das expressões *judicialização, juridicização e ativismo judicial*<sup>62</sup>. Todavia, para que não haja ambiguidades ou incompreensões, para fins de entendimento daquilo que se pretende tratar, deve-se ter em mente que se dirá *judicialização* quando se estiver diante de questões afetas às políticas públicas que são levadas ao Poder Judiciário, porém desde já sinalizando que esta conceituação é simplória

---

<sup>62</sup> Estefânia Maria de Queiroz BarbozaI e Katya KozickiII têm, em conjunto, interessante artigo sobre o tema, denominado *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*, publicado na Revista direito GV (*on line*), em 2012.

e não abarca todas as nuances do tema, porém será suficiente para se demonstrar aquilo que pretende neste ponto do trabalho.

Desde o século XX, e principalmente a partir da Constituição de 1988, houve um fortalecimento e crescimento do Poder Judiciário – não sendo este um fenômeno exclusivo do Brasil<sup>63</sup>, havendo um número considerável de doutrinadores estrangeiros que tratam sobre o tema<sup>64</sup>.

De fato, é possível pensar o protagonismo do Judiciário no Brasil de uma forma ainda mais ampla e conceitual, isto é, como uma “profecia que se cumpre por si mesma”. O fortalecimento do Judiciário no Brasil ocorreu em função de uma série de circunstâncias e fatores sociais, políticos e culturais no século XX, que culminaram na intensificação da judicialização dos conflitos e dos próprios direitos. Tais transformações foram decisivas para o fortalecimento institucional do Judiciário enquanto “profecia”, recebendo o “chamado” para ser a instituição privilegiada da efetivação de direitos no Brasil. Como uma profecia, uma vez admitida pelos atores (partes, operadores do direito, acadêmicos etc.) como verdadeira, a prática judicial passa a ser interpretada como espaço privilegiado – e, em muitos casos, único – de encaminhamento de conflitos e efetivação de direitos. Os atores sociais e políticos, ao admitirem o protagonismo do Judiciário como verdadeiro, a despeito das próprias limitações teóricas e metodológicas, tornaram-no verdadeiro em suas consequências. Este fortalecimento, de *causa aparente*, transformou-se em *consequência real*. (ASENSI, 2013, p. 192)

Assim, o Poder Judiciário, que é, pela Constituição, a instância responsável em analisar e conter lesão ou ameaça a direitos (pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição), passa a ser o maior (e talvez único) protagonista na solução de conflitos, no caso de saúde (que é objeto de estudo deste trabalho, apesar de ser possível dizer que este protagonismo do Poder Judiciário não é exclusivo para tal direito social, estendendo-se a outros tantos direitos fundamentais).

A questão, no entanto, reside em saber se este protagonismo não violaria ao clássico princípio da separação de Poderes, isto é, precisa se responder se o Poder Judiciário, ao decidir sobre questões afetas às políticas pública (falta de medicamentos ou de leitos em hospitais para internação de pacientes, por exemplo), estaria se imiscuindo em questão que não lhe é afeta, mas de competência do Poder Executivo.

GRINOVER (2010, p. 10), ao tratar do controle jurisdicional das políticas públicas, informa que as formas de expressão de poder estatal são meros instrumentos para consecução

---

<sup>63</sup> O Brasil apresenta forte doutrina acerca do fortalecimento e protagonismo do Poder Judiciário, com nomes como Luiz Werneck Vianna, Luiz Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Margarida Lamcombe e o próprio Ministro Gilmar Mendes, entre outros tantos expositores sobre o tema.

<sup>64</sup> O fortalecimento e protagonismo do Poder Judiciário é fartamente estudado pela doutrina estadunidense, podendo-se citar, a título de exemplo, os doutrinadores Jeremy Waldron, Cass R. Sustein, Ronald Dworkin, entre outros. Na doutrina francesa, pode-se citar Antonie Garapon. Na alemã, cite-se Ingeborg Maus.

dos fins do Estado (especialmente da dignidade da pessoa humana, no caso do Brasil), e que os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são – ou deveriam ser – harmônicos, de modo que se um dos Poderes não cumpre os desígnios constitucionais (considerando a Constituição da República como expressão máxima da soberania popular) cabe ao outro satisfazer a intenção da Lei Maior, o que justificaria a judicialização das políticas públicas sem que haja qualquer tipo de mácula à doutrina da separação dos Poderes.

WALDRON (2010, p. 196), por sua vez, em que pese um dos maiores críticos ao protagonismo do Poder Judiciário, informa que a crítica que faz não deve servir de escusa para que o Poder Executivo deixe de cumprir um comando legal, considerando estar sujeito à norma jurídica.

Este é um ensaio sobre o 'judicial review' realizado sobre a legislação, não sobre o 'judicial review' realizado sobre ação do executivo ou sobre tomada de decisão administrativa. A questão que quero abordar diz respeito à legislação primária promulgada pelo parlamento eleito de um Estado politicamente organizado. Pode-se pensar que alguns dos mesmos argumentos se aplicam também à ação do executivo: afinal de contas, o executivo possui algumas credenciais eleitorais próprias com as quais pode se opor à tomada de decisão dos juízes. Mas é quase universalmente aceito que as credenciais eleitorais do executivo estão sujeitas à norma jurídica, conseqüentemente, que os tribunais podem apropriadamente exigir de autoridade que atuem de acordo com autorização legal.

Desta forma, o protagonismo do Poder Judiciário na solução de conflitos envolvendo o direito à saúde, encontra eco na doutrina que defende maior atuação, com a proteção do referido direito social – malgrado haja, também na doutrina<sup>65</sup>, severas críticas à atuação positiva do Poder Judiciário.

O problema da atuação ativa do Poder Judiciário em questões afetas ao direito à saúde chegou ao Supremo Tribunal Federal que, durante o julgamento da STA 175, chegou a realizar audiência pública para oitiva dos mais diversos segmentos da sociedade sobre o tema. Em sede de julgamento, a Corte conclui ser possível a atuação ativa do Poder Judiciário. Veja-se a ementa do julgado.

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave

<sup>65</sup> Cite-se, por todos, AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

Assim, o próprio Supremo Tribunal Federal conclui não haver qualquer desequilíbrio entre os Poderes na atuação ativa do Poder Judiciário na solução de conflitos envolvendo o direito à saúde. O julgamento é objeto de crítica dos opositores do protagonismo do Judiciário, sob os mais diversos fundamentos, em especial sobre o desequilíbrio orçamentário que acarretam as decisões judiciais que determinam internação ou tratamento médico em hospitais particulares (por inexistência na rede pública de saúde) ou o pagamento de medicamentos não disponível nas centrais públicas.

Ocorre que, por mais criticável que possa ser a atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos envolvendo a falta de políticas públicas de saúde, mesmo após 25 anos da promulgação da Constituição da República, o direito à saúde não foi efetivado, sendo de conhecimento notório o estado lastimável da saúde pública, no Brasil.

A tese da reserva do possível e escassez dos recursos públicos já foi debatida e restou demonstrado sua insubsistência enquanto não há indicações numéricas da impossibilidade de o Estado arcar com o custo do direito à saúde, de forma clara, precisa e compreensível. Desta maneira, o único meio encontrado para satisfação do direito à saúde é por intermédio do Poder Judiciário, não tendo havido qualquer melhoria da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, de forma a atender a demanda da população que clama pela melhoria dos serviços públicos de saúde que lhes são colocados à disposição, sendo certo que a atuação do Poder Judiciário continua se justificando na própria desídia dos demais Poderes.

### **2.3. O Serviço Privado de Saúde**

Dispõe o artigo 199 da Constituição da República de 1988 que a *assistência à saúde é livre à iniciativa privada*, ainda que esta participe de forma complementar do Sistema Único de Saúde, *mediante contrato de direito público ou convênio* (parágrafo primeiro). Ademais, *veda-se a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei* (parágrafo terceiro). Esmiuçando o referido dispositivo é possível fazer algumas observações.

Inicialmente, a questão da participação complementar do sistema privado de saúde junto ao Sistema Único de Saúde. O tema já foi objeto de análise oportunamente, porém não se deve

olvidar que a própria legislação constitucional coloca o sistema privado não como ator principal da saúde pública, mas apenas como um parceiro, atuando de maneira adicional no setor em que não há disponibilidade pública para cumprimento do mister.

Da análise da trajetória de reconhecimento da saúde como um direito de todos, feita no primeiro capítulo deste trabalho, foi possível verificar que o sistema público de saúde – por sua má gestão ou por sua gestão voltada a outros interesses que não o interesse público, como deveria ter sido – foi o grande responsável pelo crescimento, fortalecimento e independência do sistema privado de saúde, principalmente a partir da década de 70 do século passado<sup>66</sup>.

Durante o governo militar, com a reunião dos Institutos de Previdência em um único instituto – o Instituto Nacional de Previdência Social – houve um incremento da demanda médica – já que todos os trabalhadores contribuintes passaram a se valer de um mesmo serviço de saúde pública -, assim como também houve o aumento da renda arrecadada, agora unificada em favor de uma única autarquia. De forma a fazer frente a demanda por saúde expandida com a reunião dos institutos, e também atendendo a demanda de setores privados específicos, a Administração Pública passou a contratar o serviço privado de saúde para atuar junto ao serviço público.

Ocorre que a contratação do serviço privado de saúde não ocorreu de forma complementar, isto é, somente para suprir a demanda crescente até que o setor público se organizasse para assumir o seu mister. Ao contrário, o que ocorreu foi o fortalecimento dos serviços privados de saúde a ponto de sua total independência para com o serviço público, enquanto o setor público de saúde via-se cada vez mais dependente do setor privado para manter o funcionamento de suas atividades.

O contexto repressivo, centralizador e estimulador da privatização e do empresariamento de diversas atividades, inclusive as de cunho social é marcado por um conjunto de políticas que a par de incorporarem novos segmentos aos benefícios previdenciários incitam o surgimento de um segmento caracteristicamente capitalista no sistema de saúde brasileiro. Medidas administrativas transformam a Previdência Social no maior comprador de serviços médicos do País. A Previdência, ao subordinar a produção de atividades assistenciais à lógica da remuneração por produção, impulsiona diversas modalidades de privatização da assistência médica, desde o incentivo ao produtor privado isolado (hospitais, laboratórios) até o surgimento de grupos de médicos que criam empresas para a prestação de serviços a outras empresas. Uma expressão das políticas de privatização na área da saúde é o convênio-empresa, conquista política dos empresários, em uma conjuntura de deslocamento dos trabalhadores do centro de decisão política da Previdência Social. (BAHIA, 1999, p. 30)

---

<sup>66</sup> Sobre a participação privada no setor público de saúde, bem como a consequente mercantilização da saúde durante as décadas de 70 e 80 do século passado, ver VIANNA, 2000, p. 145 a 149; e CORDEIRO, 1984.

Desta maneira, a partir do final da década de 70 e início da década de 80 do século passado, o sistema privado de saúde – já independente e fortalecido às custas do serviço público de saúde – passou a ser utilizado pela população das classes média e alta, que podiam pagar por seus altos custos, enquanto que a parcela carente de trabalhadores contavam com o serviço deficitário de saúde pública (ainda ligado ao Instituto de Previdência). Ademais, os serviços privados passaram a se organizar em empresas e cooperativas, iniciando o aparecimento daquilo que hoje se denomina “planos ou seguros de saúde”.

Assim, quando do processo constituinte iniciado com a abertura democrática, na década de 80 do século passado, vários atores exerciam pressão para a disciplina da saúde na nova Constituição que se formava. Os movimentos sanitaristas exigiam uma maior participação do Estado na satisfação do direito à saúde, inclusive com a ampliação dos indivíduos protegidos por tal garantia, erguendo a bandeira da “saúde para todos”, além da diminuição da dependência do setor privado, ampliando-se a estrutura dos serviços públicos de saúde, organizados em um Sistema Único com escopo de manter coesão e harmonia nos serviços prestados nas mais diversas regiões do País. De outro lado, o serviço privado de saúde, já independente e organizado, lutava também pela garantia da parcela do produto que lhe era afeta, e servia como bem apto a mercantilização: a saúde.

Neste contexto plural e de luta por parcela do poder, o legislador constituinte ponderou os interesses, achando por bem garantir a saúde à livre iniciativa, mas também garantir a todos a saúde pública (isto é, promovida pelo Estado por meio de serviços de prevenção e assistência médicos), independentemente de qualquer contribuição do indivíduo.

Desta forma, por ter sido o Estado instado a participar diretamente da satisfação do direito à saúde dos indivíduos, impondo o ônus de organizar os serviços públicos de saúde, demandou-se que tais serviços fossem, em sua essência, estatais, malgrado a possibilidade de participação complementar do setor privado, como parceiro da Administração Pública. No entanto, como forma de obstar que mais uma vez o Estado fosse utilizado por parcela da iniciativa privada como fomentador de interesses capitalistas e particulares, o próprio legislador constituinte impôs que fosse dada preferência aos serviços filantrópicos e sem fins lucrativos, na complementação dos serviços públicos de saúde<sup>67</sup>. De todo modo, no caso de o particular

---

<sup>67</sup> Não contava o legislador constituinte, no entanto, que fossem surgir as organizações sociais com uma aparência de filantropia, mas que, na verdade, passaram a se valer do setor público de saúde com a mesma avidez por lucro dos serviços privados de saúde, nas décadas de 70 e 80 do século passado. Esta questão, no entanto, será objeto de debate oportuno.

atuar em parceria junto ao Sistema Único de Saúde, a sua participação se dará à luz do direito público, sujeitando-se aos regramentos específicos dos serviços públicos.

Outro problema que se suscita a partir da análise da norma contida no citado artigo 199 do texto constitucional, é o reconhecimento da saúde como uma mercadoria, pelo próprio legislador constituinte. Ao informar que a *assistência à saúde é livre à iniciativa privada* (*caput* do artigo 199), a Lei Maior reconhece que o mercado pode se valer do bem *saúde*, com escopo lucrativo. Tal previsão, decerto, constitui reconhecimento da força do setor privado de saúde, exercida no processo constituinte. Ademais, sistema privado engloba a prestação de serviços de saúde por profissionais e estabelecimentos clínicos, bem como pela intermediação dos serviços por meio da cobertura dos riscos de assistência à saúde, pelas seguradoras de planos de assistência médica.

Não se pode olvidar que a própria Constituição de 1988 dispõe que a saúde é um serviço de relevância pública. A adjetivação de que se valeu o legislador constituinte (*relevância pública*) já direciona a atuação do setor privado de saúde para uma participação regrada, na economia. Ademais, também importa ao setor privado um direcionamento voltado à proteção dos indivíduos, considerando de relevância pública também o serviço de saúde privada principalmente pela intrínseca relação que há entre a saúde e a vida, maior bem tutelado pelo ordenamento jurídico. Assim, às empresas privadas de saúde também se exige observância aos princípios constitucionais e respeito aos direitos fundamentais, caracterizando verdadeira horizontalidade dos direitos fundamentais, já que aplicado na relação entre pessoas privadas.

Desta maneira, o lucro por meio da venda da assistência à saúde – seja por plano, cooperativas ou seguros, que tenham por objeto a saúde – não é criticável, tampouco fere o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a disciplina da assistência médica privada não se atende na Seção II (Da Saúde), do Capítulo II (Da Seguridade Social), do Título VIII (Da Ordem Social), da Constituição, e sim se encontra disciplinada nas normas que regem a ordem econômica (artigos 170 e seguintes), isto é, o Título anterior da Lei Maior.

A participação do Estado, então, quando se trata da *saúde* objeto da livre iniciativa (ou seja, no âmbito privado), deve ser subsidiária e somente existir quando indispensável para regulação do mercado, já que a regra do sistema brasileiro é que o Estado não intervirá na economia, exceto para sua regulação – o que justifica a participação da Agência Nacional de Saúde, no controle e disciplina do mercado de saúde privada.

Tem-se, então, a existência concomitante de dois sistemas de saúde: o sistema público de saúde e o sistema privado de saúde. No entanto, não há entre eles concorrência – no sentido econômico do termo, isto é, concorrência no mercado – mas independência e, em determinados

momentos, intercâmbio (já que é possível atuação do setor privado, no sistema público de saúde, de forma complementar).

A saúde privada é disciplinada pela Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998. Verifica-se que a legislação específica aplicável ao setor privado de saúde foi publicada somente após quase 10 anos da Constituição de 1988, quando a saúde privada já era reconhecida como mercadoria sujeita à livre iniciativa e, portanto, encontrava-se sob a guarda do sistema jurídico.

É certo que já na década de 80 iniciou-se um processo (tímido) de regulação do setor privado de saúde, por meio da Lei nº 6839, de 30 de outubro de 1980, porém apenas obrigando as empresas privadas a se registrarem junto aos órgãos competentes para a fiscalização do exercício de sua atividade básica (Conselho Federal de Medicina e Conselhos Regionais de cada Estado da Federação). Além disso, a Resolução 1.401, de 11 de novembro de 1993, do Conselho Federal de Medicina, obrigou que as empresas de saúde garantissem o tratamento às doenças reconhecidas internacionalmente.

Assim, até o advento da Lei nº 9656/98, não havia legislação específica que regulasse de forma completa e abrangente a atividade privada de saúde.

Sem uma normatização específica, a inexistência de um sistema de coordenação e fiscalização dessa atividade, e, também diante das dificuldades de financiamento e organização do sistema público, assistiu-se a um crescimento desordenado desse setor, dando margem a toda sorte de abusos e ilegalidades contra os seus beneficiários, os consumidores. (GREGORI, 2007, p. 30)

No entanto,

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, e a consequente atuação dos Procons, das entidades civis de defesa do consumidor e do Ministério Público na área de defesa dos consumidores, o setor de assistência privada à saúde passa a figurar como um dos assuntos de maior destaque nas denúncias por parte dos consumidores, crescendo o número de ações judiciais, inclusive coletivas e reclamações nesses órgãos. (GREGORI, 2007, p.31)

Os principais problemas enfrentados pelo setor privado de saúde dizem respeito à cobertura de forma de reajuste dos planos privados. Atualmente, os problemas são contornados pela atuação do Poder Judiciário, mas também pela regulação do mercado realizado pela Agência Nacional de Saúde.

A Agência Nacional de Saúde foi instituída pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Trata-se de instância reguladora de um setor da economia – saúde privada – que tem por escopo adotar medidas e ações que envolvem a criação de normas, o controle e a fiscalização de

segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público, promovendo a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Assim, ao disponibilizar à iniciativa privada o bem *saúde*, a Constituição de 1988 permitiu que o mercado de serviço privado de saúde – já fortalecido e até então desregrado – passasse a atuar sob a égide do Direito, autorizando, desta forma, uma maior regulação do mercado e uma proteção ampliada aos usuários do serviço privado de saúde.

### **2.3.1. Os planos de saúde são obrigatórios ou facultativos?**

O questionamento acerca da obrigatoriedade dos planos de saúde pode parecer de fácil e equivocada resposta. Caso a pergunta seja dirigida a um indivíduo sem conhecimentos técnicos sobre saúde, possivelmente a resposta seria pela obrigatoriedade da contratação do serviço privado de saúde por aqueles que têm condição de fazê-lo. E mais, a resposta ainda seria seguida da possível justificativa de que o serviço público de saúde deve ser voltado à população carente, ou até mesmo respaldada na ineficiência do serviço público de saúde, pela sua ausência ou dificuldade de obtenção.

Ainda que não tenha havido uma pesquisa de campo questionando aos entrevistados sobre a obrigatoriedade ou não dos serviços privados de saúde (até em razão de não ser este o objeto de estudo do presente trabalho) a experiência profissional<sup>68</sup> mostra o total desconhecimento da população brasileira acerca de seus direitos. Pior do que isto, o desconhecimento nem mesmo é alvo de políticas públicas voltadas à conscientização do povo acerca daquilo que lhe é devido pelo Estado que, por sua omissão, acaba contribuindo para ignorância dos indivíduos sobre o que lhe é devido.

Por esta razão, em muitos casos, o Poder Público não é instado a atuar na realização de políticas públicas de saúde, tampouco é procurado pelos indivíduos para atender às suas demandas particulares. Cresce na coletividade o equivocado entendimento de que todos devem possuir plano de saúde para que tenham o seu bem *saúde* resguardado, relegando o serviço público de saúde à parcela da população que não pode arcar com o pagamento de um plano

---

<sup>68</sup> Em que pese o presente trabalho se tratar de uma pesquisa e, como tal, merecer dados científicos para lhe respaldar, não é possível ao escritor se distanciar de seu objeto de estudo a ponto de abandonar suas convicções e experiências, agindo de forma objetiva, relacionando os fatos a dados concretos. Assim, a alegação no sentido de a população desconhecer seus direitos, especialmente o direito à saúde pública universal, é feita com respaldo na experiência.

privado. Esta omissão, decerto, facilita para que não haja, no seio da população, meios eficazes de pressão social para fazer valer o direito que é de todos, indistintamente, isto é, quase não se exige do Estado que satisfaça o direito à saúde os indivíduos brasileiros e que se encontram em território nacional.

O ciclo da privatização não teria se completado, no entanto, sem as alterações ocorridas nas dimensões e no poder aquisitivo da população consumidora. A clientela potencial dos convênios-empresas e planos de saúde (...) cresceram e se diversificaram na esteira da modernização econômica. Seres emergentes, que desconheciam as “vantagens” antes oferecidas pelo corporativismo estatizante dos IAPs, haviam entrado em cena. Assim, nos anos 70 formara-se uma significativa demanda por serviços médicos massificados de boa qualidade. Ou o Estado os fornecia – e para isso faltava a voz que o autoritarismo calara – ou o mercado engendrava uma saída.

E com efeito, o mercado engendrou a saída. Mas não sem o concurso do Estado, como de praxe no Brasil. (...) o sistema público se deteriorava a olhos vistos (...), numa evidente demonstração de que o projeto de ampliação da cidadania social não contemplava o coletivo. Atraente porque, além de todo o apelo direto representado por um melhor atendimento, um fator adicional veio a pesar: a possibilidade de deduzir despesas com saúde de imposto de renda. (VIANNA, 2000, p.148)

Desta forma, o que hoje se verifica é que o serviço público de saúde é deixado àquela parcela da população que não tem condições de arcar com o pagamento de um plano privado de saúde. Ocorre que esta situação reverte toda a lógica que estrutura o próprio ordenamento jurídico. Ao prevê a saúde como um direito universal, o legislador constituinte deixou ao Estado a incumbência de tutelar a saúde de todos os indivíduos, indistintamente. No entanto, na hipótese de o indivíduo ainda desejar ter outros recursos além daqueles razoavelmente colocados à disposição pelo Estado, poderia ocorrer a contratação um serviço privado de saúde. Assim, o serviço de privado de saúde seria complementar ao serviço público, e não substitutivo deste, como ocorre na prática.

O planejamento que foi feito pelos movimentos populares da década de 70 – que levantavam a bandeira “saúde para todos” – e reconhecido pelo legislador constituinte, respaldando a disciplina da saúde pública na Constituição da República de 1988, portanto, previa a regra de ser a saúde da população garantida pelo Estado, ainda que existissem empresas privadas de saúde ofertando serviços especializados e diferenciados, porém de forma complementar e não excludente daqueles serviços prestados pelo Poder Público de forma razoável. A regra, assim, era a saúde ser pública e a exceção seria a necessidade de contratação de um serviço privado de saúde.

Infelizmente, hoje a concepção da contratação excepcional de serviços de saúde mais parece uma utopia, uma visão ideal do mundo, já que o sucateamento do pouco que restava do

serviço público de saúde é uma realidade indefensável, amplamente noticiada e de conhecimento notório. Todavia, a resposta ao questionamento realizado no início deste ponto – acerca da obrigatoriedade de contratação de serviço privado de saúde – não deveria ser outra, senão, “a saúde prestada pelo setor privado é facultativa, uma escolha pessoal do indivíduo que pode (ou deveria poder), no entanto, se valer do serviço público de saúde que lhe colocado à disposição, pelo Estado”.

### Capítulo 3: A Saúde como uma mercadoria.

O direito à saúde foi uma grande conquista para a humanidade, e isto foi devidamente assentado nos capítulos anteriores. Percebe-se, no entanto, que junto ao caminhar da conquista da *saúde* como um direito, a *saúde* também tomou a forma de uma mercadoria. O processo de mercantilização deste bem (*saúde*) foi intensificado principalmente durante a década de 70 do século passado, não só no Brasil, igualmente em grande parte dos países ocidentais.

Para impedir ambiguidades ou incompreensões daquilo que se pretende tratar, é necessário chamar atenção para forma de análise da *saúde* como uma mercadoria. Não se estará utilizando uma abordagem econômica do tema, ainda que se recorra, em diversas oportunidades, de mecanismos de verificação da própria economia. No entanto, o que se pretende traçar é como a *saúde* é vista como um produto pelo mercado privado e qual a participação do Estado na garantia da lucratividade deste setor econômico.

Outrossim, o processo de mercantilização que será tratado diz respeito ao acesso aos serviços de saúde, pelo indivíduo, por intermédio dos planos de saúde comercializados no mercado de saúde privada. Não serão analisadas questões afetas à saúde coletiva, especialmente pelo fato de o controle de doenças ser uma atividade precipuamente estatal, ainda que conte com o particular, principalmente na comercialização de drogas e substâncias farmacêutica. As “medidas coletivas de saúde”, portanto, permanecem quase que exclusivamente de atribuição do Poder Público, uma vez que beneficiam a coletividade e, em sua maioria, são importantes à manutenção da própria humanidade. Veja-se, por exemplo, as campanhas de vacinação.

O benefício trazido por uma campanha de vacinação não se limita ao indivíduo, mas sim a toda a comunidade, através da interrupção da cadeia de transmissibilidade da doença. Essa característica faz com que tais medidas necessitem de uma entidade coletiva, como o Estado, para a sua consecução. (MÉDICI, 1992, p. 80)

Assim, o que será analisado neste ponto específico do trabalho é o processo de mercantilização da *saúde*, considerando o acesso aos bens e serviços voltados a sua tutela e postos à disposição para a própria pessoa – saúde individual, como hospitais, clínicas, consultórios, exames etc. –, e não para a coletividade – saúde coletiva, como vacinação, saneamento básico, políticas de conscientização de doenças etc. –, onde a discussão passaria por outra seara. O que se pretende analisar, em suma, é como ocorreu o processo de mercantilização dos serviços de acesso à saúde colocados à disposição pelas empresas (planos

de saúde) aos particulares, e como o Estado se comporta dentro deste nicho econômico específico.

Não se pode olvidar, retornando a noção de *saúde* explanada no primeiro capítulo deste trabalho, que o bem em questão teve sua compreensão modificada ao longo do tempo, não estando seu conceito pronto até os dias de hoje, uma vez que se trata de noção em constante transformação. Os descobrimentos tecnológicos, as diferenças geográficas, políticas e até mesmo climáticas, as diversas culturas e necessidades das regiões do planeta, importam ao conceito de *saúde* uma dinâmica que lhe é própria. E, justamente nestas nuances, o mercado de saúde privada se fortaleceu e tomou forma, ao longo dos anos.

Atente-se para o caso brasileiro. O Brasil é um país periférico, em desenvolvimento. Durante seu processo de afirmação como uma nação, a saúde foi tratada de várias maneiras, adotando-se, para fins metodológicos, a percepção de ASENSI (2010, p. 15) que, ao trabalhar com as formas de atividades estatais na tutela da saúde pública, dispõe ser possível perceber que *três acepções que emergiram ao longo da história: enquanto favor; enquanto um serviço decorrente de um direito trabalhista ou como um serviço privado; enquanto direito.*

O autor demonstra que o Estado brasileiro adotou três formas diferentes de comportamento diante da assistência à saúde dos indivíduos: em um primeiro momento, ao assistir seu cidadão doente, o Estado atuava como um benfeitor, fazendo um favor ao enfermo; posteriormente, influenciado pelo sistema europeu ocidental, o Poder Público passou a ser devedor de assistência à saúde dos trabalhadores vinculados e pagantes dos Institutos de Previdência Social, tratando-se de garantia relacionada ao próprio direito trabalhista; por fim, como tradução de verdadeira conquista dos movimentos sociais da década de 70 do século passado, ao Poder Público foi atribuído o dever de tutelar a saúde de todos os indivíduos, já que a saúde passou a ser um direito universalmente garantido a partir da Constituição de 1988.

No entanto, paralelo à atuação do Poder Público, foi se formando e se fortalecendo o mercado privado, principalmente a partir dos hospitais filantrópicos e também do próprio Estado (MÉDICI, 1992, p. 80). Ao longo de períodos distintos, o mercado (aqui entendido genericamente, como os setores econômicos privados) atuou de diversas formas, porém em várias oportunidades se valeu do Estado para garantir a lucratividade dos mais diversos centros de produção. Neste sentido, percebe-se nítida influência dos setores produtores, por exemplo, nas medidas sanitárias adotadas no início do século passado, especialmente em razão de a atuação estatal ser restrita aos grandes centros – principalmente nos locais de escoamento da produção, como Rio de Janeiro e São Paulo – deixando à margem os problemas enfrentados pelas populações rurais.

Naquilo que é afeto ao mercado de saúde, é ainda mais nítida a atuação estatal em favor do setor privado, sendo o Estado um dos grandes responsáveis pelo crescimento e fortalecimento deste nicho da economia (mercado de saúde privada), especialmente durante a década de 70 do século passado<sup>69</sup>, no período de governo militar, no Brasil.

A criação do INPS representou a extensão da cobertura da assistência médica a todos os empregados que contribuíssem para Previdência. Tal medida provocou um crescimento da demanda por serviços médicos em proporções muito superiores à capacidade de atendimento disponível nos hospitais e ambulatórios existentes nos antigos IAPs.

Para atender a nova demanda foi necessário lançar mão da expansão, em larga escala, dos contratos, credenciamentos e convênios junto à rede privada de serviço então existente. Essa solução marca a mudança da política governamental que passa a ser favorável à utilização da rede privada na prestação de serviços públicos de saúde. O novo plano nacional de saúde caracteriza (...) um modelo estatal-privatista, que se diferencia do discurso privatista liberal existente antes de 1964.

A diferença básica é que o discurso privatista-liberal defendia a renúncia do Estado frente à questão da saúde para que o setor privado tomasse seu espaço junto ao mercado de assistência médica das famílias e empresas. Já o discurso estatista-privatista defende a contratação do setor privado para executar serviço de responsabilidade do Estado. (MÉDICI, 1992, p. 82)

A adoção do referido modelo estatista-privatista acarretou o fortalecimento do setor privado de saúde (que, na época, existia, mas não de maneira organizada e independente, mas composto por profissionais liberais organizados em empresas e cooperativas ainda incipientes). Por outro lado, este modelo político promoveu o enfraquecimento dos serviços públicos de saúde, uma vez que, ao contratar o serviço privado, o Estado não atuava com o escopo de substituir o serviço privado contratado por um novo serviço público instituído, fato que acarretou verdadeira dependência da saúde pública dos serviços prestados pelo setor privado de saúde, que se estende até os dias atuais.

Desta forma, a desarticulação do Estado é verificada ainda na atualidade. Malgrado toda a configuração do direito à saúde, cujo tratamento constitucional é voltado a trazer efetividade à garantia – como a instituição do Sistema Único de Saúde, a forma de organização orçamentária, as possibilidades de custeio etc. –, o Estado ainda depende do setor privado para fazer frente às necessidades da população, haja vista que 80% dos leitos de internação, na rede pública de saúde, pertencerem ao setor privado (MÉDICI, 1992, p. 88).

---

<sup>69</sup> Deve-se registrar que os Institutos de Previdência existentes anteriormente à unificação ocorrida em 1974, já se valiam da rede privada de saúde, para fins de complementação dos serviços médicos que deveriam disponibilizar a seus contribuintes. MÉDICI (1992, p. 82) informa, por exemplo, que o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI) *foi o primeiro a realizar convênios e contratos com empresas médicas e casas de saúde*, sendo certo que muitos outros seguiram seu caminho.

Ademais, o setor privado de saúde atua junto ao Estado de duas formas: complementando e suplementando a saúde, no Brasil. Atuará de forma complementar, quando for realizado convênio ou contrato entre o Poder Público e o particular, conforme autoriza do §1º do artigo 199 da Constituição de 1988, com fito deste último prestar serviços ao Sistema Único de Saúde, hipótese em que passa a integrar o próprio sistema, sujeitando-se às suas regras e às regras dos serviços públicos em geral. Por outro lado, o setor privado estará atuando de maneira suplementar, quando estabelecer contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares entre o particular e a empresa (sem intervenção direta do Estado), sujeitando-se às regras do próprio mercado de saúde – ainda que haja regulação pelo Poder Público, especialmente por intermédio da Agência Nacional de Saúde.

Em qualquer dos casos, o particular atuando em busca de lucros é uma realidade indefensável e não há problema no lucro, decerto. A possível crítica é em relação a forma como se obtém o ganho. Ao deixar à livre iniciativa a exploração da *saúde*, o legislador constituinte sabia que o particular buscaria a lucratividade, e neste ponto o sistema jurídico foi tão harmônico que, ao prever a atuação do particular no Sistema Único de Saúde, privilegiou a contratação (convênio ou contrato) com entidade filantrópica – não por esta não lucrar, mas pela entidade aplicar seus ganhos na manutenção e melhoria próprias – tentando impedir que a atuação do particular complementando o serviço público de saúde fosse com escopo lucrativo, exclusivamente. Outro ponto positivo, é que o Estado está autorizado a intervir na economia sempre que for indispensável à regulação do mercado e, considerando a peculiaridade do mercado de saúde, pela natureza do bem que explora, o próprio constituinte considerou se tratar de serviço de relevância pública, o que indica um direcionamento da atuação do particular.

Ocorre, no entanto, que o setor privado de saúde, hodiernamente, se vale do Estado para obter ganhos (subsídios) e lhe repassar ônus que trariam prejuízo ao próprio empreendimento particular – como, por exemplo, o hábito de algumas empresas de saúde direcionarem o doente de câncer para tratamento junto à rede pública de saúde, se abstendo de cuidados com o segurado, hipótese que será trabalhada em seguida. Trata-se de uma anomalia do próprio sistema que, malgrado disponibilize instrumentos para obstaculizar a conduta, não encontra força política no próprio Estado para seu impedimento. Este é o objeto do presente capítulo.

### **3.1. A mercadoria: saúde pública**

#### **3.1.1. O privado gozando da saúde pública**

Como visto, no Brasil, os bens e serviços de saúde são de acesso universal e gratuito. Por esta razão, diz-se que a saúde pública se inspira em paradigma social. No entanto, ao lado da saúde pública, funciona também o serviço de saúde privada, que é respaldado em um paradigma liberal. Ocorre que a concomitância de sistemas é prejudicial ao próprio setor público, já que

A despeito de uma base de oferta assemelhada, o paralelismo do funcionamento do mercado de planos de saúde, uma vez portador de valores e interesses contraditórios em relação às diretrizes constitucionais na área da saúde, produz efeitos nocivos sobre o SUS. Esses efeitos afetam a regulação (ausência de planejamento do sistema de saúde); o financiamento (elevação dos custos com a duplicação de procedimentos médico-hospitalares), renúncia de arrecadação fiscal, boicote ao ressarcimento, socialização de custos por meio da produção de bens públicos (como banco de sangue, programa de imunização etc.); a organização dos profissionais de saúde (dupla militância); a regulação da incorporação tecnológica (pressão do complexo médico-industrial privado); e a equidade de acesso (dupla porta de entrada, dada a capacidade de pagamento da clientela da medicina privada). (OCKÉ-REIS, 2012, p. 16)

Assim, são identificados alguns problemas pela convivência simultânea dos serviços públicos e privados de saúde, que acabam prejudicando os primeiros: falta de planejamento do sistema de saúde pública; elevação dos custos pela existência de um duplo procedimento médico-hospitalar; renúncia de arrecadação fiscal pelo Estado; pouco ressarcimento do Estado, pelo setor privado, quando há atendimento do particular contratante do serviço privado de saúde, pela rede pública; socialização dos custos do setor privado, sendo arcado pelo setor público, sem que também haja a contrapartida (com a socialização dos lucros); dupla militância dos profissionais de saúde; a pressão do setor privado para inclusão de novas tecnologias no setor público (compra de aparelhos), ainda que não haja necessidade; e a equidade de acesso, que permite ao contratante do serviço privado a utilização dos recursos públicos.

Das dificuldades apontadas, em um primeiro momento, serão destacadas as posturas omissivas do Poder Público, por meio da renúncia de arrecadação fiscal; do pouco ressarcimento do Estado, pelo setor privado, quando há atendimento do particular contratante do serviço privado de saúde, pela rede pública; e da socialização dos custos entre o Poder Público e o setor privado, sem que também haja a contrapartida (com a socialização dos lucros). Posteriormente, serão analisadas as posturas do Estado que favorecem o processo de

mercantilização da *saúde*, com a investigação da falta de planejamento do sistema de saúde pública e da elevação dos custos pela existência de um duplo procedimento médico-hospitalar, sendo realizada a investigação observando o comportamento do Estado na contratação de empresas particulares para responder pelo serviço público de saúde e da criação de empresas públicas com a mesma finalidade, destacando-se o caso da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Decerto que todos os fatores prejudiciais ao funcionamento efetivo do setor público de saúde são de importante averiguação, mas a questão que se levanta é como o próprio Poder Público trabalha para o processo de mercantilização da *saúde*, e isto é bem ilustrado nas hipóteses destacadas, daí a razão de se optar por seu exame no presente ponto do trabalho.

#### **3.1.1.1. O compartilhamento do ônus e o gozo exclusivo do bônus pelo setor privado de saúde: a postura omissiva do Estado**

No processo de mercantilização da *saúde* percebem-se diversas condutas do Estado brasileiro, na facilitação do funcionamento do mercado privado. Neste ponto, serão analisadas as formas de omissão do Poder Público, que permitem a alta lucratividade do setor privado, em detrimento do próprio setor público de saúde – cuja ineficiência foi apontada no capítulo anterior. Destaca-se o argumento da escassez dos recursos que respalda a reserva do possível com fito de justificar a falta de serviços disponíveis no Sistema Único de Saúde, fundamento este que cai por terra quando são analisadas as omissões estatais na forma de obtenção de ressarcimento pelos serviços prestados ao contratante de planos privados, bem como na renúncia de receita, que poderia ser arrecadada para incrementar o orçamento da Seguridade Social (especificamente do Fundo Nacional de Saúde).

Como já visto em outros momentos deste trabalho, a saúde, no Brasil, é tutelada de forma híbrida, considerando a existência de dois sistemas distintos, que não são excludentes e atuam paralelamente, quais sejam, o sistema público e o sistema privado. Este último sujeita-se as regras de mercado, ainda que se possa dizer que o setor privado de saúde apresenta-se peculiar em relação aos demais nichos da economia, o que será objeto de análise em ponto específico. Já o setor público de saúde, teve seu funcionamento todo reformulado a partir da Constituição de 1988, quando o direito à saúde passou a ser garantido universalmente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, analisado no capítulo anterior. Assim,

Com base no princípio da gratuidade, a atual Constituição brasileira criou o Sistema Único de Saúde (SUS), um modelo redistributivo, inspirado nas premissas igualitaristas do Estado do Bem-Estar Social Europeu.

(...)

... Além do mais, o SUS foi concebido para enfrentar dupla tarefa: combater a pobreza e a desigualdade social, superando o limite de cobertura do seguro social (pelo qual os contribuintes apenas tinham direitos ao acesso) e o modelo privatista do regime militar no setor de saúde (1964-1985). (OCKÉ-REIS, 2012, p. 21)

Desta forma, o Sistema Único de Saúde abarca não só a tutela da saúde das classes vulneráveis, que não podem contratar pelo serviço privado, como está aberto àqueles que gozam do serviço privado mas desejam utilizar o sistema público. Trata-se do processo de universalização enfrentado pelo direito à saúde, com escopo de *combater a pobreza e a desigualdade social*, isto é, como forma de inclusão social e incremento da própria cidadania.

Ocorre, no entanto, que por conta da própria universalização do acesso aos serviços de saúde pública, o Estado não pode negar tratamento a quem quer que seja, independentemente da condição clínica da pessoa. Valendo-se disto, o setor privado de saúde, no afã e aumentar seu lucro e se desonerar dos tratamentos dispendiosos, costuma negar atendimento àqueles que sofrem de moléstia grave e de alto custo de controle – como ocorre com o tratamento de quimioterapia e radioterapia, hemodiálise etc. Neste caso, o próprio plano privado direciona o doente para obter atendimento junto ao setor público de saúde, negando cobertura à doença.

A conduta traduz a máxima da “socialização dos ônus”, porém sem divisão do bônus. O comportamento da empresa privada se apresentaria somente imoral caso não fossem os estímulos (direto e indireto) que o mercado privado de saúde recebe do Estado, no escopo de seu fortalecimento. A própria ineficiência do Sistema Único de Saúde permite o crescimento do mercado privado, mesmo que de forma indesejada, já que incentiva a contratação dos serviços particulares por parte da população com condições de arcar com seu preço. No entanto, mais do que isto, o próprio setor público estabelece regras de subsídios fiscais que beneficiam a pessoa física (com a dedução do serviço privado de saúde contratado, quando da declaração de imposto de renda), como também as pessoas jurídicas que contratam o serviço privado de saúde para seus funcionários. Este estímulo direto realizado pelo Estado, faz crescer o mercado de saúde privada, indubitavelmente.

Assim, o comportamento do setor privado de saúde em direcionar para o setor público de saúde o doente cujo tratamento é dispendioso e não contar com a lucratividade buscada pelo setor, é uma anomalia do próprio sistema, que tenta ser solucionada na lei que disciplina os serviços privados de saúde.

A Lei nº 9656/1998, juntamente com os regulamentos expedidos pela Agência Nacional de Saúde, traçam normas que impedem que o sistema privado de saúde se desonere do tratamento dispendioso de paciente credenciado à rede privada de saúde, na tentativa de obstar que este paciente se valha do serviço público para o controle de sua moléstia.

Ocorre, no entanto, que nem sempre é possível ao setor privado responder pelo tratamento da pessoa conveniada, seja por não possuir a tecnologia, ou até mesmo pela urgência no tratamento, que demanda a procura pelo paciente pela rede pública de saúde (numa emergência médica, por exemplo). Para estes casos, o artigo 32 da Lei nº 9656/1998, prevê que, na hipótese de o segurado do setor privado se valer do serviço público de saúde, a empresa privada seguradora estará obrigada a ressarcir o Sistema Único de Saúde.

Assim, o serviço público de saúde não está autorizado a negar atendimento ao paciente da rede privada. Isso contrariaria a própria norma constitucional que garante o acesso universal aos serviços de saúde pública, violando o direito fundamental à saúde do indivíduo doente. Como forma de harmonizar a norma infraconstitucional ao comando da Lei Maior, sem que isto traduza prejuízo ao erário, o artigo 32 da Lei nº 9656/1998 prevê que a empresa privada (e não o indivíduo segurado pelo setor) responda pelo tratamento realizado pela rede pública.

Como condição de ressarcimento do serviço público de saúde prestado ao indivíduo, a lei exige que a pessoa física (doente) seja uma consumidora de plano de saúde (ou seus dependentes), bem como os serviços prestados pelo sistema público constarem do respectivo contrato particular, isto é, que o serviço conte com a cobertura contratual estabelecida. Outro dado importante é que, em se tratando de serviços de coparticipação, onde o particular cobre parcela do serviço médico utilizado, o ressarcimento será proporcional à cota-parte que caberia ao plano privado cobrir, já que do particular não pode ser cobrado pelo serviço público utilizado, uma vez que a Constituição de 1988 dispõe que a saúde pública é gratuita.

O §8º do artigo 32, da Lei nº 9656/1998, ao disciplinar a quantia a ser paga a título de ressarcimento pelos serviços prestados, traça norma que equilibra, dispondo que os *valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras*. Como a lei não estabelece quantia, mas apenas limites, foi necessário que norma infra legal estabelecesse os valores dos procedimentos que seriam ressarcidos em favor do Sistema Único de Saúde – direcionados ao Fundo Nacional de Saúde. Para tanto, foi editada a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, pela Câmara de Saúde Suplementar – que é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência Nacional de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo, que tem por finalidade auxiliar a Diretoria Colegiada nas suas discussões.

Quando da edição da norma, o setor privado de saúde questionou sua constitucionalidade, considerando que não se coadunaria com o sistema jurídico vigente a cobrança do setor privado pelos serviços de saúde prestados por intermédio do Sistema Único, em favor do particular conveniado do setor privado. Assim, o dispositivo foi submetido à controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, que indeferiu a medida cautelar, conforme se verifica do julgado abaixo colacionado

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99. (ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

Malgrado o julgado datar o ano de 2003, a questão está longe de ser pacificada, considerando que a mesma Corte entendeu haver repercussão geral a discussão acerca do ônus de ressarcimento pelo setor privado em favor do setor público, quando há utilização do segurado privado do Sistema Único de Saúde. Veja-se

Recurso Extraordinário. Administrativo. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Repercussão geral reconhecida. (RE 597064 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/12/2010, DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011 EMENT VOL-02491-02 PP-00331)

Pensa-se, no entanto, em que pese a discussão judicial, que a norma não apresenta qualquer contrariedade ao ordenamento jurídico vigente. E várias são as razões que justificam este posicionamento.

Logo de início, rechaça-se a alegação de irregularidade de regramento da quantia a ser ressarcida, por não haver previsão legal que autorize a Agência Nacional de Saúde a estipular o valor a ser pago pelo setor privado. Como se verificará no próximo ponto deste capítulo, a Agência Nacional de Saúde é voltada à regulação do mercado de saúde privada. Ao estabelecer o valor a ser ressarcido, a agência o faz com base no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS) 11, que traz informações sobre os gastos públicos em saúde, divididos nos diversos níveis de governo (municipal, estadual e federal)<sup>70</sup>.

Ademais, o dever de ressarcimento não encontra respaldo exclusivamente nas regras de Direito Privado, como deseja fazer crer os planos de saúde privada. Ao contrário, trata-se de dever sujeito ao Direito Público, que importa em ônus de prazo de cobrança quinquenal e possibilidade de inscrição da empresa na dívida ativa. Sobre este tema, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, inclusive, afastando a tese no sentido de ser o ressarcimento do setor privado em favor do setor público uma forma de impedir o enriquecimento sem causa, exclusivamente – que seria respaldado no Código Civil, sujeitando-se à prescrição do Direito Privado –, informou que

RESSARCIMENTO AO SUS. NÃO DEMONSTRADA A ILEGALIDADE DA COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. TUNEP. O dever de as operadoras de planos de saúde ressarcirem o SUS, diante das despesas efetuadas pelo sistema público, em prol dos conveniados, tem previsão legal (artigo 32 da Lei nº 9.656/98) e não se confunde com a reparação por enriquecimento sem causa (artigo 206, § 3º, IV do CC), ou reparação de dano (artigo 206, § 3º, V do CC). Trata-se de pagamento pelos serviços realizados

---

<sup>70</sup> Nota Técnica 2635/2011/GERES/GGSUS - (Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP).

(cobertura legal) e, de tal arte, não cabe falar que a ANS apenas dispõem de 3 anos para cobrar os valores despendidos. Atendimentos ocorridos a partir de 2002 e cobrança realizada em 2006. Tese da prescrição afastada. Correta a sentença que rejeita pedido de anulação de débito quando nada abala a presunção de solidez e legitimidade da cobrança. Não procede a tese de que os valores constantes na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, exigidos pela ANS, são abusivos. Tais valores abarcam, para cada um dos procedimentos, internação, medicamentos, honorários médicos, e todas as ações necessárias para atendimento e recuperação do paciente. Artigo 32, § 8º da Lei nº 9.656/98. Impugnações genéricas e ausência de documentação apta a comprovar a ilegalidade da cobrança. Apelo desprovido. (Processo AC 200951010168462 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 588011- Relator (a) Desembargador Federal GUILHERME COUTO - Sigla do órgão TRF2 - Órgão julgador SEXTA TURMA ESPECIALIZADA - Fonte E-DJF2R - Data:03/07/2013).

Decerto que o legislador constituinte, ao garantir o acesso universal aos serviços de saúde, o fez em reconhecimento a um direito humano que, como tal, tem como titular todos os indivíduos (pessoa física). Desta forma, independentemente de o indivíduo ter, ou não, plano de saúde, é garantido seu acesso aos serviços públicos, não podendo ser negado atendimento pelo Poder Público, ao indivíduo titular de plano privado, já que este é opcional e funciona paralela e concomitantemente ao serviço público de saúde, que é a todos os cidadãos posto à disposição.

Portanto, não pode o Estado negar atendimento à pessoa, somente pelo fato de esta ser contratante de plano privado de saúde, pois na relação existente entre o Estado e o indivíduo, este último é credor de serviços de assistência à saúde que devem ser prestados pelo primeiro. No entanto, o mesmo não ocorre na relação estabelecida entre o Estado e a empresa de plano de saúde. Esta última não é titular de direito ao acesso universal à saúde, até mesmo em razão de se tratar de um direito fundamental da pessoa humana.

Ocorre que não se verifica uma atuação incisiva da Agência Nacional de Saúde, na busca do ressarcimento do setor público, pelos planos privados. Ainda que se tenha noticiado que houve um recolhimento recorde de créditos em favor do Sistema Único de Saúde, no ano de 2013, pode ser que o gasto público tenha sido superior o crédito obtido<sup>71</sup>, já que a Agência Nacional de Saúde Suplementar não está devidamente aparelhada para fiscalizar a efetiva utilização do Sistema Único de Saúde pelo conveniado do setor privado. Este foi um problema enfrentado nesta pesquisa, já que não foi possível obter dados precisos acerca do número de

---

<sup>71</sup> De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), *o ressarcimento ao SUS, entre 2011 e 2013, somou R\$ 322 milhões, montante duas vezes superior aos ressarcimentos somados da última década – de 2001 a 2010, o valor foi R\$ 125 milhões. Em 2013, o ressarcimento foi de R\$ 167 milhões.* (Disponível em <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/a-ans/2338-planos-de-saude-ressarcem-valor-recorde-de-recursos-ao-sus>, acesso em 10 de janeiro de 2014)

usuários do setor público que contam com contrato junto ao setor privado, considerando que as próprias fontes de pesquisa do governo desconhecem este dado.

Esta “desorganização” do Poder Público, a falta de aparelhamento para fiscalização e a ausência de pessoal suficiente para cruzar dados do setor privado e do setor público, bem como realizar a cobrança daquilo devido pelo setor particular, todos estes fatos somados indicam uma ineficiência do Estado no processo de ressarcimento e incremento da renda que seria voltada ao Sistema Único de Saúde.

Percebe-se dois possíveis efeitos nocivos desta ineficiência estatal. Em primeiro lugar, já foi dito que o orçamento da Seguridade Social, que responde pelos gastos com saúde, não é suficiente para fazer frente às necessidades do setor. Ao atender o conveniado do setor privado, o Sistema Único de Saúde incrementa sua demanda, sendo certo que o ressarcimento não lhe permite o seu emparelhamento – como se deseja -, mas impede que a falta de recursos pelo gasto excessivo seja um óbice à satisfação da saúde dos cidadãos – especialmente da camada mais pobre da sociedade, que só conta com a saúde pública na tutela de seu bem estar.

Outro problema que advém da apontada ineficiência está no fato de o Estado renunciar receita tributária que poderia ser arrecadada – e direcionada ao Fundo Nacional de Saúde, inclusive –, já que estabelece e estimula a contratação de planos privados de saúde, pelo particular, por exemplo, com a possibilidade de dedução do gasto no imposto de renda. Ao deixar de cobrar pela utilização do serviço público de saúde do particular conveniado do sistema privado, o Estado mais uma vez abre mão de uma receita – ainda que de natureza não tributária –, malgrado alegue (contraditoriamente) a escassez de recursos aptos a fazer frente às necessidades do Sistema Único de Saúde.

É certo, no entanto, que o setor privado de saúde é tributado de outras formas, já que responde pelo pagamento de imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS), Pis/Cofins, Pis/Cofins importação e imposto sobre importação, que acabam por onerar o próprio serviço de saúde promovido pelo particular. No entanto, isto não respalda a desnecessidade de o setor arcar com o pagamento da despesa realizada pelo Estado, em favor do particular que é seu contratante de plano privado, até mesmo em razão de já ter havido o pagamento – pelo indivíduo – da mensalidade que lhe daria direito em gozar do serviço privado de saúde. Os fatos geradores das dívidas (tributária e de ressarcimento) possuem natureza jurídica distintas e inconfundíveis, decerto.

Está havendo, afinal, uma renúncia implícita de receita (não tributária), pelo Estado, que poderia incrementar o orçamento destinado ao serviço público de saúde. Por outro lado, esta renúncia beneficia a empresa privada de saúde, já que não só deixa de arcar com o valor do

ressarcimento do setor público, como também deixa de pagar pelo tratamento do particular conveniado que se valeu dos recursos públicos para controle de sua doença. O comportamento do Estado, portanto, caracteriza uma forma omissa de atuação que incrementa a lucratividade do próprio setor privado, porém em detrimento do aparelhamento do setor público de saúde.

Verifica-se outra omissão do Estado que amplia a lucratividade do setor privado de saúde, na disciplina da renúncia de receita fiscal. Explica OCKÉ-REIS (2003, p. 2) que ao *deixar de arrecadar parte de um imposto, o Estado age como se estivesse realizando um pagamento* (implícito). Este é verificado, por exemplo, quando se autoriza às pessoas físicas realizarem dedução dos gastos de saúde, no imposto de renda.

Por meio de uma explicação despretensiosa e, de certa forma, sem a técnica específica do tema, pode-se dizer que as deduções de despesas autorizadas no montante a ser pago a título de imposto de renda têm por escopo garantir contrapartida em favor do particular. A princípio, a saúde deveria ser prestada diretamente pelo Estado. No entanto, ao permitir a dedução dos gastos pela contratação de serviços privados, o Estado (implicitamente) reconhece a impossibilidade de garantir o pleno acesso à saúde, tal qual direcionado pelo comando constitucional, além de admitir que estaria havendo um duplo pagamento do particular por um mesmo bem (*saúde*), já que o indivíduo paga outros tributos que já respondem pelos gastos com saúde, e se fosse impedido de deduzir o pagamento que realiza por meio de contratação do setor privada, haveria um novo pagamento pelo mesmo serviço.

Ressalte-se que esta forma de renúncia de receita tributária também se aplica aos empregadores, quando estes fornecem assistência à saúde de seus empregados, sendo considerada uma despesa operacional e, assim, dedutível.

A partir dessas deduções, bem como aos incentivos fiscais dados à indústria farmacêutica e hospitais filantrópicos, é formado o denominado *gasto fiscal*, assim compreendido com o volume de recursos que o Estado deixa de recolher do setor, a partir da declaração de imposto de renda das pessoas física e jurídica.

DOMINGUEZ, em reportagem feita no sítio eletrônico da Revista Radis de Comunicação e Saúde, da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, explica que<sup>72</sup> o volume de gasto tributário em saúde, em 2011,

...alcançou R\$ 15,8 bilhões. Nessa conta, estão os recursos que o Estado deixou de recolher no setor a partir das desonerações do Imposto de Renda de Pessoa Física, do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, da indústria

---

<sup>72</sup> A reportagem completa pode ser encontrada no endereço eletrônico <http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/conteudo/quando-o-publico-financia-o-privado>, última consulta em 20/02/2014.

farmacêutica e de hospitais filantrópicos. Os gastos com planos de saúde foram os que mais pesaram: entre 2003 e 2011, respondiam por 40% ou mais do gasto tributário em saúde; em 2011, atingiram quase 50%, envolvendo cerca de R\$ 7,7 bilhões dos R\$ 15,8 bilhões.

Em estudo específico sobre o tema, OCKÉ-REIS (2013, p. 3) apresenta quadro de gasto tributário em saúde, correspondente ao valor que o Estado deixou de recolher, no período correspondente. Como dito, trata-se de hipótese de renúncia fiscal, por parte do Estado, que deixa de recolher milhões de reais, favorecendo o setor privado de saúde. Veja-se a tabela

Gasto Tributário Saúde - 2003-2011 (Em R\$ milhões)

Ano	Gasto Tributário Saúde
2003	7.172
2004	8.819
2005	9.563
2006	12.453
2007	12.185
2008	13.770
2009	13.595
2010	14.422
2011	15.807

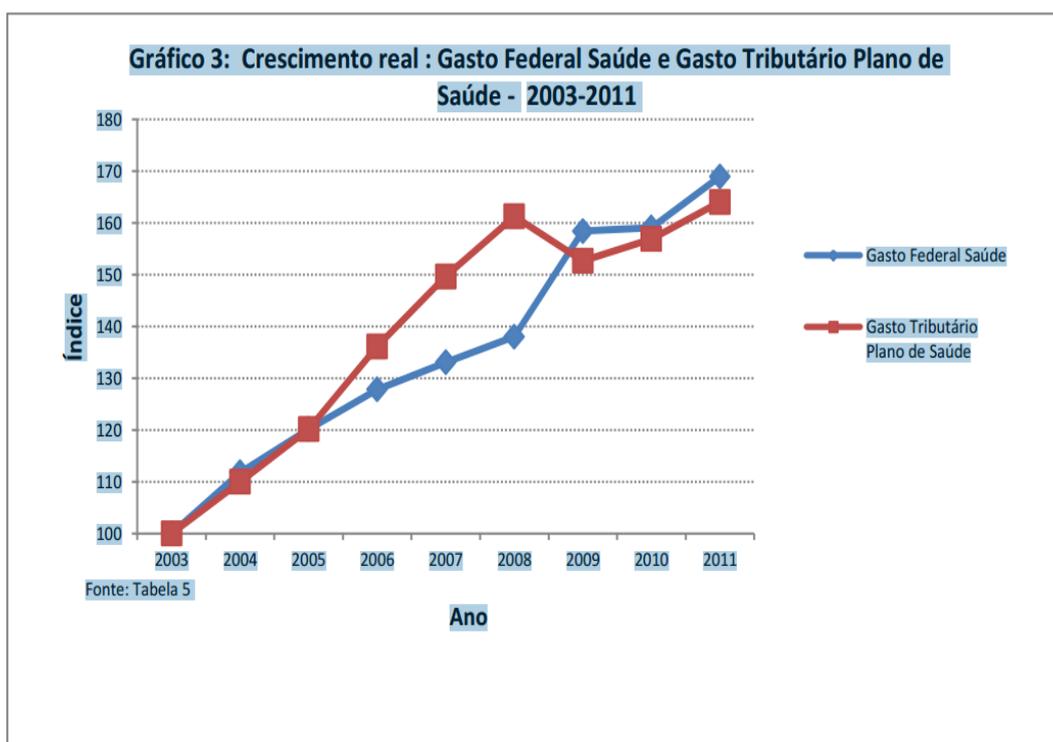
Fonte: Receita Federal do Brasil (RFB)

Elaboração: DIEST-IPEA

Embora esse tipo de incentivo não seja uma novidade nas relações econômicas estabelecidas entre o Estado e o mercado de serviços de saúde (Dain et al., 2001; Medici, 1990), seria razoável esperar que, no âmbito do sistema de saúde brasileiro, o gasto tributário com planos de saúde, decorrentes dos gastos das famílias e dos empregadores, fosse justificado plenamente pelo governo federal. Afinal, não está claro para os analistas de políticas de saúde qual é a funcionalidade desta renúncia, embora, na literatura especializada, esse gasto possa, em tese, atender aos seguintes objetivos governamentais:

- (i) promover benefício fiscal;
- (ii) reestruturar padrão de competição do mercado (questão regulatória);
- (iii) patrocinar o consumo de planos privados de saúde;
- (iv) reduzir filas de espera do setor público;
- (v) diminuir carga tributária dos contribuintes que enfrentam gastos catastróficos em saúde. (OCKÉ-REIS, 2013, p. 3)

O autor apresenta assombroso gráfico onde informa o gasto tributário com o setor privado de saúde superior o valor aplicado pelo Poder Público, na saúde pública.



Sobre o fato de ter havido renúncia real de receita em valor superior à quantia destinada ao gasto federal com saúde pública, observa o autor que

Apesar do fim da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) no Senado – patrocinado pela oposição ao governo federal em fins de 2007 – considerando que os gestores do SUS têm, repetidamente, enfatizado que esse sistema público se encontra subfinanciado, seria de se esperar que houvesse uma evolução mais favorável ao gasto público em

saúde. Com vistas à preservação de seus preceitos constitucionais, o crescimento dos gastos tributários com planos (ou seja, a renúncia fiscal) deveria, pelo menos, ser monitorado pelo governo federal. Convém advertir que a tendência atual gera uma similaridade com a arquitetura do sistema privado de saúde estadunidense, reconhecido como caro e ineficiente, e que também se caracteriza pela presença de subsídios e benefícios aos empregadores. (OCKÉ-REIS, 2013, p. 6)

Considerando que a renúncia real de arrecadação apresentada é fruto de política de estímulo de contratação de plano privado de saúde, pelo particular – que é, afinal, aquele que se beneficia pela possibilidade de deduzir a despesa realizada com a contratação de saúde privada –, é possível concluir que, mais uma vez, o Estado atua em favor do mercado privado de saúde. Omite-se na arrecadação de receita tributária, num contexto de escassez de recursos que respalda a defesa de ineficiência de serviços públicos de saúde, com base da tese da reserva do possível. Questiona-se, com fito de estimular uma digressão, como se aplicar a tese da reserva do possível se a escassez de recursos alegada pelo Estado é originada de sua própria desídia. Não se mostra lógico que o Poder Público alegue não ter condições de arcar com certos tipos de tratamentos médicos e medicamentos, em favor do indivíduo doente, quando este mesmo Poder Público renuncia fonte de arrecadação que permitiria incrementar seu orçamento.

### **3.1.2.2. A participação de pessoas privadas na saúde pública: a postura ativa do Estado**

De acordo com o artigo 99, §1º, da Constituição de 1988, *[a]s instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos*. Assim, a própria norma constitucional autoriza que pessoas privadas participem da saúde de forma complementar, isto é, naquilo que o Estado não tem como responder, é possível a contratação do setor privado para fazê-lo, devendo ser dada preferência para convênios e contratos estabelecidos com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

A razão da preferência traçada na Lei Maior pela contratação de *entidades filantrópicas e sem fins lucrativos* está no fato de o Estado não servir ao particular como forma de fomento ao lucro. Decerto, a lucratividade não é algo imoral ou proibida, mas o legislador constituinte achou por bem que o Poder Público direcionasse sua escolha a uma entidade em que o lucro possa ser consequência da atividade, mas não seu escopo, daí ter optado pelas *entidades filantrópicas e sem fins lucrativos*.

No entanto, o que se percebe no plano fático é que o Estado trabalha com o bem *saúde* sob a ótica de mercado. A falta de planejamento do sistema de saúde pública e a elevação dos gastos pela existência de um duplo procedimento médico-hospitalar traduzem comportamentos que favorecem o próprio processo de mercantilização da *saúde*, o que será ilustrado por intermédio da análise de dois pontos específicos, quais sejam, a participação das entidades sem fins lucrativos no Sistema Único de Saúde e a política de criação de empresas públicas para realização de serviços de saúde, com destaque para a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH.

#### **3.1.2.2.2. A participação das entidades sem fins lucrativos na saúde pública**

Conforme visto, as entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas têm prioridade de escolha, pelo Estado, para contratação de seus serviços com escopo de complementar àqueles já disponíveis pelo Poder Público. Desta forma, tais serviços devem ser objeto do contrato administrativo visando à participação do setor privado nos serviços público de saúde por meio da realização de serviços internos relacionados à atividade-fim da entidade contratada, bem como com fito de tais entidades prestarem serviço por disponibilizando sua infraestrutura voltada a tratamentos específicos não disponíveis no Sistema Único de Saúde, ou realizarem atividade de gestão de unidade de saúde pública.

Justifica-se a participação privada na saúde pública por diversas razões, malgrado o legislador constituinte ter apontado que a participação privada na saúde pública devesse ser de forma complementar, e não substitutiva, como se percebe. Atualmente, o discurso mais utilizado pelo administrador público de forma a justificar a participação de entidades privadas no setor público de saúde está na melhoria dos serviços prestados à população. Aqui se verifica o pensamento falacioso que tende a fazer crer que somente se encontra efetividade nos serviços particulares. Diz-se falacioso, considerando que o próprio setor privado apresenta dificuldades, como será analisado no momento seguinte.

O quadro seguinte foi elaborado por NOGUEIRA (2007) e foi adaptado para demonstrar a participação do setor privado nos serviços públicos de saúde. Veja-se

<b>Componentes do Sistema de Saúde e principais formas de intervenção do Estado</b>		
<b>Componente</b>	<b>Agentes</b>	<b>Intervenção do Estado</b>
Assistência ambulatorial e hospitalar do SUS	Secretarias de Saúde	Planejamento, financiamento, gestão e pactuação federativa
Programas Saúde da Família e de Agentes Comunitários de Saúde	Secretarias de Saúde	Planejamento, financiamento, gestão e pactuação federativa
Assistência à saúde em caráter complementar ao SUS	Clínicas e hospitais privados não lucrativos, especialmente Os filantrópicos	Convênios e contratos para assistência aos usuários do SUS; isenções fiscais e previdenciárias
Assistência comunitária à saúde	Entidades do terceiro setor	Subvenções públicas e parcerias

Ademais, destaca o autor que

No âmbito do SUS devem ser destacados certos avanços obtidos nos últimos dez anos na institucionalização das relações do Estado com agentes públicos e privados, quais sejam:

- A adoção de formas de pactuação ou de contrato de gestão com entidades públicas e privadas, permitindo maior autonomia dos agentes e melhor acompanhamento de seu desempenho;
- A ampla municipalização dos serviços básicos e hospitalares do SUS, acompanhada da difusão da estratégia assistencial do Programa Saúde da Família (PSF);
- A emergência de um setor moderno de entidades gestoras sem fins lucrativos, que, embora ainda em forma incipiente, organiza ações de saúde e gerencia unidades de saúde do SUS em parceria com o Estado, as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). (NOGUEIRA, 2007, p. 3)

A verdade é que o Estado se vale da contratação do serviço particular não com fito de complementar os serviços públicos que disponibiliza, mas como forma direta de satisfação do direito à saúde do cidadão. No lugar de organizar seus serviços, trazendo efetividade e aplicando recursos aos serviços públicos, o Poder Público se socorre dos serviços privados, em verdadeira contradição com aquilo estipulado na Carta constitucional.

Trata-se de mais uma hipótese em que o Estado trabalha em favor do particular, omitindo-se em seu dever e estimulando setor econômico, no lugar de fortalecer os serviços

públicos. É a continuidade do sistema adotado desde as décadas de 60 e 70 do século passado, quando o Estado se viu dependente do setor privado, condição esta que permanece até os dias atuais pela falta de aplicação de recursos para o fortalecimento do setor público.

Fazendo um contraponto ao entendimento segundo o qual a iniciativa privada deve somente complementar a saúde pública, naquilo que o setor público não conseguir responder por intermédio de seus próprios serviços, MÂNICA (2012, p.5) assim conclui

A previsão constitucional da participação complementar da iniciativa privada no SUS não significa a atribuição de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Não raro são encontradas nos tribunais brasileiros decisões que impedem a celebração de parcerias com a iniciativa privada com fundamento em suposto descumprimento da complementaridade da participação privada nos serviços públicos de saúde. Os efeitos jurídicos de tais decisões nos respectivos casos concretos e seu efeito reflexo na segurança jurídica acabam por prejudicar a evolução do direito, a modernização da Administração Pública e a efetivação do direito à saúde.

Decerto a questão afeta ao limite de participação do setor privado na saúde pública está longe de ser pacificada. No entanto, entende-se que a norma não contém expressões inúteis e a própria Constituição de 1988 é expressa a autorizar a participação complementar (e não principal) do setor privado, na saúde pública. O entendimento do autor vai de encontro a própria norma constitucional, ainda que se coadune com a realidade do Sistema Único de Saúde, que conta com 80% de seus leitos hospitalares pertencente ao setor privado (MÉDICI, 1992, p. 88).

A trajetória da saúde pública, no Brasil, demonstrou que a dependência do Estado ao setor privado é prejudicial, já que impede o fortalecimento do setor público, que fica, inclusive, sujeito às vontades dos particulares, sofrendo pela alta de preços e sendo impedido de controlar a qualidade dos serviços privados prestados (considerando que não tem condições de substituí-lo) de forma integral. Esta dependência do setor público de saúde pelos serviços privados é característica típica do processo de mercantilização da *saúde*. Mais uma vez, o Estado participa no fortalecimento de nichos econômicos, olvidando-se de suas obrigações constitucionais.

Entende-se que a saúde não deve ser objeto exclusivo de contratação com o setor privado. O Estado deve investir no fortalecimento dos serviços públicos de saúde para que satisfaça o comando constitucional da saúde integral e, mais ainda, seja independente em relação ao setor econômico, que só deve funcionar junto ao Poder Público de forma complementar e, até mesmo, excepcional.

### 3.1.2.2.3. A participação das empresas públicas de saúde: a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – um estudo de caso

O Estado brasileiro, sob o (falacioso) fundamento de trazer maior efetividade à norma constitucional, vem criando fundações públicas (principalmente na seara municipal) tendo, em sede federal, criado a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH<sup>73</sup>, com a publicação da Lei nº 12.550, de 15/12/2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.661/11 (Estatuto Social). Não se teme em dizer que a referida empresa pública é, talvez, uma das maiores anomalias existentes na Administração Pública, violando o ordenamento jurídico em diversos pontos.

Trata-se de empresa pública federal unipessoal, com capital social integralizado unicamente pela União, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, com prazo de duração indeterminado. Ademais, a finalidade da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares é a *prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do artigo 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária*, conforme redação do artigo 3º, caput, da Lei nº 12.550/11.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo 3º da supracitada lei garante que as atividades de prestação de serviços de assistência à saúde da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde, devendo observar as orientações da Política Nacional de Saúde do Ministério da Saúde.

Já aqui é possível perceber uma primeira anomalia no sistema jurídico da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, uma vez que, mesmo integrante do Sistema Único de Saúde – que é afeto ao Ministério da Saúde –, a empresa pertence à estrutura do Ministério da Educação. O pertencimento da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares ao Ministério da Educação indica uma verdadeira contradição, pois ao certo, a referida empresa deveria

---

<sup>73</sup> Anteriormente à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, foi criada a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), que tem por escopo a produção de hemoderivados e tecnologias, sendo voltada à produção de medicamento para doenças como a hemofilia, a imunodeficiência genética, a cirrose, o câncer, a Aids e os queimados. Esta empresa não será objeto de análise do presente trabalho, tendo se optado por tratar da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, ante as anomalias jurídicas que revestem sua criação, que se passará a analisar.

pertencer à estrutura do Ministério da Saúde, facilitando, inclusive, a fiscalização do setor e o direcionamento de suas atividades.

Todavia, para melhor compreensão da natureza jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares e de sua finalidade, é relevante revisitar a sua origem histórica pré-positivação no ordenamento jurídico pátrio, para que se entenda a sua real intenção/vocação como proposta do Governo Federal.

Inicialmente, a ideia da criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 520/2010, a qual não restou convertida em lei durante o seu trâmite no Congresso Nacional. Nessa época, a intenção do Poder Público federal era criar uma empresa na forma de sociedade de economia mista – seria, então a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. Este dado já indica a intenção do governo na instituição de uma empresa estatal com forte atuação na ordem econômica. Ocorre que a referida medida provisória não foi convertida em lei, tendo o Poder Executivo federal modificado sua estratégia política.

Assim, para ter sucesso, o Poder Executivo federal apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 1.749/11, com o objetivo também de criar a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, porém dessa vez como empresa pública federal. Apesar do parecer contrário do Relator, Senador Roberto Requião (PMDB-PR), que era desfavorável à aprovação do projeto que criava a empresa pública por reconhecer a sua inconstitucionalidade, o Governo Federal obteve a aprovação do projeto no Congresso Nacional. Assim, o Poder Público federal se valia como principal argumento que a criação de uma empresa pública solucionaria a crise crônica dos hospitais públicos federais universitários, visto que as universidades públicas federais (via de regra, autarquias federais) lidam no seu cotidiano com graves problemas orçamentários para gerir seus hospitais, sem contar a notória ineficiência de gestão administrativa. Neste contexto, foi criada da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Indaga-se, no entanto, se a criação de toda uma estrutura administrativa é, de fato, a solução mais econômica para a *crise* alegada pelo governo. Com a criação de nova entidade pública, faz-se necessário a instituição de uma sede, a contratação de pessoal e a manutenção de sua estrutura, razão pela qual se questiona se não haveria outras razões, que não a suposta solução da crise econômica das universidades, para justificar a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Da análise da estrutura dada à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, outras muitas críticas se extrai. Algumas serão destacadas neste trabalho, deixando outras para posteriores digressões. No entanto, desde já se sinaliza que a referida empresa pública é um

verdadeiro alienígena no sistema jurídico brasileiro, não havendo modo de se respaldar sua criação em justificativa juridicamente válida.

Uma primeira crítica que se faz à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares é quanto a sua natureza jurídica, que é um tanto ambígua. As empresas públicas podem ser criadas por força de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, sendo este o comando constitucional insculpido no artigo 173. Pelo sistema jurídico constitucional, as pessoas da Administração Pública indireta que não prestam serviços econômicos são as autarquias e fundações públicas. Assim, possível perceber que a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, por ser uma empresa pública, a princípio, estaria prestando uma atividade de interesse econômico.

A saúde pública é gratuita por determinação constitucional, não podendo (ou ao menos não devendo) ser objeto de exploração econômica por qualquer dos entes da Administração Pública, direta ou indireta. Por este motivo, ou a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares está viciada por sua forma de criação como uma empresa pública, já que não pode explorar a saúde pública, que é gratuita, ou o vício se caracteriza pela tentativa (inconstitucional) de obtenção de lucro com o aproveitamento indevido da saúde pública.

Por este motivo, o Procurador da República Dr. André Stefani Bertuol, na qualidade de especialista participante da quarta mesa da audiência pública sobre a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, que foi promovida pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro no dia 03/05/2013, esclareceu, conforme registrado em ata da audiência, que:

... o modelo de empresa pública é para o exercício da atividade econômica. Pontuou que a saúde só pode ser uma atividade econômica para a iniciativa privada, mas não para o Estado, razão pela qual a saúde não pode ser vista como uma atividade econômica a ser administrada por uma empresa pública. Complementou o Procurador da República que as outras empresas públicas não oneram o orçamento fiscal, sobrevivem com suas próprias cobranças e rendimentos, já a EBSERH será mantida totalmente com recursos do Estado. Apontou que a saúde e a educação são super qualificadas pela CR/88 e que não há como aderir à EBSERH e, ao mesmo tempo, preservar a autonomia universitária. (Anexo I)

A estrutura empresarial da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares fica bem evidente pela leitura do artigo 9º da Lei nº 12.550/11. O dispositivo afirma que a empresa pública federal será administrada por um Conselho de Administração, com funções deliberativas, e por uma Diretoria Executiva, além de contar com os Conselhos Consultivo e Fiscal.

A finalidade lucrativa da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares ainda se sobressai pela leitura do artigo 8º, incisos II, e suas alíneas, e IV, e seu parágrafo único, da Lei nº 12.550/11, os quais preveem a obtenção de receitas com: prestação dos serviços compreendidos em seu objeto; alienação de bens e direitos; produto de aplicações financeiras; direitos patrimoniais resultantes de aluguéis, foros, dividendos e bonificações; acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e estrangeiras; e, rendas provenientes de outras fontes.

Desta forma, o vício da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares se apresenta da sua forma de empresa pública que explora bem sujeito ao mercado. No entanto, o bem de que aproveita está fora do mercado, uma vez que a própria Constituição impõe a gratuidade dos serviços de saúde. A estrutura administrativa da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares e as formas como esta pode obter receitas, incrementando seu orçamento, desvirtuam o comando constitucional.

Ademais, a norma ainda prevê que o lucro líquido da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares deve ser reinvestido para atendimento do seu objeto social, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência. A previsão indica, mais uma vez, a finalidade lucrativa da empresa pública.

Como a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares tem por escopo também a prestação de serviços hospitalares, é possível que busque incrementar sua receita por intermédio de sua própria atividade, podendo se antever a possibilidade de a empresa pública, por exemplo, a reservar ou alugar certo número de leitos hospitalares para internação de pacientes conveniados a planos de saúde privados, com fito de cobrar desses planos pelos serviços prestados.

Por outro lado, por sua estrutura empresarial, caso a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares não recorrer às práticas de mercado, obviamente que estará impedida de concretizar o comando legal contido no parágrafo único do artigo 8º, da Lei nº 12.550/11, que estabelece a obtenção de lucro líquido capaz de garantir as reservas legal e de contingência, com sobra tal que possa ser reinvestido para atendimento do objeto social da empresa. E, mais uma vez, se estará diante de outra ilegalidade.

Até o presente momento, várias anomalias já foram apontadas em relação à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, o que já indica sua total desarmonia com o sistema jurídico vigente. Ocorre que os problemas desta empresa pública não finalizam naqueles já expostos. Há, até mesmo, contradição na justificativa que fundamentou sua criação.

Quando das discussões para a criação legal da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, a União alegava que havia necessidade de se estancar a crise financeira dos

hospitais universitários, que não obtinham parcela do orçamento que lhe fosse suficiente a responder pela demanda que lhe era apresentada. Desta forma, caberia à União socorrer financeiramente estes hospitais universitários, com a abertura de crédito suplementar em seu favor.

Ocorre que o artigo 8º, inciso I, da Lei 12550/11, prevê que, caso a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares não gere lucro financeiro suficiente, caberá à União socorrer à empresa pública. Assim, mostra-se incompreensível como haverá a desoneração da União com a criação da referida empresa pública – com toda a sua gigantesca estrutura – se esta mesma União será a responsável por “cobrir” eventual *déficit* da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Não há lógica, decerto.

Além disso, com a criação da empresa estatal o impacto orçamentário foi maior do que os gastos dos anos anteriores, visto que a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares necessita de sede própria, estrutura, mobiliário, recursos materiais e humanos, realização de concursos públicos etc., além de lhe ser autorizada a manutenção de escritórios, representações, dependências e filiais em outras unidades da Federação, bem como a criação de subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as suas mesmas características, tudo em conformidade com os parágrafos primeiro e segundo do artigo 1º, da Lei nº 12.550/11.

Assim, as despesas orçamentárias cresceram e continuam a aumentar exponencialmente. Isto se verifica a partir de dados colhidos pela Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro<sup>74</sup> junto à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Esta passou a contar com parcela de orçamento a partir de 2012, considerando que sua criação ocorreu no ano anterior. De acordo com o apurado, o orçamento anual de 2012 da referida empresa pública foi de R\$ 21.749.328,00. No ano de 2013, o seu orçamento anual teve um incremento de aproximadamente quarenta vezes mais em relação ao ano anterior, atingindo a significativa cifra de R\$ 795.905.087,00<sup>75</sup>.

O vultoso orçamento anual da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares desperta sérias dúvidas sobre a eficiência econômica do novo modelo de gestão. Considerando que no Brasil existem 44 hospitais universitários federais, verificou-se que houve a adesão efetiva de somente 10 deles – uma vez que a aliança entre a universidade e a empresa é ato facultativo – quais sejam: Universidade de Brasília, Universidade Federal do Triângulo Mineiro,

---

<sup>74</sup> A Defensoria Pública da União no RJ, através do 1º Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva, instaurou procedimento apuratório nº 2012/016-12313 sobre a EBSEH.

<sup>75</sup> Ofício nº 375/2013-GAB/EBSEH/MEC, datado de 01/11/2013.

Universidade Federal do Maranhão, Universidade Federal do Espírito Santo, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (com três hospitais universitários), Universidade Federal de Grande Dourados, Universidade Federal do Sergipe e Universidade Federal do Piauí<sup>76</sup>.

Comprovando que não foi poupada quantia qualquer com a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, é possível perceber, de uma análise das Leis Orçamentárias atuais e anteriores, que no exercício financeiro de 2013 foi apresentada a quantia de R\$ 575.000.000,00, correspondente ao orçamento anual para os dez hospitais universitários aderentes à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. No entanto, nos anos anteriores foram apresentadas quantias praticamente idênticas na soma dos orçamentos individuais destes mesmos dez hospitais, hoje parceiros da empresa pública: em 2012 o valor aproximado de R\$ 568.000.000,00, e em 2011 o valor aproximado de R\$ 575.000.000,00<sup>77</sup>. Percebe-se, assim, que não houve significativa modificação, em termos orçamentários, que se permita dizer que o Estado está poupando por meio da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Ao contrário, conforme se verifica da análise do orçamento da União para o exercício financeiro de 2013 (na página 788 da lei), que dos R\$ 795.905.087,00 destinados à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, o valor de R\$ 488.180.087,00 (ou seja, bem mais da metade) corresponde ao “Programa de Gestão e Manutenção do Ministério da Educação”, que envolve assistência médica e odontológica, assistência pré-escolar, auxílio-transporte e auxílio-alimentação dos servidores civis, empregados, militares e seus dependentes, além de pagamento de pessoal ativo da União, capacitação, qualificação e requalificação dos servidores públicos federais, e contribuição à previdência privada. Estes indicadores fazem crer que está se gastando mais para se fazer o mesmo que era feito anteriormente.

Outro possível problema apresentado pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares se insere no âmbito de discussão da autonomia universitária, protegida pela Constituição de 1988, em seu artigo 207. Malgrado a Lei nº 12550/11 determine a observância do referido princípio, ao atuar no hospital universitário aderente, a estrutura da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares encontrará o impasse da atuação de servidores de dois regimes jurídicos distintos: estatutários, quando os servidores são vinculados ao próprio hospital universitário, e celetista, em se tratando de funcionário da empresa pública. Ademais, a empresa estará sujeita às decisões da própria universidade, pois a autonomia universitária deve ser respeitada.

---

<sup>76</sup> Fonte: Ofício nº 375/2013-GAB/EBSERH/MEC, datado de 01/11/2013.

<sup>77</sup> Fonte: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume\\_5.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_5.pdf), último acesso em 23 de fevereiro de 2014.

Não por outra razão que o Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União – TCU, Dr. Júlio Marcelo de Oliveira, na qualidade de especialista na primeira mesa da audiência pública sobre a EBSEERH promovida pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro no dia 03/05/2013, conforme registrado em ata da audiência, afirmou que:

...a inconstitucionalidade da iniciativa de criação da EBSEERH, que, segundo entende, significou a retirada da autonomia didático-científica e financeira das universidades. Ressaltou que a autonomia didático-científica, orçamentária e financeira das universidades públicas está para as universidades, assim como a liberdade de ir e vir e de escolha está para o indivíduo, que não pode abrir mão dessas garantias. A adesão da EBSEERH está para a universidade assim como a interdição está para o indivíduo, pois ao aderir à EBSEERH, significaria dizer que os hospitais universitários seriam incapazes de promover a própria gestão. Isso porque a empresa pública partiria da ideia de que, se os médicos, diretores, professores e administradores de um hospital não são capazes de geri-lo, este deve passar a ser gerido pela empresa federal, sobre a qual a universidade não pode ter nenhuma influência. (...) Ainda sobre a autonomia universitária ressaltou que as universidades não podem renunciar a sua autonomia, nem por decisão de seu CONSUNI. (Anexo I)

Decerto, a opção ou não pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares indica, de certa forma, a escolha entre o ideal neoliberal (que flexibiliza direitos dos trabalhadores do serviço público; que relativiza direitos sociais; que transfere a execução de políticas públicas sociais essenciais para uma pessoa jurídica de direito privado – empresa pública, incluindo a cessão gratuita de patrimônio público; que torna possível a captação de recursos por parte da empresa pública EBSEERH a partir da mercantilização dos serviços públicos e da financeirização dos recursos públicos; e adota a relação público-privada a partir dos denominados contratos de gestão), *versus* o ideal de um Estado Social e Democrático de Direito reconhecido na Constituição Federal (que garante e aperfeiçoa direitos sociais; que defende a valorização social do trabalho; que reconhece a saúde e a educação públicas como valores essenciais para a vida humana, e, portanto, como sendo um dever do Estado; que respeita os princípios norteadores do SUS; que não compactua com uma política de metas e resultados, de caráter mercantilista, que visa a obtenção de lucro pela prestação de serviços públicos).

No entanto, a Constituição de 1988 estruturou o Estado brasileiro para formar um Estado Social e Democrático de Direito, ampliando o ônus do Poder Público, a quem passou incumbir a satisfação de diversos direitos sociais. Porém, da mesma forma intensificou a possibilidade de arrecadação, organizando a forma de tributação e repasse tributário, de forma a fazer frente às despesas crescentes.

Por isto é que se surpreende com a conduta do Estado em criar uma empresa pública para responder por dois serviços essenciais, que dizem respeito à satisfação dos direitos sociais à saúde e educação.

No entanto, é possível apontar ainda outras “heresias” jurídicas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, destacando a prevista do artigo 5º da Lei nº 12.550/11. O dispositivo autoriza a dispensa de licitação para a contratação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares pela Administração Pública para as atividades relacionadas ao seu objeto social. Todavia, a previsão vai de encontro à norma constitucional do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, impõe à Administração Pública, direta e indireta, a obrigatoriedade de realização de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, mediante processo que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Conforme informa o Direito Administrativo, a licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público. Destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, na medida em que objetiva a participação de todos os interessados em contratar com o Poder Público e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e o interesse coletivo, também se destinando a promoção do desenvolvimento nacional de forma sustentável.

Como a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares será contratada pela autarquia federal (que é a forma como se organizam as universidades públicas), que integra a Administração Pública, deveria haver licitação para que o comando constitucional fosse cumprido. Assim, mais uma vez se observa a inconstitucionalidade da Lei nº 12550/11.

Ademais, ainda como reflexo da política neoliberal que respaldou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, a Lei nº 12.550/11, no artigo 6º, parágrafo primeiro, incisos II e IV, apresentou o conceito de “metas de desempenho”, relacionadas com prazo e produtividade. É óbvio que a Administração Pública tem que ser eficiente, sendo inclusive este um princípio constitucional (princípio da eficiência). O maior problema é a adequada correlação deste princípio com o objeto saúde pública.

É inimaginável, e mesmo preocupante, a instituição de metas de desempenho, por exemplo, no que se relaciona com o tempo de atendimento gasto com o paciente ou com o tempo de ocupação do leito hospitalar. Não se deve esquecer que a saúde pública é bem intangível, e que a doença não se comporta de igual forma em todos os organismos humanos. Desta forma, não se mostra possível a adoção de exatidão matemática, como a estipulação de tempo necessário para cada consulta ou do tempo de ocupação de um leito, por se tratar de

matéria complexa e subjetiva. Decerto, é possível ser feito trabalho de conscientização com o profissional da área médica, para que seja pontual no seu horário de trabalho, ou para que procure ser eficiente sem, no entanto, que se perca o caráter de humanidade com o paciente.

Até o presente momento, foi possível verificar que a Lei nº 12550/11 está em desacordo com todo o sistema jurídico vigente. Por esta razão, sua constitucionalidade foi questionada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, hoje tramitando perante o Supremo Tribunal Federal sob o número 4895, ainda sem julgamento.

Na referida ação direta de inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral da República requer a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 1º a 17 da Lei nº 12.550/11, que tratam das atribuições, gestão e administração de recursos da empresa ou, sucessivamente, dos artigos 10 a 12 da referida lei, bem como da forma de contratação de servidores da empresa por meio da Consolidação das Leis de Trabalho – CLT, de processo seletivo simplificado e da contratação temporária.

Destarte, foram levantados questionamentos além daqueles até o momento expostos. Na verdade, a Lei nº 12550/11 não contou com qualquer técnica legislativa, deturpando o sistema jurídico pátrio. Nenhuma medida que de fato trouxesse efetividade ao comando constitucional da saúde pública universal e gratuita foi adotada, tampouco houve incremento dos serviços de saúde colocados à disposição dos cidadãos.

O cenário ainda é pior se consideradas outras contrariedades da norma analisada. Podem ser citados os artigos 11 e 12, que autorizam que a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares contrate seus servidores por intermédio de processo seletivo simplificado, inclusive com a prorrogação dos contratos de trabalho por tempo determinado por até cinco anos, em verdadeiro desacordo com o comando constitucional que impõe a contratação por meio de concurso público.

É cediço que o concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecido sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos (CARVALHO FILHO, 1999, p. 415).

Sobre a exigência de concurso público para ingresso no serviço público da Administração Pública Direta e Indireta, o Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal já afirmaram, em diversas oportunidades, que as empresas públicas também se

submetem às normas e princípios norteadores da Administração Pública, inclusive o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que preconiza que *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*

Dessa forma, mais uma vez se revela flagrante a inconstitucionalidade da estrutura dada à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, agora em relação à contratação temporária sem a realização de concurso público, sendo certo que o processo seletivo simplificado não preenche as características do concurso público, limitando-se na maior parte das vezes a uma mera análise de currículo e a uma entrevista oral, sem a adoção de provas escritas com critérios objetivos, dando margem a casuísmos e a um grau deplorável de subjetividade, inaceitável no concurso público, ainda mais na atividade-fim. A exigência do concurso público para o acesso aos cargos e empregos públicos reveste-se de caráter ético e moralizador, e visa a garantir, em última análise, a igualdade, a impessoalidade e a meritocracia.

Registre-se que a exceção prevista no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, que permite a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Trata-se de hipótese excepcional, não se aplicando para contratação de servidores que devem prestar serviços de forma contínua, como ocorre com aqueles que obram junto à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Não há nenhuma *necessidade temporária de excepcional interesse público* no que concerne à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, uma vez que as próprias universidades públicas federais já fazem a gestão de seus hospitais universitários, contando com servidores contratados. Neste ponto é interessante perceber que as universidades que aderiram à contratação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares foram expressas ao firmar que a ausência de autorização de contratação por concurso público, por óbice imposto pelo próprio Governo Federal, foi a razão pela qual houve a aderência da instituição ao novo modelo proposto (Anexo III).

Percebe-se que a contratação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares serve, então, de escusa para que não mais seja aberto processo seletivo – leia-se, concurso público – em verdadeira afronta à Constituição da República. No lugar de contratar servidores qualificados, que foram submetidos à provas com alto nível de dificuldade, tendente a selecionar os melhores funcionários, o Poder Público opta por descumprir o comando constitucional.

Decerto, não se poderia questionar acerca da capacidade técnicas dos servidores selecionados, sob pena de diminuição até mesmo de uma classe de trabalhadores, o que seria tendencioso e iria de encontro aos ditames da pesquisa acadêmica. No entanto, sem discriminar qualquer classe obreira, é possível indagar se esta contratação simplificada dos servidores que prestaram serviços junto à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, não seria apta a facilitar a entrada de “apadrinhados” no serviço público, pois neste caso mais uma vez o particular se locupletaria do setor público – inclusive, sendo este uma das falhas do sistema brasileiro, que o legislador constituinte objetivou conter.

Por fim, não se pode olvidar que a saúde pública, no Brasil, foi influenciada pelo processo de redemocratização, que surtiu seus efeitos também (e principalmente) durante a constituinte. Assim, foram criados os Conselhos de Saúde, objeto de análise no capítulo segundo deste trabalho. Por intermédio dos referidos Conselhos, a população pode participar, opinando acerca das dificuldades enfrentadas no Sistema Único de Saúde, traçando metas e estratégias na busca da efetivação do direito à saúde.

Desta forma, questão interessante que se coloca é se as normas que impõem este controle social (pelos Conselhos de Saúde) para a Administração Pública no campo da saúde pública se aplicam para a pessoa jurídica de direito privado (empresa pública), como é o caso da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Indaga-se se esta estaria obrigada a submeter as suas políticas de atuação e execução na área de saúde pública ao Conselho Nacional de Saúde.

Em razão de todas as inconstitucionalidades, ilegalidades e irregularidades da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, esta é, hoje, objeto de procedimento apuratório por parte da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro e, também, por parte do Ministério Público Federal no RJ.

Portanto, mais uma vez o Estado cria um verdadeiro “imbróglio” com fito de se desonerar de seu mister constitucional, inclusive facilitando ainda mais o processo de mercantilização da saúde, com a adoção de medidas que violam o próprio comando constitucional e a organização dos serviços de saúde pública, elaborada pelo legislador constituinte. Aguarda-se, portanto, uma atuação eficiente do Poder Judiciário, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12550/11, restabelecendo a ordem jurídica pátria e sua harmonia com o sistema constitucional.

### 3.2. A mercadoria: saúde privada

O setor privado de saúde está hoje devidamente organizado e fortalecido. Seu aspecto rudimentar, com o serviço médico prestado por um único profissional – normalmente, o “médico de família” – foi abandonado no final do século passado, dando espaço para verdadeira mercantilização da atividade médica, por meio da reunião de profissionais da área em grandes centros de atuação. Não há mais a figura do médico de confiança de um grupo familiar. A informalidade é um traço marcante do processo de empresariado da medicina, na atualidade.

As formas privadas de atenção à saúde foram modificando-se muito ao longo do tempo. Caracterizavam-se, nas épocas mais remotas, pela presença do médico enquanto profissional liberal, em sua livre relação com os pacientes. A atenção hospitalar era pequena, tinha caráter de clausura e restringia-se ou a casos terminais, ou às enfermidades mentais.

Embora a maioria dos hospitais, em quase todos os países do mundo, tenha-se originado a partir do Estado, ou de atividades beneficentes e filantrópicas, ligadas a instituições religiosas, corporações profissionais e sindicatos, foi surgindo, com o tempo, um espaço próprio para o desenvolvimento das empresas médicas. Esse espaço tem uma dupla origem:

a) Do lado das famílias, a insatisfação com os sistemas públicos de saúde ou provados de assistência médica previdenciária, e a necessidade de uma atenção médica cujo atendimento fosse mais rápido, de melhor qualidade ou propiciasse sistemas de padrões de conforto diferenciados para quem pudesse pagar (quartos particulares com direito a acompanhante, em vez de enfermarias, por exemplo);

b) do lado das empresas, a necessidade de manter padrões de regularidade e satisfação da força de trabalho, tendo em vista reduzir o absenteísmo, aumentar a produtividade e a qualidade de mão-de-obra. Em geral, na medida em que os sistemas públicos vão tornando-se insuficientes para cobrir esses requisitos, abre-se um grande espaço para o funcionamento do setor privado autônomo, o qual surgiu sob a forma de organização das empresas médicas. (MÉDICI, 1992, p. 81)

Com fito de se delimitar o objeto de estudo neste ponto, é indispensável que se delimite aquilo que se entende por *mercado privado de saúde*, impedindo que haja omissões ou ambiguidades prejudiciais à compreensão do tema. Assim, adotando a concepção trazida por OCKÉ-REIS (2012, p. 62), diz-se que o mercado privado de saúde (expressão usada para abarcar as empresas de planos e de seguros de saúde) é aquele

... caracterizado pela atuação das seguradoras de saúde, das empresas de medicina de grupo, das cooperativas médicas e das entidades de autogestão. Na qualidade de ‘terceiro pagador’, essas organizações vendem planos de pré-pagamento que intermedeiam o financiamento do acesso aos serviços privados de saúde, protegendo os segurados do risco associado ao custo e adoecer. Tal situação permite a queda do montante do desembolso direto das famílias, pois

seu gasto potencial pode ser dividido entre um conjunto de segmentos. (OCKÉ-REIS, 2012, p. 65)

À luz de uma análise econômica do mercado privado de saúde, percebe-se que o setor é peculiar em relação aos demais, não se verificando um mercado típico, e várias são as razões para isto. Inicialmente, o próprio consumidor. Este não tem noção do produto que adquire, considerando que nem sempre possui o conhecimento técnico que lhe permite o diagnóstico de sua doença ou a escolha da forma de tratamento. Em geral, o consumidor fica sujeito ao tratamento médico proposto pelo profissional que lhe presta assistência.

Outra peculiaridade do mercado de saúde é o preço do produto que se vende. Este não é arbitrado de acordo com a lei de mercado, isto é, estabelecido com base na lei da oferta e da procura. Normalmente, o preço pago pelo serviço privado de saúde é estabelecido por mecanismos externos ao mercado – como por entidades médicas ou pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. A autarquia de regime especial (Agência Nacional de Saúde Suplementar) é a entidade governamental voltada à regulação do mercado privado de saúde, a quem incumbe a estipulação do preço pago pelo serviço privado oferecido.

Ademais, não se pode olvidar de característica que é própria aos serviços de saúde (público e privado). A Constituição de 1988 adjetivou o serviço privado de saúde, tratando-o como sendo de relevância pública, o que acarreta as consequências já apontadas no capítulo anterior. Trata-se de direcionamento que impõe ao setor privado de saúde uma atuação muito mais focada na pessoa, do que galgada no lucro, além de sujeitar a relação estabelecida entre a empresa privada de saúde e o particular contratante aos princípios constitucionais, considerando a horizontalidade dos direitos fundamentais que norteiam a relação jurídica estabelecida – já analisada no capítulo anterior.

Ademais, conforme dito, o mercado de saúde privada contou com um grande aliado para sua formação e seu fortalecimento, especialmente no Brasil: o próprio Estado.

O Estado tem atuado no campo da saúde:

- a) como prestador de serviços, fornecendo cuidados básicos para as populações carentes, ou oferecendo serviços que não são atrativos para as entidades privadas, dado seu alto custo ou baixa rentabilidade;
- b) através da concessão de benefícios, ou seja, reduzindo o preço como forma de ampliar a demanda para segmentos carentes e não cobertos;
- c) como instância de regulação do mercado, fixando normas, padrões de qualidade, preços etc. (MÉDICI, 1992, p. 80)

A realidade fática brasileira ilustra como o Estado colaborou ativamente para o fortalecimento do mercado de saúde privada e, até hoje, o Estado estabelece relações que ainda

beneficiam o particular em detrimento do setor público, adotando posturas omissivas que facilitam e avigoram a mercantilização do próprio bem *saúde*.

No entanto, a verdade é que a saúde pública não resistiria caso o mercado privado não fosse tão atuante no Brasil. O sistema público de saúde estaria em colapso se o serviço privado deixasse de existir, uma vez que sua ineficiência e a falta de recursos em seu aparelhamento sempre foi uma realidade no processo de universalização da saúde pública, por intermédio do Sistema Único de Saúde.

Atualmente, o Estado não dá conta do ônus que suporta no fornecimento de bens e insumos de saúde, malgrado parcela considerável da população não recorra aos serviços públicos de saúde, valendo-se da rede privada<sup>78</sup>. Trata-se de questão afeta ao próprio desinteresse dos dirigentes, que estimulam o crescimento do mercado privado de saúde, em detrimento de investimentos no setor público, em verdadeiro processo de “americanização perversa<sup>79</sup>”.

### 3.2.1. Funcionamento da saúde privada, no Brasil

A Constituição de 1988 autorizou que a *saúde* fosse objeto de exploração, pela iniciativa privada, estando a mesma sujeita à livre iniciativa, porém formando um mercado regulado e fiscalizado pelo Poder Público, especialmente por exercer um serviço de relevância pública, adjetivação constitucional que importa em ônus específico para o setor, que deve atuar nos estreitos da lei, observando o direcionamento feito pelo próprio legislador constituinte.

Todavia, antes da Constituição de 1988, o setor privado de saúde não contava com regulação específica, tendo crescido à margem de qualquer controle por parte do Estado.

Historicamente, a formação do mercado de saúde privado, também chamado de supletivo ou suplementar, deu-se no Brasil, nestes últimos 40 anos, praticamente sem nenhuma presença efetiva do Estado, o que levou esse setor a um crescimento sem qualquer controle ou um acompanhamento mais próximo.

Em sua fase embrionária, ele esteve ligado a instituições filantrópicas, organizadas de forma solidária pela própria população por meio de fundos

<sup>78</sup> De acordo com o IBGE (<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad98/saude/analise.shtm>, consulta realizada em 18/02/2014), foi apurada na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios que cerca de 38,7 milhões o número de brasileiros cobertos por pelo menos um plano de saúde, o que corresponde a 24,5% da população do País. Isto significa que quase ¼ da população brasileira não costuma se valer do serviço público de saúde, já que recorre ao setor privado para o qual contribui. Este dado, somado ao conhecimento dos problemas enfrentados pelo serviço de saúde pública, permite concluir que a exclusão dos serviços privados, no Brasil, acarretaria verdadeiro colapso do setor público, com o incremento de quase 25% de sua demanda atual.

<sup>79</sup> VIANNA, 2000.

mútuos. Sua institucionalização formal se deu nas décadas de 20 e 30, quando surgem os primeiros esquemas de assistência privada à saúde voltada para os trabalhadores. (GREGORI, 2007, p. 29)

Verificou-se, ademais, que a omissão estatal apontada pela autora se atém à regulação do mercado privado de saúde, já que houve uma participação ativa do Estado colaborando para o crescimento e fortalecimento do setor privado de saúde, especialmente na década de 70 do século XX, quando os serviços privados foram utilizados para fazer frente à necessidade de arcar com a demanda de serviços de assistência médica do trabalhador, quando da unificação dos Institutos de Previdência em uma só autarquia – malgrado os Institutos de Previdência existentes em momento anterior também tivessem se valido do auxílio do setor privado de saúde na complementação do serviço existente, porém de forma mais tímida em relação à atuação do governo militar, durante as décadas de 60 e 70 do século passado.

... é nos anos 60 e no início da década de 70 que ocorre o grande *boom* da contratação coletiva de planos de saúde. Eram os chamados convênios médicos entre entidades empregadoras e empresas médicas. O sistema privado se desenvolveu a partir do ABC, na região metropolitana de São Paulo, em resposta à demanda criada pela indústria automobilística.

Nesse momento, a Previdência passou, mediante convênio, a transferir para as empresas a responsabilidade pela assistência à saúde de seus empregados. É da chamada “medicina de fábrica” que surgem as “empresas médicas” ou “grupos médicos” especializados na venda de serviços assistenciais, inicialmente por redes próprias e, depois, por sistema de credenciamento de prestadores de serviço médico-hospitalar.

No regime militar, os “grupos médicos” passam a receber incentivo, com sua incorporação à assistência médica previdenciária, e mais tarde, dão origem à medicina de grupo. (GREGORI, 2007, p. 30)

Desta forma, o Estado não interviu no mercado privado de saúde de forma efetiva, promovendo sua regulamentação e controle, pelo menos até a Constituição de 1988. Esta, se por um lado concedeu à iniciativa privada a exploração da *saúde*, por outro submeteu o mercado privado ao controle do Estado, já que o setor passou, então, a ser institucionalizado. No entanto, a previsão da norma constitucional não foi suficiente para organizar o mercado privado de saúde, já que dependia de lei própria prevendo a forma de funcionamento daquele nicho da economia, sendo certo que a legislação só veio em 1998, quando da publicação da Lei nº 9656.

No período anterior à Lei nº 9656/98, várias tentativas de regulação do mercado de saúde privada foram realizadas, porém de forma não tão eficaz. Em 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, iniciou-se uma maior proteção do contratante do plano ou seguro privado de saúde, que passou a contar com norma que tutelava a relação existente entre si e a empresa de saúde, sendo-lhe favorável pela sua condição de hipossuficiente.

Atualmente, o mercado de saúde privado possui um controle mais rígido – ainda que nem tanto eficaz – por parte do Estado. Com o advento da Lei nº 9656/1998, bem como com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em 2000, com a Lei nº 9961. Conforme será visto em ponto a seguir, durante muito tempo a Agência Nacional de Saúde Suplementar não atuou de forma incisiva no mercado de seguro de saúde, omitindo-se na regulamentação eficaz do setor. No entanto, tem se verificada uma modificação, ainda pontual, na política de atuação da agência, inclusive com a suspensão de contratação de alguns planos, que não prestavam serviço satisfatório a seus usuários.

O mercado de saúde é rentável e cresce ano a ano. É possível verificar no quadro abaixo, que o mercado de saúde mais que dobrou sua receita após 10 anos de funcionamento e estabilização – conforme apuração realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>80</sup>.  
Veja-se

**Receita de contraprestações das operadoras (em reais) (Brasil - 2003-2012)**

Ano	Receita das operadoras médico-hospitalares
2003	28.242.936.475
2004	32.030.482.291
2005	36.526.986.045
2006	41.716.042.287
2007	51.123.335.645
2008	59.507.022.745
2009	64.468.880.325
2010	72.918.834.837
2011	82.611.569.740
2012	93.122.519.828

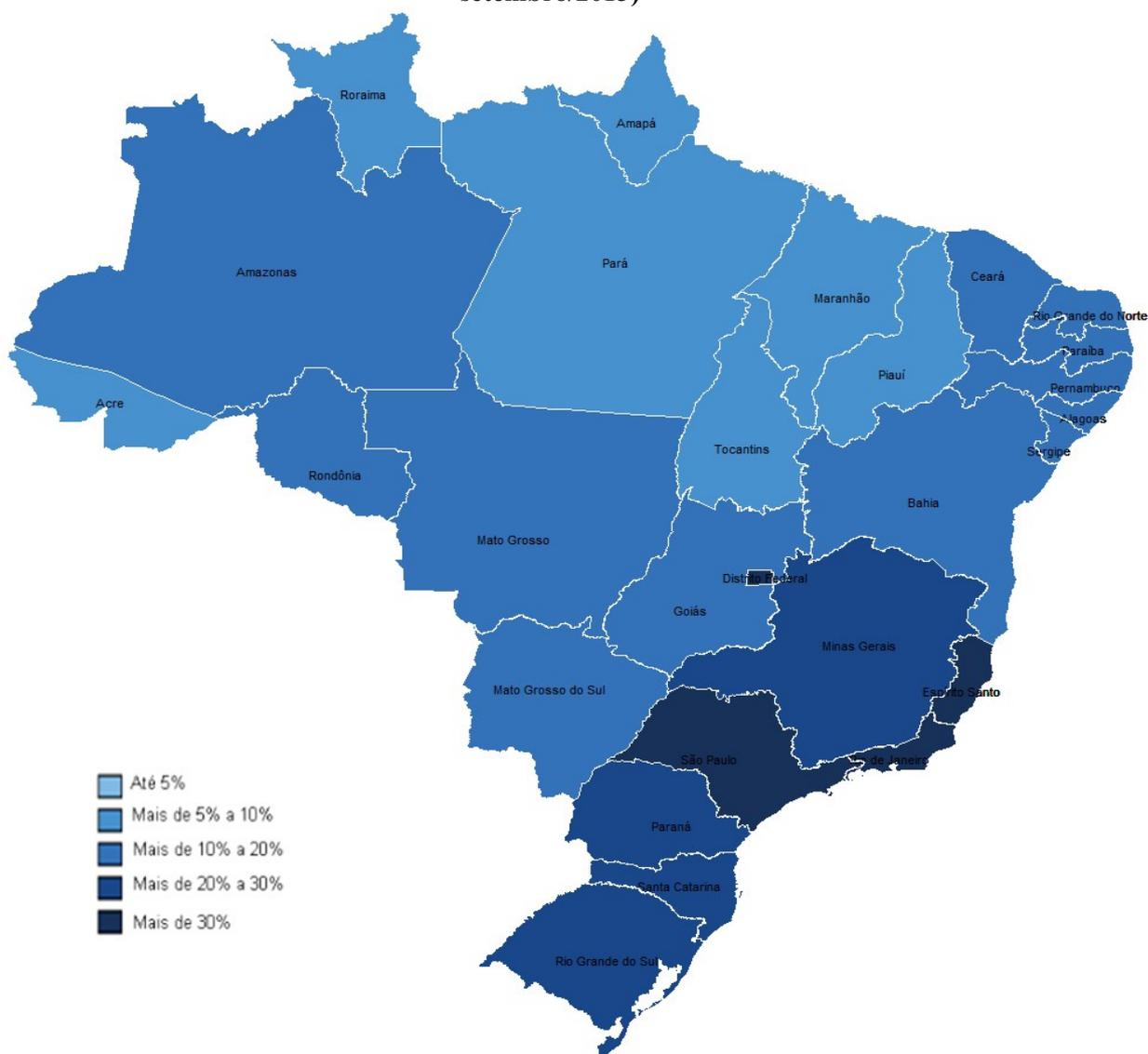
Fontes: DIOPS/ANS/MS - 10/12/2013 e FIP - 12/2006  
Notas: 1. Dados preliminares, sujeitos à revisão.

<sup>80</sup> Disponível em <http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>, última consulta em 18/02/2014.

2. As operadoras da modalidade Autogestão passaram a informar suas receitas, obrigatoriamente, a partir de 2007, com exceção daquelas por SPC (Secretaria Previdência Complementar), obrigadas a partir de 2010. As Autogestões por RH (Recursos Humanos) não são obrigadas a enviar informações financeiras.

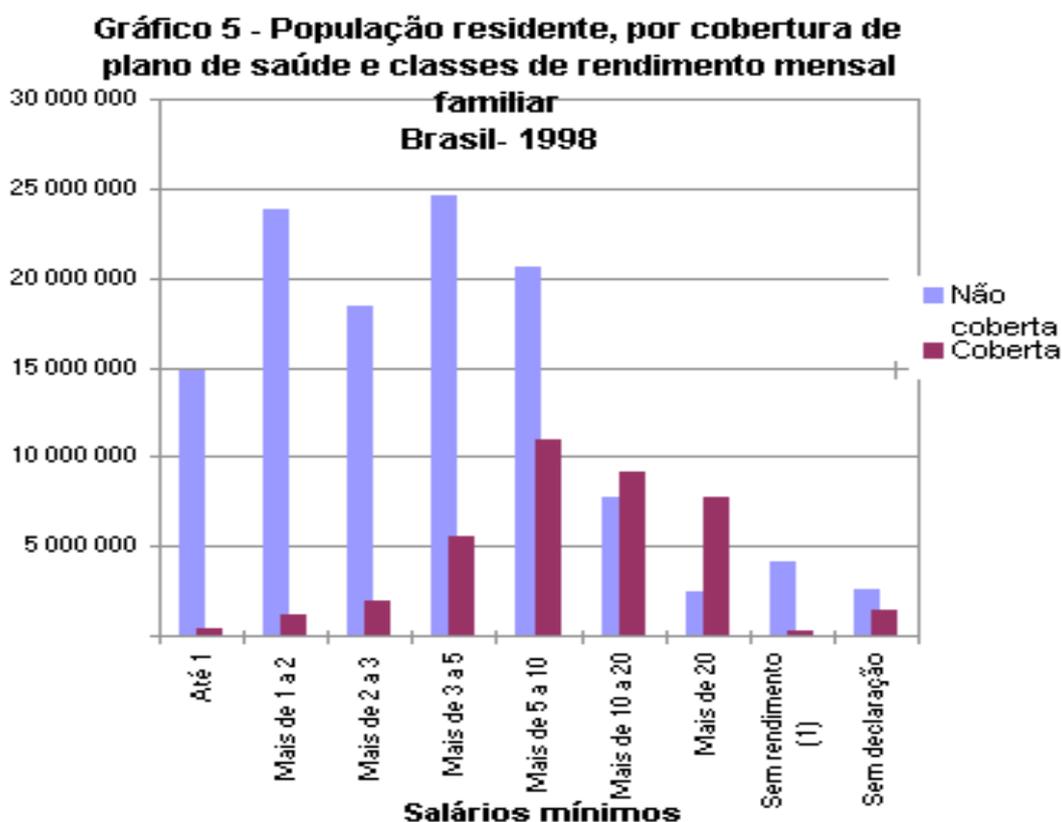
Malgrado a receita das empresas operadoras de planos médico-hospitalares tenha dobrado, isto não significou modificação em sua infraestrutura, tampouco a ampliação de sua cobertura em regiões do Brasil distantes do eixo central, conforme demonstra o quadro anexo, disponível no sítio eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar, apurado pelo IBGE.

### Taxa de cobertura dos planos de assistência médica por Unidades da Federação (Brasil - setembro/2013)



Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 09/2013 e População - IBGE/2012

Por outro lado, a adesão a planos privados de saúde é restrita a classe mais favorecida, que pode arcar com seu alto custo, restando à classe pobre do Brasil se valer dos (ineficientes) serviços públicos de saúde, conforme demonstra o gráfico abaixo<sup>81</sup>. Tal fato já havia sido assentando anteriormente, inclusive apontando a perversidade que é o seu reflexo.



Como um serviço opcional que é (ou a menos deveria ser), é possível concluir da análise dos dados estatísticos apresentados, que a saúde privada cresceu e se estabeleceu como uma realidade brasileira, tendo contato com inquestionável participação do Estado. Este atuou e continua a atuar de forma ativa, estimulando o mercado por intermédio de subsídios fiscais (como estabelecido acima), como também estimula o crescimento do setor privado pela própria omissão e ineficiência do Poder Público no patrocínio da saúde do cidadão, já que o serviço

<sup>81</sup> Gráfico do sítio eletrônico o IBGE, disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad98/saude/analise.shtm>, última consulta em 18/02/2014

público de saúde não tem razoável qualidade, estimulando àqueles que podem a aderirem ao mercado privado de saúde.

### 3.2.2. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: regulação ou omissão?

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela Lei nº 9961, de 28 de janeiro de 2000, tendo por escopo a tutela e regulação do mercado privado de saúde. Trata-se de marco importante no sistema jurídico vigente, pela alteração da postura do Estado, que passa a reconhecer o setor de saúde privada como sendo econômico, impondo limites e regulando a atuação deste nicho como agente regulador.

Ao deixar à livre iniciativa a exploração da *saúde*, o legislador constituinte institucionalizou o mercado privado de saúde – que, à época da constituinte, já era existente e contava com força suficiente para influenciar as escolhas políticas do legislador – colocando-o sob o controle do Estado (nas suas três esferas de Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário), que passou a atuar como agente regulador e com o ônus da fiscalização do setor.

A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que esta atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem economia, da livre iniciativa e competição, por considera-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado, e, de outro, que tais atividades deveriam ser desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício dessas atividades, de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo. (GREGORI, 2007, p. 42)

Desta forma, considerando as peculiaridades do mercado privado de saúde, bem como em razão de se tratar de um serviço de relevância pública, criou-se autarquia especial com fito de regulamentar e controlar o mercado privado de saúde, impedindo a alta de preços, a abusividade das condutas praticadas, a proteção do consumidor e a concentração do setor.

Sobre este último ponto (concentração do setor), OCKÉ-REIS (2012, p. 88) informa que

Essa configuração do mercado e as peculiaridades do setor de saúde desafiam a capacidade de atuação da ANS e das instituições antitruste – diga-se do Cade (Seae) e da Secretaria de Direitos Econômicos (SDE) do Ministério da Justiça, órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Vale notar igualmente que, embora alguns autores já reconheçam o processo de concentração em curso no mercado de planos de saúde (Nitão, 2004), é

escassa a produção de estudos que investiguem os efeitos sistêmicos dessa concentração sobre o *mix* público / privado da saúde no Brasil, abordando possíveis caminhos e condutas a serem adotadas pela ANS em face desse movimento de concentração e do respectivo aumento do poder de mercado das operadoras líderes.

A ausência de estudos que apontem se há concentração, ou não, do mercado de saúde privada nas mãos de um grupo econômico específico (ou de alguns poucos grupos econômicos específicos), impedindo que o primado da livre iniciativa seja satisfeito de forma integral, indicam uma atuação ineficiente da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Esta é, afinal, a entidade responsável pela manutenção deste nicho econômico saudável, até mesmo como forma de proteção dos próprios consumidores – já que, com a concentração do mercado, os consumidores estariam restritos quando da escolha do produto comercializado, sujeitando-se aos preços combinados pelo grupo econômico dominante – e a sua atuação se mostra omissa nesta questão.

É importante perceber que a regulação do mercado de saúde é uma novidade relativamente recente no sistema jurídico brasileiro, uma vez que a Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada somente no ano 2000, quando o setor já estava estruturado e havia crescido sem qualquer intervenção estatal eficaz, pois, conforme visto, os planos de saúde só foram regulamentados a partir de 1998, havendo controle anterior, protegendo o consumidor, por meio do Código de Defesa do Consumidor e os princípios que norteiam o sistema. Desta forma, há uma dificuldade de imposição de condutas favorável ao mercado, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, mesmo porque, pela peculiaridade do mercado, há dificuldade do próprio governo em encontrar um ponto de equilíbrio nesta regulação.

Outra questão importante diz respeito à regulação dos preços dos contratos de saúde privada. Sabe-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar é incumbida da regulação dos preços dos serviços de saúde comercializados pelo setor privado. É certo que o preço dos serviços de saúde recebem inúmeras variantes para sua estipulação, como a taxa de juros, a variação do câmbio, os produtos colocados à disposição etc.

Nesse ambiente econômico, é plausível pensar que o funcionamento do mercado de planos de saúde não consiga garantir livremente preços acessíveis, cobertura integral e qualidade de atenção médica. Do ponto de vista de seu padrão de competição, estaria configurado um quadro de concorrência imperfeita, em que os preços tenderiam a aparecer como “preços de monopólio”, pois vendedores poderiam fixar maiores lucros em detrimento do bem-estar dos consumidores.

Desse modo, justifica-se a regulamentação dos preços de planos individuais de saúde, atividade, hoje, de competência legal da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)... (OCKÉ-REIS, 2012, p. 98)

Dessa maneira, o artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 9961/2000, estabelece competir à Agência Nacional de Saúde Suplementar a autorização de reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda. Percebe-se que a lei é expressa quando à autorização específica para planos privados individuais, de maneira que estão excluídos os planos contratados por empresas, em favor de seus empregados, denominados “planos coletivos”.

Da omissão legal que exclui do âmbito da competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar a regulação dos reajustes dos planos coletivos, nasce um problema que vem encontrando força e espaço para seu crescimento. O mercado privado, sabedor da liberdade em reajustar os planos coletivos em patamar que julga conveniente, tem se negado a realizar planos privados de saúde, isto é, cria óbice para contratação direta do particular ao plano de saúde privada.

Esta questão é pouco abordada na doutrina, até mesmo por se tratar de um problema novo, que ainda vem tomando forma. A solução, decerto, está na modificação da própria lei, de maneira a ampliar as atribuições da Agência Nacional de Saúde Suplementar, englobando também o arbitramento do valor do reajuste dos planos coletivos, como forma de fomentar as empresas privadas a colocarem planos privados de saúde à venda.

Recentemente, no entanto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar se viu envolvida em escândalo, em virtude de omissão no currículo de um dos integrantes de sua administração, que havia funcionado junto às empresas privadas antes de assumir o cargo na agência<sup>82</sup>. Assim que descoberto e noticiado, o diretor pediu sua exoneração, porém o que se questiona é se não haveria um comprometimento da autarquia especial na regulação do setor econômico pelo qual é responsável.

Decerto se percebe que a Agência Nacional de Saúde Suplementar tem estado mais presente, atuando de maneira mais incisiva e menos omissa, inclusive suspendendo a venda de planos de saúde que não atendem ao parâmetro de qualidade traçado pela autarquia. No entanto, ainda assim o setor não está estabilizado e escândalos como o noticiado demonstram a fragilidade do sistema, já que indicou a possibilidade de interesses privados serem tutelados pela entidade responsável pelo cuidado dos interesses coletivos (mercado de saúde privada saudável), quando mais uma vez o Estado serve de apoio a interesses que lhe são estranhos.

---

<sup>82</sup> O escândalo citado ocorreu em outubro de 2013 e foi amplamente divulgado nos meios de comunicação. Veja-se <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/10/diretor-da-ans-que-omitiu-curriculo-pede-renuncia-do-cargo.html>, acessado em 23 de fevereiro de 2014.

### 3.3.3. Os problemas enfrentados na saúde privada

Ao longo da exposição, foi assentado o domínio dos interesses privados sobre o Estado que, por sua vez, não consegue trazer efetividade ao comando constitucional que lhe incumbe do dever de prestar assistência à saúde a todas as pessoas. OCKÉ-REIS coloca a questão da seguinte forma

O Estado não consegue responder aos problemas decorrentes da precária cobertura pública da atenção médica em um quadro de restrição orçamentária, impedindo o indispensável fortalecimento do SUS e deixando espaço para a atuação do mercado. Por sua vez, o crescimento dos planos de saúde apresenta uma trajetória de custos crescentes no contexto de baixos salários da economia brasileira, levando à concentração do mercado, à ampliação de subsídios regressivos e à expulsão da clientela de alto risco. (OCKÉ-REIS, 2012, p. 155)

Assim, o que se percebe é a conduta do Estado brasileiro em subverter o direito à saúde em uma mercadoria voltada ao setor privado. A própria ineficiência do Poder Público – seja pelas péssimas condições dos serviços públicos de saúde, sem orçamento e investimentos suficientes, seja pela omissão do próprio setor de saúde privada – estimula a mercantilização da *saúde*. Por outro lado, os planos privados de saúde aproveitam-se da fragilidade da regulação do mercado, impondo ônus demasiado em sua contratação, sendo dominado por grandes grupos econômicos, em franco processo de concentração do mercado. Em qualquer dos dois polos (da saúde pública ou da saúde privada) quem perde é o cidadão.

É certo que o Sistema Único de Saúde, hoje, enfrenta problemas que impedem o pleno acesso aos bens e serviços de saúde pública, pelo cidadão. No entanto, os planos privados de saúde também não apresentam grau de eficiência que lhe permita se apresentar como solução à saúde pública. O mercado de planos de saúde da mesma forma não é favorável ao indivíduo, seja em razão da concentração do poder nas mãos de grupo econômico, seja pela atuação incipiente da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O crescimento do setor privado não acompanhou a demanda incrementada ao longo dos anos. Ocorre que, mesmo sem condições de contratar, as empresas privadas continuaram a realizar negócios jurídicos, aumentando seus lucros sem apresentar, em contrapartida, o crescimento de sua rede conveniada. Tanto é assim que a Agência Nacional de Saúde Suplementar tem determinado a suspensão de venda de vários planos privados.

A suspensão da comercialização de planos de saúde é uma das medidas preventivas aplicadas pela ANS para induzir a mudança de comportamento das operadoras e melhorar a qualidade do atendimento prestado aos beneficiários de planos. É baseada nas queixas dos consumidores a respeito do descumprimento de prazos máximos de atendimento e de negativas de cobertura assistencial. Os resultados são divulgados a cada três meses e podem gerar desde a suspensão da comercialização de planos até a recomendação de elaboração de plano de recuperação assistencial, a instauração de regime especial de Direção Técnica e o afastamento dos dirigentes da operadora.

O objetivo da suspensão da comercialização é que os consumidores desses planos obtenham efetiva melhora na assistência prestada. Desde o início do Programa de Monitoramento, a ANS já suspendeu a comercialização de 783 planos de 105 operadoras, atingindo diretamente 12,1 milhões de consumidores. É importante esclarecer que o cliente que está em um plano suspenso fica protegido pela medida da ANS e com todos os direitos de acesso e utilização dos serviços garantidos, uma vez que operadoras precisam melhorar a qualidade da assistência para que possam recuperar o direito de comercializar esses planos. A tendência é que o atendimento a esse cliente apresente melhora contínua. (fonte: <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2412-suspensao-de-comercializacao-de-111-planos-de-saude-comeca-a-valer-nesta-sexta-feira-212>, acesso em 9 de janeiro de 2014)

A notícia colacionada é um indício que o setor privado de saúde também não conta com a eficiência esperada. O processo de mercantilização da *saúde* transformou o direito em um bem rentável sem, contudo, trazer a efetiva tutela do bem estar completo do indivíduo. O Estado não é ativo o suficiente para fazer frente ao crescimento desenfreado do setor privado, tampouco de satisfazer ônus que lhe foi imposto constitucionalmente, de realização do direito à saúde do cidadão.

O mercado privado de saúde encontra ambiente propício para cometer os abusos perpetrados. Não se refuta suficiente a simples suspensão de contratar, por parte do plano de saúde ineficiente. Devem ser tomadas medidas incisivas por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar para melhor regulação deste setor econômico, com vistas não só a proteção do consumidor, mas principalmente com escopo de tutelar o próprio bem *saúde*. O Estado não pode satisfazer interesses privados, sob pena de abalar sua própria legitimidade.

## Conclusão

A única Constituição da República que garantiu o acesso universal e gratuito à saúde, no Brasil, foi a de 1988. No entanto, ao mesmo tempo que a norma constitucional trouxe a garantia que traduz verdadeiro direito fundamental, também permitiu a atuação do setor privado na exploração da *saúde* como uma mercadoria. Esta dualidade de sistemas (público e privado) poderia não acarretar qualquer desarmonia, contanto houvesse efetividade na atuação estatal em favor da coletividade, deixando os interesses privados restritos ao próprio setor econômico. No entanto, a História brasileira demonstra que os governantes que conduziram politicamente o país direcionaram grande parte de suas políticas públicas em favor de uma minoria, e não foi diferente com a saúde pública.

Neste trabalho, pretendeu-se avaliar como a *saúde* individual (aqui entendida como as formas de acesso aos bens e serviços de saúde, pelo indivíduo, não se objetivando analisar a saúde coletiva, que suscitaria outras questões que não foram abordadas no decorrer da pesquisa) é garantida ao cidadão, tanto quando prestada pelo Estado (na satisfação de sua incumbência constitucionalmente prevista, que lhe impõe o ônus de garantir o acesso aos serviços de saúde de forma universal e gratuita) como quando explorada pelo mercado privado de saúde (por intermédio da contratação de planos de saúde, pelo particular).

É cediço que a noção de *saúde* teve sua compreensão expandida ao longo do tempo, não sendo uniforme em todas as regiões do mundo. Ao contrário, *saúde* apresenta facetas diversas, que sofrem influência dos conhecimentos científicos, dos avanços tecnológicos, das condições climáticas, da diversidade cultural, dentre outras tantas nuances que influenciam a sua concepção. Justamente por esta peculiaridade, o conceito estabelecido pelo organismo internacional que tutela a saúde é genérico, já que objetiva sua aplicação em todas as regiões.

A Organização Mundial de Saúde, então, conceituou *saúde* como *um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*. Contra as críticas feitas ao conceito de *saúde* estabelecido pelo organismo internacional, especialmente por sua (suposta) baixa operabilidade, o que se percebe na definição ofertada é a possibilidade de sua aplicação a qualquer povo, independentemente de cultura, grau de desenvolvimento científico, alcance de tecnologias etc., ou seja, respeita as idiosincrasias do mundo, justamente por se ter adotado elementos genéricos em sua caracterização.

No Brasil, a saúde coletiva foi objeto de medidas estatais a partir do início do século passado, principalmente. No entanto, tais medidas não tiveram por escopo a tutela do indivíduo singularmente considerado, isto é, não se vislumbrava na medida adotada a tutela de um direito. Na verdade, muitas das políticas públicas de saúde implantadas pelos governantes objetivavam a tutela do mercado ou a manutenção da própria espécie humana. Portanto, desde as primeiras campanhas sanitárias, iniciadas na década de 20 do século XX, o Estado brasileiro adotou medidas preventivas com escopo de proteger parcela da população, mas não direitos. À *saúde* não era conferido um *status* de direito.

Somente a partir da década de 30 é que a saúde passou a ser um bem jurídico protegido em favor do próprio indivíduo, incumbindo ao Estado sua realização. Todavia, o direito à saúde do indivíduo estava sujeito a sua contribuição (financeira) a um dos Institutos de Previdência existentes, como uma contraprestação aos serviços prestados pelo Poder Público, não havendo gratuidade do sistema, tampouco universalidade, na medida em que se destinava a garantir a saúde somente dos trabalhadores contribuintes e de seus dependentes.

Malgrado a expansão da garantia ao direito à saúde em favor do trabalhador (a partir do Estado Novo), em razão da má administração dos bens e serviços de acesso à saúde, além do fato de ter havido unificação dos Institutos de Previdências existentes em uma única entidade (durante a década de 70, pelo governo militar), foi necessário que o Estado se valesse dos serviços privados (os quais, a partir da década de 60 do século passado, começaram a surgir de forma organizada) para cumprir o desiderato da lei. O Poder Público não deu conta do aumento da demanda de saúde com a unificação dos institutos implantada, ainda que tenha respondido bem ao incremento significativo do orçamento, optando por encomendar serviços ao setor privado de saúde sem investir nos serviços públicos, para uma posterior substituição.

Assim, por intermédio de investimentos do Estado, o setor privado de saúde – até então incipiente – obteve êxito em seu intento de organização e fortalecimento, porém em detrimento do próprio serviço público que deixou de contar com o investimento estatal adequado a seu crescimento, a sua manutenção e, até mesmo, a sua instituição. Por isto, é possível dizer que o crescimento do setor privado de saúde contou com um aliado de peso: o próprio Estado.

No contexto de exclusão do sistema de saúde existente, durante a crise democrática instalada no governo militar, especialmente na década de 70 do século passado, nascia e se fortalecia o movimento sanitarista, no Brasil. O movimento era composto por diversas áreas da sociedade (médicos, enfermeiros, sanitaristas, sindicatos e outros setores sociais), que realizavam encontros para discutir o acesso à saúde pelo povo brasileiro, tendo respaldado suas reivindicações nos tratados e documentos internacionais, que já indicavam a necessidade de ser

a saúde tutelada em favor dos indivíduos, sendo, então, levantada a bandeira da “saúde para todos”.

Com o mercado privado já fortalecido e o movimento sanitarista também organizado, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte que culminou na atual Constituição da República, quando da abertura democrática, no Brasil e a luta pelo fim da ditadura militar. O ambiente era de democratização do espaço público, malgrado os setores econômicos tivessem condições suficientes de exercer influência no processo de escolha. E foi justamente o que ocorreu com a *saúde*. Esta, como um direito social, foi prevista na norma constitucional como sendo de acesso gratuito e universal de incumbência do Estado, ao mesmo tempo que lhe foi disponibilizada para o mercado, sujeitando-se à livre iniciativa.

Decerto, os movimentos sociais (sanitaristas) não tinham por fito dar asas ao mercado privado de saúde, mas a força deste setor foi suficiente o bastante para dividir o poder com a sociedade, fazendo prevalecer seus interesses. Por outro lado, não se pode olvidar que o mercado já estava formado e havia crescido sem a devida tutela do Estado – mesmo tendo sido este o principal colaborador para a estruturação daquele nicho econômico. Desta forma, o legislador constituinte de 88 apenas reconheceu uma realidade existente no contexto do processo legislativo, atribuindo-lhe contornos que permitiriam uma tutela mais eficaz do Estado em favor do próprio cidadão, daí porque se optou por constitucionalizar o mercado privado de saúde em concomitância com a previsão da saúde pública de acesso universal e gratuito, fazendo surgir um hibridismo na tutela da saúde do indivíduo (por meio dos setores público e privado).

Ocorre que o Estado, no lugar de satisfazer seu ônus, atua com desídia em várias frentes que envolvem o direito à saúde. Tendo-lhe sido imposto o dever constitucional de satisfazer o direito social à saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde, o Poder Público se omitiu (e continua a se omitir) em trazer efetividade à norma constitucional, sendo de conhecimento notório a lastimável condição dos serviços de saúde pública, onde faltam leitos, médicos, medicamentos, isto é, onde há verdadeira violação à dignidade da pessoa humana. A situação importa em consequências, tendo o trabalho destacado dois dos principais efeitos: o processo de judicialização das políticas públicas de saúde e a expansão do mercado privado de saúde.

Com a ineficiência dos serviços públicos de saúde, a população não teve alternativa senão buscar a tutela de seu direito junto ao Poder Judiciário. Vários efeitos emergem do processo de judicialização, porém o que mais chama atenção é a própria crise de legitimidade das instâncias de governo - que não conseguem atender à demanda da população, se imiscuindo de adotar medidas administrativas (melhorias de serviços, organização orçamentária etc.) e

políticas (como a reforma tributária, prevendo fonte de custeio específica para a saúde) -, que pode acarretar o próprio desequilíbrio dos Poderes de Estado.

Outrossim, com a péssima qualidade dos serviços de saúde, a população passou a buscar ainda mais os planos privados, com fito de proteger seu próprio bem-estar sem que para isto tenha que contar com o Estado. Este, por sua omissão, trabalha em favor do fortalecimento do próprio mercado de saúde privada, para o qual a população abastada recorre. Desta maneira, a saúde pública passou a ser utilizada quase que exclusivamente pela população carente, que não tem condições de arcar com o custo da contratação de um plano privado de saúde, no processo denominado “americanização perversa” do setor. Pior do que isto, sendo a saúde de acesso universal, é comum a sua utilização por indivíduos também integrantes do setor privado, porém normalmente em busca de tratamento caro, que não é disponível pela empresa privada de saúde que, desta forma, divide com o Estado o ônus da tutela da saúde do indivíduo sem, contudo, compartilhar os bônus da contratação do serviço pela pessoa.

Por outro lado, o fortalecimento do mercado de saúde também favoreceu ao próprio Poder Público, na ocultação de sua ineficiência. Inicialmente, em razão de os serviços públicos de saúde serem procurados por uma parcela menor da população, considerando que aqueles que possuem plano de saúde se valem do setor privado para controle de sua doença, e assim diminuem o ônus estatal. Além disso, como os serviços de saúde pública passaram a ser utilizados pela população carente, o Estado se vale de sua falta de instrução e o desconhecimento de seus direitos, para ser desidioso no controle de qualidade dos serviços que coloca à disposição.

O mercado privado, por sua vez, também conta com o Poder Público para incrementar sua lucratividade (que cresce a cada ano) de outras maneiras. Os subsídios dados pelo Estado aumentam a renda do nicho privado, diminuindo a arrecadação estatal – o que importa, decerto, em diminuição de recursos que poderiam, a princípio, serem destinados ao próprio orçamento da Seguridade Social, do qual a saúde integra – em favorecimento do setor. Ademais, a ineficiência da obtenção (pelo Poder Público) da restituição devida pelo setor privado, em virtude do atendimento de seu conveniado na rede pública, é outra forma de incrementar a receita do particular. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – responsável pela regulamentação e fiscalização do setor – é incipiente na realização de seu mister, omitindo-se com fito de favorecer a economia privada de saúde.

Portanto, o hibridismo do arranjo da saúde, no Brasil, onde coexistem sistemas público e privado concomitante e independentemente, poderia ser salutar, mas assim não é. A ausência de uma atuação estatal incisiva permite a lucratividade desmedida do setor privado de saúde –

muitas vezes em prejuízo do próprio indivíduo contratante. Outrossim, a desídia do Estado na tutela da saúde pública também fortalece (indiretamente) o crescimento descontrolado do setor privado – que hoje nem mesmo responde por sua demanda, haja vista as constantes suspensões de contratações, feitas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar em detrimento de algumas empresas de saúde privada. Assim, o que há é uma inefetividade da norma constitucional que protege o direito à saúde pública universal e gratuita, favorecendo ainda mais o processo de mercantilização da *saúde*, com o incremento deste setor econômico.

É indispensável que o Poder Público seja instado a cumprir com seu dever estabelecido pelo legislador constituinte. Viver em um Estado Democrático de Direito é ter a garantia de que o próprio Estado está sujeito às leis (em sentido amplo) que são democraticamente votadas. Questiona-se se, ao deixar de cumprir com o ônus que lhe foi imposto pelo legislador constituinte, no sentido de colocar à disposição de toda a população meios e serviços de saúde, a própria legitimidade dos governantes brasileiro é colocada em xeque. Mesmo que sem esperança, acredita-se que a saúde pública universal e gratuita é possível e viável, e deve ser objeto de luta de toda a sociedade por sua satisfação. Falta, apenas, que se abra os olhos da sociedade para aquilo que lhe é devido pelo Estado, que deve deixar de ser uma alegoria e a razão de piadas no seio social. A ordem atual deve ser subvertida a fim de fortalecer a saúde pública universal e gratuita e abater o processo de mercantilização desmedido e descontrolado do bem *saúde*.

## Bibliografia

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

ANDREAZZI, Maria de Fátima Silianski. *Teias e Tramas: Relações Público-Privado no Setor de Saúde Brasileiro dos Anos 90*. Rio de Janeiro: 2002 (tese de doutorado)

ARAGÃO, Alexandre. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

\_\_\_\_\_. *Delegações de Serviços Públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 16, 2009

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010

\_\_\_\_\_. *Direito à Saúde – Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013

ASSIS, Araken de (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004

BAHIA, Lígia. *Mudanças e Padrões das Relações Público-Privado: Seguros e Planos de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: 1999. (Tese de doutorado)

BALSEMÃO, Adalgiza. *Competências e Rotinas de Funcionamento dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde*. In: Direito Sanitário e Saúde Pública, Vol.1. Coletânea de Textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz and KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, n.1, pp. 059-085

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Forum, 2013

BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007

BRASIL, Ministério da Saúde. *Manual de Direito Sanitário com Enfoque na Vigilância em Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006

BRAVO, Maria Inês Souza. *Política de Saúde no Brasil*. Disponível em <http://www.servicosocialesaude.xpg.com.br/texto1-5.pdf>, acesso em 03/09/2013

BERTOLLI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Editora Ática, 1996

BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, Rosângela Maria. *As Políticas de Saúde no Brasil: Reconstrução Histórica e Perspectivas Atuais*. Rev.Esc.Enf. USP, v. 30, n. 3, p.380-398, 1996

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999

CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Tempo de Mudanças: Sobrevivência de um Hospital Público*. In: RAE- eletrônica , v. 5, n. 2, Art. 16, jul./dez. 2006 (Disponível em <http://www.rae.com.br/eletronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=3578&Secao=ARTIGOS&Volume=5&Numero=2&Ano=2006>, consulta realizada em 02/02/2014)

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CORDEIRO, Hésio. *As Empresas Médicas- as transformações capitalistas da prática médica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984

\_\_\_\_\_. *O processo de criação e as ideias precursoras do Sistema Único de Saúde*. Síntese: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, p. 10-17, 2011

COSTA, Alexandre Bernardino *et. al.* *Direito Achado na Rua: Introdução Crítica à Saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: Direito Sanitário e Saúde Pública, Vol.1. Coletânea de Textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003

\_\_\_\_\_. *O Conteúdo do Direito à Saúde*. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et. al.* *Direito Achado na Rua: Introdução Crítica à Saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009

\_\_\_\_\_. *Uma Nova Disciplina: o Direito Sanitário*. In: Rev. Saúde Pública. São Paulo: 22: 327-34, 1988

\_\_\_\_\_. *A Construção do Direito à Saúde no Brasil*. In: Revista de Direito Sanitário, v. 9, n. 3, p. 9-34, Nov. 2008 /Fev. 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2013

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2002

FALLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011

FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. *A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde*. In: Planejamento e Políticas Públicas. Brasília: 1990.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos em las Constituciones Latinoamericanas*. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf>, acesso em 28 de maio de 2013

FLEURY, Sonia. *Revisitando “a questão democrática na área da saúde”*: quase 30 anos depois. In: Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 33, n.81, jan./abr., 2009

\_\_\_\_\_. (Org.) *Saúde e Democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997

\_\_\_\_\_; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (Orgs). *Participação Democracia e Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2009

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1982

FRANÇA, Susete Barbosa. *A hegemonia do SUS e a relação público/privado na assistência hospitalar*. Brasília: ENAP, 2002

GARNEL, Maria Rita Lino. *Portugal e as Conferências Sanitárias Internacionais (Em torno das epidemias oitocentistas de cholera-morbus)*. Revista de História da Sociedade e da Cultura, 9 (2009) 229-251, disponível em [http://www.uc.pt/chsc/rhsc/rhsc\\_9/rhsc9\\_229-251\\_mrlg.pdf](http://www.uc.pt/chsc/rhsc/rhsc_9/rhsc9_229-251_mrlg.pdf), último acesso em 17/10/2013

GLOBEKNER, Osimir Antonio. *A Saúde entre o Público e o Privado – o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Editora Juruá, 2011

GOMES, Maurício Augusto. *Ministério Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição e na Revisão Constitucional*. In: Justitia, nº 55, São Paulo, 1993

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010, p. 10/37

\_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo (Orgs). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

HOCHMAN, Gilberto. *Reformas, Instituições e Políticas de Saúde no Brasil (1930-1945)*. Educ. Rev. [online]. 2005, n.25, pp. 127-141, disponível em <http://educa.fcc.org.br/pdf/er/n25/n25a09.pdf>, último acesso em 02/09/2013

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010

LIMA, Nísia Trindade. *O Brasil e a Organização Pan-Americana de Saúde: uma história em três dimensões*. In: *Caminhos da Saúde Pública no Brasil*. Disponível em <http://www.fiocruz.br/editora/media/04-CSPB01.pdf>, último acesso em 17/10/2013

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984

LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de “Transição Democrática” – Anos 80*. In: *Physis – Revista de Saúde Coletiva*. Vol 1, Número 1, 1991

MÂNICA, Fernando Borges. *A complementaridade da participação privada no SUS*. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 2. (jan./jul. 2012). Brasília: CMB, 2012, p. 34-54.

MÉDICI, André César. *Incentivos Governamentais ao Setor Privado de Saúde no Brasil*. In: *Rev. Adm. Pub.*, nº 26, abr/jun. 1992

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio Francisco. *Políticas Públicas e Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde*. Brasília: IPEA, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil*. In: MODESTO, Paulo *et.al.* *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001

MENDES, Gilmar. *Questões fundamentais de técnica legislativa*. *Revista Diálogo*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica. v. 1, n. 7, outubro de 2001. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-GILMAR%20MENDES.pdf>, acessado em 6 de abril de 2012

MERHY, Emerson Elias. *A Saúde Pública como Política – São Paulo, 1920-1948. Os movimentos sanitários, os modelos techno-assistenciais e a formação das políticas governamentais*. São Paulo: Editora Hucitec, 1992

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Vol.1. Coletânea de Textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003

MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privada*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>, último acesso em 24/10/2013

\_\_\_\_\_. MODESTO, Paulo et.al. *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001

MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

NOGUEIRA, Roberto Passos. *Composição Público Versus Privado, Gestão de Unidades e Recursos Humanos no SUS*. Brasília: Observatório de Recursos Humanos em Saúde, 2007

OCKÉ-REIS, Carlos Otávio. *SUS: o desafio de ser único*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012

\_\_\_\_\_. *Nota Técnica – Mensuração dos Gastos Tributários: o caso dos planos de saúde – 2003-2011*. Brasília: IPEA, 2013

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Participação, Saúde e Direito na Assembleia Nacional Constituinte: um resgate do debate*. In: Anais do XIV Congresso do CONPEDI

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 4ª ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

Organização Mundial de Saúde. *Relatório Mundial da Saúde - World Health Organization*. Disponível em [www.who.int/whr/2010/whr10\\_pt.pdf](http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf), último acesso em 02/02/2014

\_\_\_\_\_. *Financiamento dos Sistemas de Saúde – o caminho para cobertura universal*.

PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma Sanitária Brasileira: Contribuição para Compreensão e Crítica*. Salvador: 2007. (Tese de doutorado)

PERLINGEIRO, Ricardo. *É a Reserva do Possível um Limite à Intervenção Jurisdicional nas Políticas Públicas Sociais?* In: FILHO, Maçal Justen. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PINHEIRO, Roseni. *As Práticas do Cotidiano na Relação Oferta e Demanda dos Serviços de Saúde: um Campo de Estudo e Construção da Integralidade*. Disponível em <http://www.lappis.org.br/site/component/jdownloads/viewdownload/3/2.html>, consulta realizada em 20/02/2014

PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro Esquematizado*. São Paulo: Métodos, 2011

POLIGNANO, Marcus Vinicius. *História das Políticas de Saúde no Brasil – uma pequena revisão*. Disponível em [http://www.medicina.ufmg.br/dmps/internato/saude\\_no\\_brasil.rtf](http://www.medicina.ufmg.br/dmps/internato/saude_no_brasil.rtf), acesso em 28/08/2013

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REAFFRAY, Ana Paula Orila. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: Promessas e Limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003

ROLLA, Giancarlo. *La Concepcion de los Derechos Fundamentales em el Constitucionalismo Latinoamericano*. Disponível em: <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Rolla3.pdf>, acesso em 28 de maio de 2013

RONCALLI, Angelo Giuseppe. *O Desenvolvimento das Políticas Públicas de Saúde No Brasil e a Construção do Sistema Único de Saúde*. In: PEREIRA, Antonio Carlos (org.). *Odontologia em Saúde Coletiva: planejando ações e promovendo saúde*. Porto Alegre: Artmed, 2003

SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. (Orgs) *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012

\_\_\_\_\_. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>, acesso em 22/08/2013

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

\_\_\_\_\_; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *Direitos*

*sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

\_\_\_\_\_. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCLIAR, Moacyr. *Do Mágico ao Social: a trajetória da saúde pública*. 2ª edição. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. In *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti e NOVELINO, Marcelo. (Orgs). Bahia: Editora JusPodium, 2011

SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever*. Nova York: Basic Books, 2004

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. *O Direito Humano à Saúde no Direito Internacional: efetivação por meio de cooperação sanitária*. São Paulo: 2010. (Tese de doutorado)

VIANA, Ana Luíza D'Ávila; MACHADO, Cristiani Vieira. *Proteção Social em Saúde: um balanço dos 20 anos do SUS*. In: Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2008

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palácios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira. *A Americanização (perversa) da Seguridade Social no Brasil: Estratégias de bem estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Renavan: UCAM, IUPERJ, 2ª ed., 2000

VIEIRA, José Ribas. *Ativismo e Diálogos Institucionais*. Curitiba: Juruá, 2009.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999

\_\_\_\_\_. *A Essência da Oposição ao 'Judicial Review'*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.) *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2004

\_\_\_\_\_. *Fundação Estatal no Serviço Público de Saúde: Inconsistências e Inconstitucionalidades*. In: Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1 p. 81-97 Mar/Jul. 2009

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. *O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde – O desafio de compreender o direito com duas faces*. In: Revista de Direito Sanitário, v. 9, n. 2 p. 92-131. São Paulo, jul/out 2008

**ANEXOS**