



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro Biomédico
Instituto de Medicina Social

Maria Thereza Carolina de Souza Gouveia

A teia do direito à saúde: entre o posto e o disposto

Rio de Janeiro

2016

Maria Thereza Carolina de Souza Gouveia

A teia do direito à saúde: entre o posto e o disposto

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, na área de concentração em Política, Planejamento e Administração em Saúde, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. George Edward Machado Kornis

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CB/C

G719 Gouveia, Maria Thereza Carolina de Souza.
A teia do direito à saúde: entre o posto e o disposto / Maria Thereza
Carolina de Souza Gouveia. – 2016.
194 f.

Orientador: George Edward Machado Kornis.

Tese (Doutorado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de
Medicina Social.

1. Política social – Brasil. 2. Assistência à saúde – Teses. 3. Sistemas de
saúde – Teses. 4. Direito à saúde – Teses. 5. Saúde suplementar. I. Kornis,
George Edward Machado. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Instituto de Medicina Social. III. Título.

CDU 614.39(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese,
desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Maria Thereza Carolina de Souza Gouveia

A teia do direito à saúde: entre o posto e o disposto

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, na área de concentração em Política, Planejamento e Administração em Saúde, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 25 de abril de 2016.

Orientador: Prof. Dr. George Edward Machado Kornis
Instituto de Medicina Social - UERJ

Banca Examinadora: _____

Prof.Dr. George Edward Machado Kornis
Instituto de Medicina Social - UERJ

Profª Drª Sulamis Dain
Instituto de Medicina Social - UERJ

Prof. Dr. Paulo Henrique de Almeida Rodrigues
Instituto de Medicina Social - UERJ

Profª Drª Maria Lúcia Werneck Vianna
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Alúcio Gomes da Silva Júnior
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

A Hésio Cordeiro pela defesa da saúde para além de palavras.

AGRADECIMENTOS

Na certeza de que este tormentoso catálogo emocional é permeado pelo risco do descuido com aqueles em que aqui a memória falha ou economiza em palavras, é preciso mencionar:

Kornis, bússula neste mar revolto,
Maria Lúcia, linha mestra destas divagações;
Sula, semeadora de ideias;
Aluísio, calceteiro de palavras e gestos;
Paulo Henrique, inesgotável fonte teórica;
Eliete, Silvia e Simone, anjos da guarda acadêmicos;
Ana Cecília Faveret, indispensável guia de informações;
Bella Eckstein, vizinha amada;
Lu Massad, boneca tão Amiguinha;
João Alves, fiador de projetos profissionais;
Ricardo Bacellar, incentivador irrecuperável;
Tetê Pasinato, apito de início desta partida;
Maria Emília Barcellos (*in memoriam*), sempre querida mestra;
Maria Stella Gregori, amiga e exemplo de integridade;
Mercedes, alterego de ideias;
Mônica Nigri, luz no outro lado do balcão;
Cláudia Amorim e Roberto Miranda, irmãos ontem, hoje e sempre;
Marcos Flávio, porto seguro de minhas incertezas;
Angélica e seu clã, apoio teimoso;
Yan, afilhado amado, presente da Gel, tal como a Helena;
Mona Carolina, sobrinha eleita e orgulho da tia;
Yuri Toledo, amor meu e da Mona;
Tânia Mara e família linda, carinho que transborda pelos poros;
Zuzuka, bonequinha arteira;
Galego (*in memoriam*), pai querido;
Nilcy (Bolota, Pituca, Curuca), dádiva e maior lição de vida; e
Amigos com quem há muito caminho, minha fortuna.

O homem está acima do cidadão. Não há Estado que valha Shakespeare.

Fernando Pessoa

RESUMO

GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. *A teia do direito à saúde: entre o posto e o disposto*. 2016. 194 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Este estudo visa desenvolver análise sobre o modelo de proteção social na saúde, a partir da provisão das coberturas assistenciais pelo Sistema Único de Saúde *vis a vis* Mercado de Saúde Suplementar. Como pano de fundo tem-se o desenho constitucional do sistema brasileiro de saúde, que, ao tempo em que consagra o acesso universal como direito social de todo cidadão, permite a opção pelo mercado de consumo em saúde, considerada atividade livre para exploração econômica, o que revela a dualidade público-privado na conformação dos serviços assistenciais. O trabalho se estrutura sobre quatro eixos de argumentação: o tratamento constitucional e legal dado à assistência à saúde no país; as relações entre Estado, mercado e sociedade nos modelos de proteção social; o papel dos setores público e privado na provisão dos serviços assistenciais e sua correlação com os modelos inglês e norte-americano; e a influência do Poder Judiciário para a visão constitucional sobre o direito à saúde. Parte-se do exame do ambiente constitucional nos debates sobre o projeto da Reforma Sanitária na Assembleia Nacional Constituinte e seus reflexos para a produção legislativa sobre saúde e para a noção do direito à saúde, que oscila entre social e o consumista. Como referencial teórico, faz-se a revisão da literatura sobre o *welfare* para abordar a tipologia dos modelos de proteção social, com foco na tese da mobilização de classe de ESPING-ANDERSEN (1990) para sugerir que o modelo de proteção social brasileiro, no que tange a assistência à saúde, mais se aproxima da cultura liberal-assistencialista norte-americana do que do pacto de solidariedade social europeu. Na sequência, busca-se traçar os elementos que influenciaram a atual conformação dos setores público e privado na atenção à saúde e a morfologia e porte do Mercado de Saúde Suplementar. Além disso, analisa-se a composição do gasto em saúde, comparado aos paradigmas inglês e norte-americano. Ao fim, procura-se discutir a função política que assumiu o Poder Judiciário na atual ordem constitucional e, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, avaliar se o modelo de proteção social caminha para o universal-redistributivo ou o liberal-assistencialista na provisão dos serviços de assistência à saúde.

Palavras-chave: Política social. Sistemas de saúde. Assistência à saúde. Saúde Suplementar.

Constituição e Estatutos. Direito à saúde. Plano ou seguro saúde. Regulação.

Judicialização.

ABSTRACT

GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. *The right to health: rules and customs*. 2016. 194 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The 1988 Federal Constitution states health as a right of all and duty of the State. Nevertheless, it allows the performance of health services can be implemented by private health companies. This study aims to analyze Brazilian policy of comprehensive social protection in health regarding the Brazilian Constitution as the main pillar of health care, ruling the coexistence of public (SUS) and private health care structures, as a mixed system. The work is structured on four argumentative axes: the constitutional and legal framework in health care; the relationship between State, market and society in social protection models; the role of the public and private sectors in the health care provision and its links with English and American models; and the influence of the judiciary branch into the constitutional vision of the health rights. Primarily, it will be examined the constitutional environment in the discussions on the Health Reform Project in the National Constituent Assembly and its consequences for legislative production on health and on the notion of the right to health, ranging from social or consumer rights. As a theoretical framework, there is a review of literature about the welfare to address the types of social protection models, focusing on the ESPING-ANDERSEN's class mobilization theory (1991) to suggest that the Brazilian social protection model in health care is closer to the American liberal-welfare than the European social solidarity pact. Further, it seeks to trace elements that influenced the current conformation of public and private sectors in health care and the morphology and size of the health care insurance market. In addition, it analyzes the composition of health spending, compared to English and American paradigms. At the end, it will be discussed the political role that assumed the Judiciary in the current constitutional order, and from the decisions of the Brazilian Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), to assess whether the model of social protection goes to the universal-redistributive or the liberal-welfare in the provision of health care services.

Keywords: Public policy. Health systems. Health care. Supplementary health. Constitution and bylaws. Right to health. Health plans or insurance. Regulation. Judicialization.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 –	Gastos em saúde por tipo de financiamento – 2012.....	71
Gráfico 2 –	Gasto <i>per capita</i> em saúde dos países da OCDE – 2011.....	89
Gráfico 3 –	Gasto em saúde em percentual do PIB (GDP) dos países da OCDE - 2011.....	89
Gráfico 4 –	Beneficiários segundo a segmentação assistencial do plano de assistência à saúde – 2015.....	124
Gráfico 5 –	Beneficiários segundo a área de abrangência geográfica do plano de assistência à saúde – 2015.....	124
Gráfico 6 –	Variação de beneficiários por tipo de contratação do plano de assistência à saúde – 2010-2015.....	125
Gráfico 7 –	Variação de beneficiários em planos de assistência médica e de empregos formais - 2004-2015.....	127
Gráfico 8 –	Distribuição de beneficiários em planos de assistência médica por operadora – 2015.....	128
Gráfico 9 –	Evolução das despesas operacionais na estrutura de custos das operadoras – 2004-2014.....	130
Gráfico 10 –	Relação entre receitas e despesas operacionais das operadoras – 2004- 2014.....	131
Gráfico 11 –	Evolução da despesa em saúde no SUS e no MSS – 2004-2014.....	133
Gráfico 12 –	Participação do financiamento público e privado no gasto em saúde (BR-US-UK) – 2003-2013.....	135

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 –	Emendas Constitucionais afetas ao setor-saúde.....	37
Tabela 2 –	Alterações à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990).....	39
Tabela 3 –	Projetos de lei relativos ao processo legislativo da Lei nº 9.656/1998 ...	45
Tabela 4 –	Principais alterações à Lei nº 9.656/1998 por Medidas Provisórias.....	49
Tabela 5 –	Alterações à Lei dos planos de Assistência à Saúde (nº 9.656/1998).....	50
Tabela 6 –	Financiamento em saúde no Reino Unido – 2013.....	82
Tabela 7 –	Financiamento em saúde nos Estados Unidos – 2013.....	88
Tabela 8 –	Principais fontes de cobertura em saúde nos Estados Unidos – 2010.....	90
Tabela 9 –	Rede de assistência à saúde, distribuição por Região (Brasil – 2015).....	117
Tabela 10 –	Número de beneficiários por segmento de operadora.....	120
Tabela 11 –	Padrão de coberturas assistenciais segundo segmento do plano.....	123
Tabela 12 –	Evolução do volume de beneficiários e receitas – 2001-2014.....	126
Tabela 13 –	Número de beneficiários nas maiores operadoras.....	128
Tabela 14 –	Despesa operacional das operadoras de planos de assistência à saúde – 2004-2014.....	130
Tabela 15 –	Despesa com ações e serviços públicos de saúde por esfera federativa - 2004-2014.....	132
Tabela 16 –	Financiamento em saúde no Brasil – 2013.....	135
Tabela 17 –	Composição do público e privado no gasto em saúde (BR-US-UK) – 2013.....	136

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACA	<i>Patient Protection and Affordable Care Act</i>
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIS	Ações Integradas de Saúde
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AResp	Agravo em Recurso Especial
AgRg no AResp	Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial
ADA	<i>Americans with Disabilities Act</i>
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIH	Autorizações de Internação Hospitalar
AMB	Associação Médica Brasileira
AMS	Pesquisa de Assistência Médico-Sanitária
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
CADOP	Sistema Cadastro de Operadoras
CAP	Caixa de Aposentadorias e Pensões
CASSI	Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil
CEF	Caixa Econômica Federal
CHIP	<i>Children's Health Insurance Program</i>
CID	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CNES	Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASP	Conselho Consultivo da Administração da Saúde Previdenciária
CONASS	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil

CPF	Cadastro de Pessoa Física
DASP	Departamento de Administração do Serviço Público
DIOPS	Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde
EC	Emenda Constitucional
EPO	<i>Exclusive Providers Organizations</i>
ERISA	<i>Employment Retirement Income Security Act</i>
FAS	Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social
FBH	Federação Brasileira de Hospitais
FENAESS	Federação Nacional de Estabelecimentos de Serviços de Saúde
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
FPL	<i>Federal Poverty Level</i>
GEAP	Grupo Executivo Assistência Patronal
GP	<i>General Practitioner</i>
HIPAA	<i>Health Insurance Portability and Accountability Act</i>
HMO	<i>Health Maintenance Organization</i>
IAP	Instituto de Aposentadorias e Pensões
IAPI	Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários
IPEA	Instituto de Economia Aplicada
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
LOS	Lei Orgânica da Saúde
MCO	<i>Managed Care Organizations</i>
MESP	Ministério da Educação e Saúde Pública
MPAS	Ministério da Previdência e Assistência Social
MTIC	Ministério do Trabalho Indústria e Comércio
MTPS	Ministério do Trabalho e Previdência Social
NHS	<i>National Health System</i>
NOAS	Norma Operacional da Assistência à Saúde
NOB	Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PEC	Proposta de Emenda Constitucional

PIASS	Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento
PIB	Produto Interno Bruto
POF	Pesquisa de Orçamentos Familiares
PL	Projeto de lei
POS	<i>Point-of-Service</i>
PPO	<i>Preferred Providers Organizations</i>
PPP	<i>Purchase Power Parity</i>
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
RDC	Resolução de Diretoria Colegiada
RN	Resolução Normativa
RNC	Resolução Normativa Conjunta
RO	Resolução Operacional
RPS	Sistema de Registro de Planos de Saúde
SIB	Sistema de Informação de Beneficiários
SIOPS	Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde
SNS	Sistema Nacional de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TISS	Padrão para Troca de Informação de Saúde Suplementar

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	15
1	A (PRE)TEXTO	19
1.1	Principais argumentos	19
1.2	Metodologia	22
1.3	Estrutura do texto	25
2	CARTOGRAFIA DO DIREITO À SAÚDE	27
2.1	Ambiente constitucional: nunca antes na história deste país	27
2.2	O pós-1988	37
2.2.1	<u>A legislação infraconstitucional</u>	38
2.2.2	<u>A normatização do Mercado de Saúde Suplementar</u>	44
2.3	Direto à saúde: Estado e Mercado no banco dos réus	55
2.3.1	<u>Saúde como direito social</u>	58
2.3.2	<u>Saúde como direito do consumidor</u>	61
2.4	Em síntese: nem todos os caminhos levam à Roma	64
3	TRÊS MUNDOS DA PROTEÇÃO SOCIAL	66
3.1	<i>Welfare</i> e proteção social: nomes, natureza e trajetória	66
3.1.1	<u>Elvis sim, mas o <i>welfare</i> não morreu</u>	69
3.2	Entre Estado e Mercado: modelos de proteção social	72
3.2.1	<u><i>God save the Queen and the NHS</i></u>	80
3.2.2	<u>A saúde liberal do Tio Sam</u>	83
3.3	A construção (a golpes de marreta) do <i>welfare</i> brasileiro	91
3.3.1	<u>Universalização <i>versus</i> focalização das políticas de sociais</u>	97
3.4	Em síntese: entre Beatles e Carmen Miranda	99
4	ESPAÇOS DO PÚBLICO E DO PRIVADO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE	102
4.1	Das campanhas sanitárias ao SUS	102
4.2	Da caridade ao Mercado de Saúde Suplementar	109
4.2.1	<u>Especificidades e imperfeições de mercado</u>	112
4.2.2	<u>Estrutura e porte</u>	119
4.2.2.1	Tipologia de operadoras e produtos	119
4.2.2.2	Dimensões e representação econômica	126

4.2.2.3	Custo operacional	129
4.3	A saúde brasileira entre dois mundos da proteção social	131
4.3.1	<u>Gasto em saúde no Brasil</u>	132
4.3.2	<u>Perfil do gasto: Brasil vis a vis Estados Unidos e Reino Unido</u>	135
4.4	Em síntese: <i>brazilian health care of life</i>	137
5	O DIFÍCIL BALANÇO ENTRE OS TRÊS PODERES	140
5.1	Democracia e Judicialização	141
5.1.1	<u>Centralidade do direito na Constituição de 1988</u>	149
5.1.2	<u>Função do Judiciário na ordem constitucional brasileira</u>	151
5.1.2.1	Papel do STF.....	156
5.1.2.2	Papel do STJ.....	159
5.2	Recados da Cúpula	161
5.3	Em síntese: no balanço das horas tudo pode mudar	175
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	178
	REFERÊNCIAS	185

INTRODUÇÃO

Após duzentos anos de história política, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o marco jurídico-político do reconhecimento dos direitos sociais no Brasil, entre eles o acesso universal e integral à saúde. Além disso, consagra a transição dos recorrentes períodos de autoritarismo para o Estado Democrático de Direito, cuja estabilidade já é a maior da história deste país; chegou-se a mais de um quarto de século.

Batizada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã, o novo Texto deixou expresso, logo em seus primeiros artigos, que o desenvolvimento nacional tem de se pautar no objetivo de reduzir as desigualdades, a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Na sintética definição de SILVA (2008: 37), uma Constituição é o “simples modo de ser do Estado”. É estatuto de organização da forma do Estado e de seu governo, aliado à definição dos direitos fundamentais do cidadão e de suas garantias. Assim é que o poder constituinte se situa no encontro entre o direito e a política. A rigor, a decisão por ordenar nova Constituição está atrelada a momentos históricos especiais, marcados pela mobilização popular em torno da mudança de valores e pelo ideal de construção, ou de reconstrução, de nova sociedade.

No entanto, a história constitucional brasileira é basicamente marcada por Leis Fundamentais emergidas de sucessivas alterações de ambiente político e, em boa parte, ditada por regimes autocráticos.

A primeira Carta Política brasileira, a Constituição do Império do Brasil de 1824, decorreu, decerto, de fato histórico relevante para o país: sua independência de Portugal. Contudo não emergiu da soberania popular, eis que outorgada por D. Pedro I, após dissolver a Assembleia Geral Brasileira e Constituinte e Legislativa por ele próprio convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil, conquanto merecesse sua imperial aceitação (BARROSO: 2009a). Vigorou ao longo do período monárquico, após seguida da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que inaugura o regime republicano e presidencialista, assim como o sistema federalista.

É bem de se lembrar que, até então, o ocidente tinha na declaração americana, de 1776, e na francesa, de 1789, a concepção de que a cidadania se expressava apenas nos direitos de liberdade, segurança e propriedade. Como fruto da resistência à opressão incorporada na figura do Estado, seu absentismo, resumido na expressão *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, representava o valor da liberdade, que era a tônica da supremacia dos

direitos civis e políticos. Ao Estado era defeso interferir nos negócios privados, com reduzida participação na vida dos cidadãos, e, na economia, imperava a livre fruição do mercado, impondo-se a presença do Estado apenas na função de garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos. Assim, elaborada sob forte influência do modelo constitucional americano e de seu liberalismo econômico, a Carta de 1891 mostrava-se distante da realidade do país, ainda subjugado pelas oligarquias coronelistas (SANTOS, 1979; KERSTENETSKY, 2012).

A Constituição de 1891 não resistiu ao contexto que se acenava para o início do século seguinte, em particular após a crise mundial de 1929, quando se fecha o ciclo do Estado Liberal, em sua versão clássica, e que internamente culminou na Revolução de 1930. E quatro anos depois foi promulgada a Primeira Constituição Social que, em que pesem alguns retrocessos pela centralização de poderes tanto no Executivo, quanto na esfera da União, deu os primeiros passos em direção aos direitos sociais, em especial os trabalhistas, disciplinou o sistema eleitoral para incorporar o voto feminino e inscreveu um título sobre a ordem econômica e social, com feição intervencionista, e outro voltado à família, à educação e à cultura. Sobre a Carta de 1934, observa BONAVIDES (2000: 173) que “a Constituinte que a promulgou não auferiu a necessária densidade legitimante que é de exigir de um colégio de soberania”. A eleição havia se dado pela via indireta, e o Presidente, chefe revolucionário do movimento de 30, não tardou a desferir o golpe de Estado.

A Carta de 1934 foi efêmera, pois logo cede espaço à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, outorgada no regime do Estado Novo. Identificada como o estatuto do poder da ditadura Vargas, a chamada Constituição “Polaca”, já que inspirada no modelo polonês, não chegou a adquirir contornos constitucionais, tendo sido letra morta muitos de seus dispositivos.

A ditadura Vargas e, com efeito, a Constituição de 1937 teve seu declínio com o fim da Segunda Grande Guerra. Nesse ambiente foi eleita e instalada a Assembleia Constituinte pós-Estado Novo, que, na elaboração do novo Texto, não mais partiu de projeto preordenado, como nas Cartas que a precederam; valeu-se, contudo, das disposições das Cartas de 1891 e 1934, nascendo, assim, de costas para o futuro (SILVA: 2008). Sem lhe retirar o mérito de redemocratizadora, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946, a par de fortalecer o federalismo e melhor assentar a divisão de Poderes, retomava as ideias do liberalismo clássico ao criar “óbices à intervenção do Estado no domínio econômico, o que era incompatível com a sociedade industrial emergente” (MENDES *et al*, 2008: 173). No plano dos direitos sociais, a Carta de 1946 ficou limitada aos termos programáticos de justiça social (BONAVIDES, 2000).

Ainda assim, a Constituição de 1946 resistiu a quase vinte anos de sucessivas turbulências políticas que culminaram no regime militar, instaurado em 1964, que atravessou mais de duas décadas. Produto da mais sombria ditadura da história do país, a Constituição do Brasil de 1967 foi aprovada por Congresso Nacional privado de suas principais lideranças e coagido a deliberar em prazo exíguo, ante a pressão do Executivo. O Texto concebido no novo regime guardava certo sabor totalitário, que se expressava na figura de um Executivo forte, centralizador e intervencionista, voltado para imperativos de segurança nacional.

Nem mesmo a legalidade presente na Carta de 1967 resistiu aos Anos de Chumbo, cuja expressão normativa encontrou ápice no Ato Institucional nº 5, dando-se início a uma das mais duras fases de restrição política da história da República, arrematada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Esse arremedo de Constituição, que reformulou todo o Texto anterior, inclusive para lhe dar a denominação de Constituição da República Federativa do Brasil, serviu apenas para dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato (MENDES *et al*, 2008).

O início de seu fim, no entanto, foi ditado pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou, já na chamada Nova República, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem unicameralmente, em ANC, a ser instalada, livre e soberana, em 1º de fevereiro de 1987. A aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros resultou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

É somente a partir de 1988 que a ordem constitucional brasileira vem absorver o espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao combinar a realização da cidadania a partir não só dos direitos civis e políticos, mas também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Mais do que isso, a Lei Fundamental de 1988 se situa como rito de passagem para a institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil (BARROSO, 2009a). Acrescente-se também a Declaração sobre o Direito do Desenvolvimento em 1986, que decorre do surgimento, em particular entre os países do então chamado Terceiro Mundo, da necessidade de se afirmar o desenvolvimento "como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes"¹.

¹ Cf. Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU.

Entre os direitos sociais está a determinação constitucional de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo essa a garantia de acesso universal e integral às ações e serviços inerentes. A Constituição de 1988, contudo, resulta da composição formada por diferentes correntes ideológicas na arena da transição democrática, o que gerou ambiente de indefinição na operacionalização do Sistema Único de Saúde - SUS.

No sistema brasileiro de saúde coabitam provisões pública e privada de serviços. Ao tempo em que o acesso à saúde se dirige, de forma equânime, a todos os cidadãos pelo SUS, há opção pelo Mercado de Saúde Suplementar. Essa dualidade está presente na intensa e desarticulada produção legislativa no setor-saúde dos últimos vinte e cinco anos.

É de se reconhecer, portanto, a expressiva produção normativa para o sistema brasileiro de saúde, seja no âmbito do setor público, seja no regime privado de prestação de coberturas assistenciais. E é em meio a essa teia de direitos, em que ainda se inclui a principiologia da proteção ao consumidor, que vem sendo forjada a jurisprudência brasileira no campo do direito à saúde. A judicialização da saúde, expressão cunhada no direito sanitário, tem se tornado cada vez mais fonte de preocupação de *police makers* e agentes de mercado, em função de seus impactos para o processo de regulação do Mercado de Saúde Suplementar.

Releva remarcar que o Poder Judiciário também passou a exercer, na ordem constitucional vigente, papel político. Juízes e tribunais passaram a desempenhar ativo papel na construção do direito. Com efeito, a jurisprudência toma importância crucial no desenvolvimento do sistema jurídico, especialmente como instrumento de adequação da norma estática à dinâmica da evolução da sociedade.

A crescente demanda judicial sobre os planos de assistência à saúde sugere que a sociedade vê no mercado opção segura para o acesso integral aos serviços de saúde. A judicialização, nesse sentir, pode ser compreendida como evento sentinela do percurso da proteção social no Brasil, uma vez que o universo das demandas judiciais reflete a vocalização da sociedade, a rigor pelas camadas com maior capacidade crítica, o que acaba por acentuar iniquidades.

Caberia, assim, a pergunta se a sociedade brasileira estaria a caminho da americanização (perversa), na expressão engendrada por VIANNA (1998), das políticas de saúde no terreno contíguo público e privado, por intermédio da atividade jurisdicional do Estado.

1 A (PRE)TEXTO

O sistema de saúde brasileiro se caracteriza pelo hibridismo entre serviço público e oferta privada na conformação da assistência à saúde (FAVERET FILHO e OLIVEIRA, 1990; MENDES, 1995; BAHIA, 1999; RIBEIRO, 2001; TEIXEIRA, 2001; MINECUCCI, 2007). O setor público, a cargo do SUS, assenta-se no pressuposto do acesso universal e gratuito, com hegemonia na prestação dos serviços. Já o setor privado autônomo, de caráter complementar, estrutura-se sobre intermediação dos serviços de saúde, mediante a cobertura dos riscos assistenciais pelas denominadas operadoras de planos de assistência à saúde.

A reforma do sistema de saúde incorporada na Constituição de 1988 tem nítida inspiração no paradigma inglês, em que o Estado garante acesso igualitário a todo o cidadão. A realidade da atenção à saúde é, contudo, diversa, eis que sua morfologia é mais próxima ao desenho norte-americano, em que predomina a estrutura de mercado. Essa disparidade gera impacto sobre a definição do modelo de financiamento e regulação em saúde. De um lado está a cobertura dos serviços mediante recursos dos orçamentos da União, Estados e Municípios; de outro, a intermediação dos serviços custeada por arranjos privados, seja dos orçamentos familiares, seja de empresas empregadoras como forma de vantagem trabalhista, tendo, porém, incentivos fiscais.

A legislação e a jurisprudência são fontes que indicam a tendência à transposição do direito à saúde, dirigido às ações e serviços públicos na Lei Fundamental, para as relações de natureza privada, o que acentua a dualidade do sistema e revela a proteção residual.

O presente estudo tem por proposta central a elaboração de análise comparativa entre o disposto na legislação reitora dos serviços de assistência à saúde, com ênfase na prestação em regime privado, e o direito posto, a partir do comportamento da atividade jurisdicional a respeito daquilo que se tornou lugar comum: “saúde é direito de todos”.

1.1 Principais argumentos

Dez anos após a Reforma Sanitária consagrada na Constituição de 1988, o Mercado de Saúde Suplementar passou a ser atividade econômica regulada pelo Estado, tendo-se destinado aparato burocrático a este desiderato: a Agência Nacional de Saúde Suplementar -

ANS. Ao longo de quinze anos de processo regulatório houve avanços e percalços e novos desafios se apresentam. No entanto, crê-se que a eficiência da atividade regulatória em muito depende de se identificar qual o real papel que o mercado regulado representa para a sociedade.

Assinala COHN (2006) que, a despeito da presença de diferentes grupos de pressão, a função básica do Estado é atuar para que o interesse de determinado grupo não prevaleça sobre os demais. Assim, a despeito do modelo de proteção social eleito pela sociedade, é papel do Estado garantir a toda a população o acesso a serviços de saúde com qualidade, seja ao produzir esse serviço, seja ao permitir essa produção por combinações privadas, com ou sem fins lucrativos.

Nesse sentir, a pergunta-motriz deste estudo é saber se a Saúde Suplementar ocupa espaço subsidiário ou substitutivo ao setor público. É na resposta – talvez improvável – a esta questão que reside a eficiência da regulação.

De igual sorte, a provisão difusa entre público e privado na assistência à saúde implica superposição de ações, dada a impossibilidade de se delimitar a população assistida, com efeitos perversos sobre o financiamento e gestão dos serviços, o que leva até ao conhecido fenômeno da dupla porta ou dupla fila, que segrega e exclui pacientes de distintos sistemas (COHN *et al*, 2002).

Avaliar as dificuldades da implantação do SUS apenas pelo prisma da contenção de recursos originalmente destinados à seguridade social, associado a medidas de ajuste fiscal é olhar para a questão apenas sob único plano. Decerto, pretensioso seria buscar aqui todo o espectro de fatores que conduziram ao estado da arte do sistema de saúde hoje, *in praxis*, no país. Busca-se, assim, apontar outro elemento que possa explicar a permanência da dicotomia público-privada, quando houve, ao menos em tese, a opção pelo modelo universal-redistributivo para as ações e serviços de saúde. Pergunta-se, aqui, que anseio popular seria este que se firmou na atual ordem constitucional.

Dessa feita, este estudo se estrutura sobre quatro premissas, a saber: (i) o Texto Constitucional permitiu a convivência entre sistema público de saúde e mercado autônomo, cuja ambigüidade se resvala sobre intensa e desarticulada produção legislativa dirigida ao setor, que influencia a percepção do direito à saúde; (ii) o desenvolvimento do *welfare* brasileiro não deriva de pacto de solidariedade social por força de movimento popular e pressão da classe trabalhadora, organizados em partidos políticos e com representação parlamentar; (iii) mesmo após a criação do SUS, o sistema brasileiro de saúde continua fragmentado, sendo a maior parte do gasto de origem privada, com participação crescente do

Mercado de Saúde Suplementar; e (iv) a crescente demanda judicial sobre planos de assistência à saúde sugere que a sociedade vê, tendo no Judiciário seu porta-voz, esse mercado como opção de garantia de assistência à saúde com algum grau de confiabilidade, pelo que restaria o SUS aos que não têm condições de optar.

Como argumento central está a teoria da mobilização de classes proposta por ESPING-ANDERSEN (1991) para definição do modelo de proteção social, que, a seu turno, guarda relação direta com as variáveis capacidade de pressão dos trabalhadores, força do movimento popular, estrutura de poder político e legado histórico da institucionalização do *welfare*.

Segundo VIANNA (1998), diversamente das sociedades europeias, em que o desenvolvimento do *welfare* foi fruto de estruturas agregativas de negociação, algumas peculiaridades das formas de pressão dos grupos sociais no processo decisório brasileiro soam familiares à cultura norte-americana. Nesse sentir, nos eixos argumentativos aqui apresentados aparecem os pontos de tangência com as características dessa sociedade: (i) no silêncio da classe trabalhadora na reivindicação pela cobertura universal em saúde; (ii) na clivagem entre classes no acesso aos serviços assistenciais; (iii) na composição percentual do gasto em saúde entre público e privado, bem como na conformação dos esquemas organizacionais do mercado; e (iv) na ação individual, por via judicial, na busca de direitos subjetivos à saúde.

Para COHN (2006), a grande tensão, na política, é a disputa não só entre interesses particulares e gerais, como também entre dimensão política e técnica. No caso brasileiro, tem-se mostrado crescente a distância entre representados e seus representantes na esfera política graças ao avanço da presença da dimensão burocrático-administrativa propriamente dita nos processos de tomada de decisão.

Identificada, pois, a baixa institucionalização da ação coletiva na política representativa, a análise do processo de judicialização pode apontar para direções distintas. De um lado, pode-se cogitar da tendência à residualização dos serviços de assistência à saúde, encaminhando-se a universalização do SUS para modelo retórico de acesso universal; de outro, a migração dos consumidores de planos de assistência à saúde para o SUS, em função da elevação dos custos no Mercado de Saúde Suplementar.

Retoma-se a COHN (2006) para lembrar que é da essência do mercado a lógica da satisfação das necessidades privadas dos detentores do capital e individuais dos consumidores. Assim dele não se pode esperar o papel redistributivo, cujo encargo é próprio do Estado. Afinal, é no mercado o *locus* de geração de diferenças e desigualdades econômicas e sociais.

1.2 Metodologia

A definição de saúde apresentada pela Organização Mundial de Saúde – OMS é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”² e, com esse mesmo espírito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza o direito à saúde, ao dizer, em particular, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar.³

Inspirada em tais valores, a Constituição de 1988, ao enunciar o direito à saúde, não limita seu escopo à assistência médico-hospitalar, mas a toma em acepção mais geral, pois, segundo CARVALHO E SANTOS (2001), engloba elementos constitutivos essenciais de atividade preventiva e serviços assistenciais, tais como produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos de interesse para a saúde; teor nutricional dos alimentos; meio ambiente; saneamento básico; formação de recursos humanos; vigilância sanitária e epidemiológica; e saúde do trabalhador.

Pode parecer evidente, em primeiro momento, que a dimensão da saúde não possa ser vista de forma reducionista, tomada por apenas um dos veios de suas ações e serviços, que é o campo da assistência à saúde, mas essa percepção é consequência inexorável da evolução do modelo assistencial implantado no Brasil que, como se disse, estruturou-se sobre a dicotomia entre saúde pública e assistência médica.

No entanto, o foco deste estudo se dá sobre um dos segmentos da política de saúde, qual seja: a assistência à saúde, assim definida como as ações e serviços dirigidos às pessoas, individual ou coletivamente, e prestados em ambiente ambulatorial e hospitalar, ou ainda em outros espaços.

² Tradução livre de “la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d’atteindre”, constante do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, aprovada em 22 de julho de 1946 e ratificada, no Brasil, pelo Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948.

³ Adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assim estabelece em seu artigo XXV: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

Também não constitui escopo deste estudo tratar da participação dos serviços privados complementares à rede pública de saúde, tampouco a adoção de formas de gestão privada no interior do sistema, como terceirizações, organizações sociais, fundações públicas de direito privado e demais parcerias público-privadas na provisão da assistência à saúde no âmbito do SUS. Tais elementos não são aqui relevantes, mas, se mencionados ao longo do texto, apenas aparecem de forma secundária, para ilustrar ou reforçar argumentos relativos ao processo político no qual o SUS foi concebido e construído.

Decerto, as relações entre o setor privado de saúde e o sistema público são complexas e envolvem aspectos diversos. CORDEIRO (1984) já utilizava o conceito de “complexo médico-empresarial”, para abordar a complexidade dos efeitos decorrentes do processo de capitalização da medicina. Na mesma linha está o “complexo médico-industrial”, utilizado para explicar as relações entre a assistência à saúde e a indústria de equipamentos e insumos de saúde. VIANNA (2002) propõe, ainda, o conceito de “complexo médico-financeiro”, para tratar da crescente entrada do capital financeiro no setor saúde.

A abordagem deste estudo se restringe, pois, às relações entre sistemas público e privado no que se refere à atenção à saúde estatal e operação de planos de assistência à saúde. O foco está sobre o setor privado autônomo ou medicina supletiva que, após o marco regulatório, passou a ser conhecido por Mercado de Saúde Suplmentar.

Registre-se, a propósito, que os dados sobre o Mercado de Saúde Suplmentar derivam de fonte de acesso público, colhidos em publicações periódicas ou sistemas de informação e pesquisa disponíveis na página da ANS na internet.

O desenvolvimento do tema que se pretende investigar será baseado em estudo de natureza exploratória. Para tanto, serão utilizados recursos de pesquisa bibliográfica, a fim de permitir, em primeiro plano, a revisão da literatura acadêmica e institucional sobre assistência à saúde e, com isso, determinar o estado da arte do modelo de proteção social que caracteriza o sistema brasileiro de saúde.

Ainda no campo descritivo-analítico, situa-se a pesquisa documental, apoiada no levantamento de documentos oficiais sobre políticas de saúde que forjaram e interpretaram a legislação nacional. Cite-se, em particular, as sessões da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente da ANC, em que ocorreram os debates para a definição das normas que ditam o direito constitucional à saúde; a votação do projeto de lei que deu origem ao marco regulatório da saúde suplementar; e a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, com o objetivo de discutir os contornos jurídicos que envolvem o direito à saúde.

No que diz respeito à legislação propriamente dita, foram vistos textos normativos que dispõem sobre a assistência à saúde, propondo-se, como corte metodológico para definição de escopo, os temas da cobertura assistencial obrigatória, planos de assistência à saúde e acesso de cidadãos e consumidores a serviços. Cumpre advertir que não consiste objeto deste estudo o levantamento do complexo normativo infraconstitucional que disciplina o setor-saúde no âmbito do SUS, por se tratar de tema já dissecado por BAPTISTA (2003). Limita-se, aqui, a dar enfoque às regras estruturantes do SUS, com o objetivo exclusivo de examinar o tratamento dado à interface público-privada na organização dos serviços de assistência à saúde.

Em sede jurisprudencial, coletaram-se as decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ. A escolha desse Corte se explica pelo fato de ser naquele *forum* de jurisdição a última instância para as discussões judiciais em torno da legislação infraconstitucional. A referência a ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal – STF também foi necessária, uma vez que há temas pendentes de definição sobre sua consituicionalidade.

Deve-se ter em conta que este estudo pretende contribuir para discussão sobre a judicialização das demandas em saúde, com foco sobre a provisão privada de serviços intermediada por operadoras de planos de assistência à saúde. Vê-se que há significativa produção acadêmica que aborda o impacto das decisões judiciais sobre ações e serviços no âmbito do SUS, em especial na área de medicamentos, o que, por conseguinte, não é objeto de discussão neste estudo.

Descartou-se a ideia proposta inicialmente de se tomarem como base de dados os resultados do Fórum do Judiciário para a Saúde⁴, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para monitorar os procedimentos judiciais na área da saúde. Sabe-se do aumento da demanda em saúde de 240 mil processos para 392 mil entre 2011 e 2014, mas, até o momento, não se encontrou material hábil para investigação. Dos 68 enunciados que foram objeto de consenso desse Fórum, apenas quatro⁵ dizem respeito à operação de planos de assistência à saúde. Além disso, a jurisprudência sobre o tema em questão se condensa nos Tribunais Superiores, pelo que os julgados do STJ já são fonte de informação satisfatória.

⁴ Cf. <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude>> Acesso em: 12 dez 2015.

⁵ 62 – Para fins de cobertura assistencial, o conceito de urgência e emergência deve respeitar a definição legal contida no art. 35-C, Lei Federal 9.656/98.

63 – O deferimento de cirurgia bariátrica em tutela de urgência sujeita-se à observância das diretrizes constantes da Resolução CFM nº 1942/2010 e de outras normas que disciplinam a matéria.

64 – A atenção domiciliar não supre o trabalho do cuidador e da família, e depende de indicação clínica e da cobertura contratual.

65 – Não é vedada a intervenção de terceiros nas demandas que envolvam plano de saúde.”

Registre-se, nessa esteira, que não se pretende fazer o levantamento de todos os julgados do STJ em torno dos conflitos em torno de planos de assistência à saúde, por se tratar de material já inventariado por TRETTEL (2010) e GUAZZELLI (2013). O objetivo aqui é dar enfoque aos principais julgados, destacados pela própria imprensa institucional desse Tribunal Superior.

Ressalte-se também que não se volta à análise jurídica dos temas em relevo. Esse conhecimento, na pesquisa, é utilizado como recurso para desenvolver estudo sobre política de saúde. Diga-se ainda que não se utilizam recursos de entrevistas com atores sociais ligados ao tema, tampouco se lançam mão de modelos estatísticos para produzir informação sobre a base de dados coletada.

A análise qualitativa permite oferecer perspectiva histórica sobre o embate entre Legislativo, Executivo e Judiciário sobre a exegese do direito à saúde, o que serve de subsídio para confirmar a matriz universal-redistributiva afirmada na letra da lei, ou construir a hipótese de que se caminha, *in praxis*, para o modelo liberal-assistencialista, na perspectiva de ESPING-ANDERSEN (1991).

1.3 Estrutura do texto

A hipótese proposta neste estudo está desenvolvida em quatro capítulos estruturantes. Inicia-se pelo mapeamento da matriz legislativa que baliza o sistema brasileiro de proteção à saúde. Em primeiro plano, busca-se revisitar o ambiente político em que se travaram os debates na ANC, cenário para a inserção da agenda da Reforma Sanitária e, de igual modo, que forças políticas compunham e apoiavam o movimento reformista. Vale a observação de RODRIGUES NETO (2003: 31) de que “o processo constituinte tem um valor em si, na medida em que se transforma na arena política e desnuda do enfrentamento dos interesses presentes na sociedade”.

Da Constituição de 1988 discutem-se seus reflexos sobre a produção legislativa em relação à saúde até o marco regulatório do Mercado de Saúde Suplementar. O objetivo está em assinalar como o arabesco de normas já editado pode repercutir sobre a concepção do direito à saúde, na medida em que pode ser compreendido como direito social ou direito do consumidor, a depender da articulação entre Estado e mercado na provisão do serviço.

Capítulo posterior tem por objetivo oferecer referencial teórico sobre a tipologia dos regimes de proteção social adotados nas modernas democracias, a fim de estruturar o argumento de que fatores sócio-econômicos e políticos se situam como pano de fundo para a conformação do *welfare* em dado Estado nacional. A definição e consolidação do Estado do bem-estar brasileiro, até a promulgação da Constituição de 1988, deriva de regime autoritário, em contexto de fragmentada mobilização da classe trabalhadora, sem suporte parlamentar e influenciada pela elite burocrática autônoma.

Na tentativa de aproximação conceitual do sistema de saúde brasileiro a partir da tipologia dos modelos de proteção social, procura-se traçar perfil do sistema de saúde inglês, já que exemplo do tipo universal-redistributivo e fonte de inspiração para o SUS, como também o norte-americano, de feição liberal, dada sua morfologia próxima à estrutura do Mercado de Saúde Suplementar. Releva destacar que não se cogitou da comparação com países que se filiam a modelo conservador, porque, na atual ordem constitucional, a saúde deixou de ser vinculada a seguro social compulsório.

Segue-se com a abordagem, em perspectiva histórica e político-institucional, dos elementos que influenciaram a atual conformação dos setores público e privado na atenção à saúde, a fim de compreender a dimensão do Mercado de Saúde Suplementar para o desenho das políticas de saúde. Considerar as características da operação dos planos de assistência à saúde é relevante para se ter em conta a lógica de funcionamento desse mercado e seus entraves na substituição do Estado na provisão dos serviços.

Volta-se, neste capítulo, aos paradigmas inglês e norte-americano para comparação do perfil da composição do gasto, para se estimar se o projeto reformista que chegou à ANC está mais próximo ou distante de se concretizar.

Ao fim, busca-se discutir a separação e equilíbrio entre os Poderes republicanos constituídos, com foco no papel político do Judiciário para a democracia participativa, em articulação com o sistema representativo. A judicialização pode ser interpretada como forma de intervenção direta da sociedade, a par das instâncias tradicionais, ao forjar o elo entre política e direito. No caso do direito à saúde, procura-se avaliar, pelo exame da jurisprudência, se a extensão da garantia fundamental à saúde se estende ao direito do consumidor. Diante disso, a análise das decisões do STF e do STJ podem dar a direção para confirmar se o disposto na Constituição de 1988 avança para a consolidação do modelo universal-redistributivo ou regride ao liberal-assistencialista.

2 CARTOGRAFIA DO DIREITO À SAÚDE

Words, words, words.

W. Shakespeare
(Hamelet, Act 2, Scene 2)

Busca-se neste capítulo mapear a base normativa que norteia o sistema brasileiro de saúde, com realce sobre sua estratificação entre SUS e setor privado autônomo, a que se denomina Mercado de Saúde Suplementar.

O argumento central é demonstrar que a dualidade do sistema de saúde tem matriz constitucional e se projeta sobre toda a produção legislativa subsequente, formulada de modo desarticulado, pulverizado e difuso. Não só as leis que regem a seguridade social foram editadas em tempos e segmentos distintos, sem qualquer interconexão, mas o próprio arcabouço legal da saúde trata dos elementos público e privado de forma desordenada. Mais ainda, tímida é a regulamentação da participação dos serviços privados no âmbito do SUS, enquanto que o Mercado de Saúde Suplementar apresenta normatização mais orgânica.

Este parece ser indicativo da falta de convergência para a unicidade do modelo de atenção à saúde, de natureza pública, como projeto político inserido no processo de transição democrática no Brasil. Decorre daí o tensionamento entre sistemas público e privado nos dias atuais, o que se reflete sobre a noção do direito à saúde, na medida em que, concebido como direito social, passou também a circular na órbita do direito do consumidor.

2.1 O ambiente constitucional: nunca antes na história deste país

Os direitos sociais ocupam posição de destaque sem precedentes na história constitucional brasileira, a começar pelos debates da ANC. Foram erigidos à categoria de garantia fundamental do cidadão (Título I, Capítulo II). Não bastasse, a Constituição de 1988 confere à Ordem Social maior destaque e sistematização, destinando-lhe título específico (Título VIII) e concebe a Seguridade Social com acepção mais ampla, ao compreender três sistemas de proteção, ordenados individualizadamente, mas que caminham de forma integrada: a saúde, a previdência e a assistência social (art. 194).

Na concepção de seguridade social amplia-se a ideia de seguro social, eis que este decorre de regime contributivo por parte do segurado inscrito no sistema, ao passo que a Seguridade pressupõe o acesso dos cidadãos, de forma universal, a programas protetivos garantidos pelo Estado (CORDEIRO, 1991; FLEURY, 2008). Assim é que, à exceção da previdência social, que se estrutura sobre modelo contraprestacional de seus participantes, a assistência social e a saúde constituem direito público subjetivo de todo cidadão.

O desenho constitucional para a seguridade social elegeu, no campo da saúde, o universal-redistributivo como modelo de política social, em que o Estado assume papel protagonista no acesso aos serviços de proteção, passando a consistir direito inerente à cidadania. Certa é a preocupação dos *police makers* em ampliar os horizontes de cobertura de todos os riscos sociais, sob forte influência do *welfare*. Surge, no cenário jurídico-político brasileiro, a noção de direito social, entendido como atributo da cidadania sem qualificações, ao qual deve corresponder uma ação estatal constitutiva da oferta de serviços que lhe são inerentes (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990; KERSTENETSKY, 2012).

Sem embargo, convém lembrar o ambiente econômico nada favorável que marcou o último quartel do século passado. A economia brasileira, no período em que foi discutida e promulgada a Constituição de 1988, assim como as primeiras leis que a seguiram, é marcada por mais de uma década de instabilidade macroeconômica, gerada por barreiras de acesso a novas linhas de crédito por conta de dívida externa, deterioração das finanças públicas, inflação galopante e queda de investimentos⁶. Mas “a despeito dos tempos difíceis e da pressão por ajuste fiscal, houve expansão das políticas e dos gastos sociais no Brasil”, pelo que a redemocratização firmou-se como “importante antídoto à tentação da retração” (KERSTENETSKY, 2012: 212).

Para além disso, a Carta de 1988 é amálgama de diferentes linhas ideológicas que compunham a ampla coalização formada no processo de transição democrática. Lembra VIANNA (1998) que, no curso dos trabalhos da ANC, entraram em cena grupos sociais os mais diversos para atuar na defesa de seus interesses; parte trouxe os vícios clientelistas que há muito operavam nos bastidores da política, enquanto outra mostrava a inexperiência dos que começavam a reivindicar o reconhecimento legal de antigas dívidas. Nesse palco se mesclavam desde robustas federações empresariais a representantes de minorias específicas pouco conhecidas.

⁶ Apenas entre 1986 a 1988 a inflação subiu de 58,6% para o patamar de 994,3%, enquanto que a taxa de crescimento anual caiu de 7,6% para -0,1% no mesmo período (Fonte: FIBGE/BACEN).

O Texto de 1988 não foi elaborado a partir de anteprojeto⁷, pelo que os debates se iniciaram sem conhecimento prévio de quais rumos a seguir. Esse fato dificultou significativamente a organização dos trabalhos, uma vez que a aliança formada pelas forças de diferentes linhas ideológicas para viabilizar a transição democrática dividiu a arena dos debates constituintes, gerando ambiente de indefinição (VIANNA, 1998; VIANNA *et al*, 1999). A ala mais progressista defendia o texto marcado pela intervenção do Estado na economia e ampla proteção aos direitos sociais, o que encontrou forte reação das bancadas liberal e conservadora representadas pelo chamado “Centrão”⁸.

Segundo PILATTI (2008), a ANC decorreu de processo decisório excepcional exercido cumulativamente com as funções legislativas ordinárias dos parlamentares, de maioria conservadora, provenientes das eleições de 1986. A tendência, assim, seria a manutenção do modelo hegemônico. Sucede, porém, que a estrutura descentralizada de elaboração do projeto constitucional, o extenso gradiente de agendas formulado para viabilizar a atuação massiva dos congressistas e a atuação das lideranças partidárias, máxime nas articulações do bloco progressista, aliado a manobras regimentais, foram variáveis que propiciaram texto mais transformador do que conservador. Lembra, contudo, que “a dinâmica enfrentamento-negociação-acordo encontrou nas fusões de emendas o vetor adequado para que a elaboração final da Constituição seguisse, como regra, o caminho do consenso, que não se constrói a não ser que a maioria ceda algo” (PILATTI, 2008: 314).

No campo da saúde, os debates giravam em torno de propostas divergentes, semeadas ao longo da década de 1970, tendo tomado corpo no curso do processo de transição democrática. A essência do Movimento da Reforma Sanitária foi explicitada na VIII Conferência Nacional de Saúde, institucionalizada na Comissão Nacional da Reforma Sanitária, criada com atribuição de elaborar propostas para o marco legal do Sistema Nacional de Saúde. Este fórum se tornou instrumento político-ideológico para a disseminação da agenda reformista do setor-saúde, cuja ideia central estava em dar fim à cisão entre políticas de saúde pública e de medicina curativa individual, assim como estatizar a rede assistencial.

A agenda reformista recebeu apoio de segmentos progressistas. As diretrizes da Reforma estavam na integralidade do cuidado, universalização do acesso, descentralização da gestão e unificação do sistema de saúde. Buscou-se, no processo decisório constituinte,

⁷ O então Presidente José Sarney, no exercício do primeiro mandato presidencial civil, optou por não enviar à ANC o anteprojeto elaborado sob a coordenação de Afonso Arinos.

⁸ Bloco suprapartidário de centro-direita, que se denominou Centro-Democrático, formado por constituintes da ala mais conservadora e ligada a interesses patronais e ao governo.

estabelecer a noção de saúde como direito social, em particular como atributo da cidadania sem qualificações, a que deveria corresponder à ação prestacional do Estado pela oferta dos serviços que lhe são inerentes. Com efeito, o vínculo previdenciário deixaria efetivamente de se interpor como condição de acesso ao atendimento, o que levaria os serviços de saúde a ganhar caráter distributivo. A instituição de sistema de saúde de acesso universal e igualitário romperia, de vez, com o modelo corporativista que condicionou a assistência médico-hospitalar ao vínculo contributivo (SANTOS, 1979; FAVERET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

O projeto da Reforma Sanitária encontrou reação dos mais conservadores, que não viam com bons olhos a unificação do sistema de saúde, por entenderem se tratar de forma de estatizar o sistema. Para CORDEIRO (2008) a ala centro-direita fisiológica se associou aos hospitais privados lucrativos.

Assim é que, de um lado, os grupos que tinham relação orgânica com o setor privado defendiam a manutenção do modelo pluralista, de inspiração neoliberal, baseado na compra de serviços privados pelo aparelho da Previdência Social, caso em que Ministério e Secretarias de Saúde permaneceriam limitados à promoção de ações coletivas de saúde. Nessa linha, havia ainda proposta alternativa de adoção de modelo concorrencial, a cargo exclusivo da iniciativa privada, para a atenção à população urbana e inserida no mercado formal de trabalho. Ao Estado caberia, além das ações de saúde pública, a atenção àqueles que não pudessem assegurar, por questão de receita ou escala, a lucratividade que atrai a organização empresarial, hipótese em que se inseriam os grupos não organizados e a população de área rural ou de baixa renda (RODRIGUEZ NETO, 2003; COSTA, 1996; PEREIRA, 1996).

De outro estavam os que defendiam a ideia da unificação do sistema de saúde com acesso universal e equânime a todo cidadão. RODRIGUEZ NETO (2003) identifica os pontos cardiais dessa proposta: (i) conceito de saúde para além da assistência médica, ao incluir seus determinantes sociais; (ii) direito universal e igualitário à saúde; (iii) responsabilidade do Estado sobre o sistema de saúde; (iv) natureza pública das ações e serviços de saúde; (v) subordinação do setor privado às normas de um único sistema, com diretriz de estatatização progressiva; (vi) organização dos serviços em rede única, regionalizada e hierarquizada; e (vii) proibição da destinação de recursos públicos à iniciativa privada, bem como de participação do capital estrangeiro. Acrescente-se a isso o controle social das políticas de saúde pela participação popular para sintetizar a pauta do movimento da Reforma Sanitária.

Pequena digressão merece ser feita para enfatizar que o pensamento reformista não consistia projeto constante da agenda de nenhum partido político. COHN (1989: 130) adverte ter sido “pouco institucionalizada, para não dizer nula, a participação daqueles partidos

políticos que pelo menos em princípio comungam nos preceitos reformistas”. As propostas foram gestadas predominantemente no Executivo, pelo que a Reforma Sanitária partiu de política pública formulada por setores progressistas que ocuparam espaços estratégicos no interior do aparelho burocrático. A própria composição da Comissão Nacional da Reforma Sanitária não correspondia ao peso real dos organismos populares⁹ (COHN, 1989; PEREIRA, 1996; GERSCHMAN, 2004; CAMPOS, 2008).

Para PEREIRA (1996), a arena dos debates sobre o setor-saúde foi formada por três grandes grupos de atores: a coalizão reformista, que reunia os setores do movimento sanitário e parlamentares progressistas pertencentes ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista Brasileiro – PCB, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Comunista do Brasil – PCdoB, aliados, ainda, a grupos sociais sensíveis às bandeiras da Reforma Sanitária; o setor privado prestador de serviços para o Estado, que forjou *lobby* com setores mais conservadores do PMDB, Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, Partido Democrático Social – PDS e Partido da Frente Liberal – PFL, ou com parlamentares que vieram a constituir o Centrão; e o subsistema privado autônomo, que desenvolveu aliança com setor privado dependente.

COHN (1989:131) também chama atenção para a dificuldade da literatura em mapear as forças políticas que compunham o movimento da Reforma Sanitária. Enquanto que se reconhecem nas instituições representativas do setor privado da saúde e no segmento de tradição privatista do Governo como opositores da Reforma, não se identificam os atores sociais envolvidos nesse movimento. “Mas em ambos os casos existe um grande ausente: os partidos políticos”, destaca a autora.

Essa tentativa é feita por GERSCHMAN (2004), ao concluir que a Reforma Sanitária foi proposta que extrapolou o setor-saúde, na medida em que se originou de movimento de oposição ao regime militar, com lideranças provenientes dos partidos de esquerda, que, por sua vez, congregavam diferentes facções ideológicas.

Os parlamentares membros das subcomissões temáticas não tinham perfil profissional ou ideológico que os ligasse aos reformistas. RODRIGUES NETO (2003) demonstra ter sido bastante reduzido o número de constituintes que tinham a questão da saúde em seus currículos de história política ou entre suas prioridades político-eleitorais. Sucede que, como declarou o

⁹ A CNRS tinha apenas seis representantes de organismos populares – CGT, CUT, Contag, Conam, FNM – enquanto eram dezesseis os representantes de instituições governamentais e privadas – Ministérios da Previdência, da Saúde, do Trabalho, da Educação, Legislativo, centrais patronais e prestadores privados de serviços de saúde (GERSCHMAN, 2005).

Deputado Constituinte Eduardo Jorge (CEBES, 2008)¹⁰, na distribuição dos trabalhos, a ala mais conservadora priorizou as comissões relativas à área econômica, o que favoreceu a composição das comissões e subcomissões da ordem social pelo arco de aliança de centro para a esquerda. Com isso, foi possível avançar com as propostas da Reforma, para depois sustentá-la como patrimônio acumulado no enfrentamento de outras fases do processo constituinte.

Na Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, foram ouvidos integrantes de entidades estatais, instituições ligadas aos serviços privados lucrativos ou filantrópicos, representantes de trabalhadores e de profissionais da saúde e membros da comunidade técnico-científica. Segundo RODRIGUEZ NETO (2003), havia convergência da maioria das entidades representativas para as propostas da VIII Conferência, inclusive as filantrópicas, conquanto lhes fosse assegurado tratamento preferencial. A dissonância ficou com os grupos ligados aos setores privado e liberal, que se uniram para combater a perspectiva de estatização da atenção à saúde, sob a proposta da existência de sistema privado autônomo e paralelo ao público.

O modelo convergente com a agenda da Reforma foi aprovado nessa Subcomissão e apresentado como anteprojeto para a Comissão da Ordem Social, tendo permanecido o mesmo texto até a Comissão de Sistematização. Nessa fase previa-se a possibilidade de apresentação de Emendas Populares que, para serem apreciadas, dependiam de, pelo menos, trinta mil assinaturas de eleitores. Das seis Emendas Populares, cabe destacar a encaminhada pela Plenária da Saúde, que trazia a pauta da agenda reformista, bem como a apresentada pelo setor privado hospitalar e medicinas de grupo que, a despeito de reconhecer o princípio da universalidade da atenção, defendia o pluralismo de sistemas assistenciais, com livre escolha do cidadão (BAHIA: 2008).

É interessante a observação de RODRIGUEZ NETO (2003) sobre as dificuldades enfrentadas pela Plenária da Saúde¹¹ na coleta de assinaturas, o que demonstrava distanciamento entre o movimento da Reforma Sanitária e a base popular, com sustentação fora das academias e das corporações¹².

¹⁰ Participação em mesa-redonda sobre o tema “Reforma Sanitária e a Constituinte”, realizada no Seminário da Abrasco em 22 de setembro de 1987.

¹¹ A Plenária Nacional das Entidades de Saúde surgiu após a VIII Conferência, que congregava o pleno de diferentes entidades da sociedade civil em mobilização que teve início no curso da ANC (GERSCHMAN: 2004).

¹² Enquanto a Emenda Popular da Saúde não chegou a sessenta mil assinaturas, a do Ensino Público obteve mais de um milhão e a da Reforma Agrária, três milhões.

Outra digressão se faz necessária. GERSCHMAN (2004) indica a falta de consenso entre as forças sociais no setor-saúde e a estratégia do movimento sanitário de penetrar no aparelho estatal para tentar redefinir a direção da política de saúde. COHN (1989) e PEREIRA (1996) também identificam divisão no interior do próprio movimento sanitário, entre segmentos dos Ministérios da Saúde e da Previdência, que experimentaram vários episódios de conflito ao longo da segunda metade da década de 1980. Embora a coalizão reformista tenha sido vitoriosa nas votações do processo constituinte, as divergências vivenciadas durante toda a transição acabaram por afetar o desenho do sistema de saúde na Carta de 1988.

A primeira estratégia tinha por norte a unificação do setor-saúde para abranger as ações de saúde coletiva e as de assistência individual, afastando, assim, o processo decisório da arena previdenciária. No Ministério da Saúde e na Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, sob a presidência de Sérgio Arouca, estava o centro de propagação dessa proposta. A segunda, por sua vez, defendia a manutenção da assistência à saúde na estrutura previdenciária, pela criação do Ministério da Seguridade Social, para integrar as ações de previdência, saúde e assistência social, além da modernização da máquina do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – Inamps, para lhe conferir mais eficiência. Desse modo, ali se manteria o *locus* de decisão sobre os serviços de saúde. Representavam essa corrente segmentos que ocupavam postos no Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, e no Inamps, na figura de seu presidente, Hésio Cordeiro. Ambas as estratégias de Reforma percorreram caminhos distintos de legitimação e viabilização política, movidas muito mais pelo senso de oportunidade do que por questão de princípios. A primeira se concentrou no aspecto da formulação legal, ao passo que a segunda optou por trajeto administrativo, por meio de costura por dentro da burocracia, maximizando o espaço já ocupado no aparelho estatal (PEREIRA, 1996).

Agregue-se, ainda, o fato de os trabalhadores não terem apoiado integralmente a universalização pregada pelos reformistas da saúde, pois havia o temor de que os benefícios decorrentes de sua contribuição fossem repartidos com o contingente não inserido no mercado formal de trabalho. A reivindicação por benefícios de assistência à saúde privada, a cargo do empregador, estava presente nas pautas de negociação dos sindicatos desde o final da década de 1980 (GERSHMAN, 2004; MINECUCCI, 2007; RODRIGUES, 2014).

COSTA (1996: 349) avalia ter havido paradoxo na postura das representações sindicais, nos fóruns de formulação das políticas de saúde, na medida em que “pugnaram por teses publicistas, quando não estatizantes, apesar de sustentarem agenda auto-referida e segmentadora nas mesas de negociação”. Para o autor, esse veto implícito à agenda da

Reforma contribuiu para a consolidação de um mercado, autônomo e paralelo ao sistema público, corrompendo, assim, a ideia central de solidariedade que balizava o projeto universalizante do SUS.

Nessa mesma linha, anota MINECUCCI (2007) que, no momento da ANC, os trabalhadores já se encontravam abrigados por formas privadas de assistência à saúde, o que dificultou sua identificação com projeto de modelo universal. A perspectiva corporativista na política de saúde, vinculada à relação de trabalho, traduziu-se na ausência de mobilização e apoio efetivo à Reforma. Essa postura contribuiu não só para enfraquecer a defesa da proposta, mas, em outro polo, fortalecer a segmentação de clientela, em que o SUS se destinaria à cobertura da população mais pobre e sem inserção no mercado de trabalho. Esse elemento teve conseqüências decisivas na implantação da Reforma nos anos 1990.

A despeito de tais cizânias, o projeto aprovado na Comissão de Sistematização manteve preservada a essência da agenda reformista, tendo, contudo, havido a sintetização do texto. Para RODRIGUES NETO (2003), mais do que questão de ordem técnica, o que estava em jogo era a redução da margem de barganha para as etapas seguintes.

Na votação plenária da ANC, porém, o bloco conservador recuperou espaço pela composição do Centrão e, por meio de manobra regimental, conseguiu a possibilidade de se apresentarem projetos globais substitutivos ao da Comissão de Sistematização. Esse grupo, no campo da saúde, articulou-se para a defesa dos interesses dos setores privado e liberal da medicina, provocando nova rodada de negociação, quando já não se havia mais em que ceder sem comprometer a essência da agenda da Reforma (RODRIGUES NETO, 2003).

Vale dizer que não estava em jogo a discussão sobre o direito à saúde como atributo da cidadania, uma vez que se traduzia em aumento da demanda para o setor privado. O nó-górdio estava em como de assegurar esse direito, em particular quanto à faculdade de o Estado delegar a execução das ações e serviços de saúde à iniciativa privada, rompendo, assim, com a concepção original de unicidade do sistema. A batalha dos conservadores girava em torno da possibilidade de estatização da cobertura assistencial.

Nesse contexto, na votação do texto final foram incorporadas concessões em relação ao projeto de Reforma Sanitária levado à ANC, em particular no tocante ao setor privado, que desejava ver explicitado seu direito de livre exercício dos serviços de assistência à saúde. O que resultou do consenso foi a possibilidade de participação do prestador privado, por contrato público, na medida dos limites da rede pública em atender à demanda, caso em que teriam preferência as entidades filantrópicas. A ala progressista entendeu, naquele momento, que o regime de direito público do contrato ou convênio, somado à vedação da destinação de

recursos públicos ao setor lucrativo seria amarra suficiente para blindar o SUS (PEREIRA, 1996; RODRIGUES NETO, 2003; BAHIA, 2008).

Anota PEREIRA (1996) que a proposta da estatização progressiva foi dos poucos temas que aglutinaram todos os representantes do setor privado no intuito de bloquear qualquer estratégia nessa direção. A partir do instante em que a coalizão reformista abriu mão de defender a estatização do sistema de saúde, o debate passou a girar em torno da relação público-privado na prestação dos serviços. Para o setor autônomo, já tinha sido alcançado seu principal objetivo na ANC, que era garantir sua existência em paralelo ao Estado.

FLEURY (CEBES, 2008: 196), ao tempo em que reconhece entraves de ordem técnico-jurídica para traduzir de as bandeiras do movimento sanitário em formulação legal, chama atenção para o flanco aberto por essa concessão. Em suas palavras, “coloca-se no texto constitucional que o setor privado vai participar minoritariamente dentro de um projeto de mais longo prazo, de uma ideia de estatização do setor. Então já se garante pela Constituição que ele existe e vai participar, o que também é um risco”.

Como observam VIANNA *et al* (1999: 39), “a formação de vontade do legislador constituinte, nessas condições, não teria como ser fruto de uma ação hegemônica, mas da composição e das soluções de compromisso entre forças díspares, cuja unidade se exercia melhor sobre temas tópicos do que na formulação de uma concepção sistemática e coerente de um novo projeto para o país”.

Assim, promulgada a Constituição de 1988, a saúde passou a ser assegurada como direito de todo cidadão, a ser garantida pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação deve ser universal e igualitário. Inegável, portanto, o ganho na definição da natureza pública da saúde, mas deixou-se de esquadriñar seu *modus operandi*. Questões cruciais não foram definidas, como destinação de percentual de recursos para a saúde, parâmetros para a descentralização, formas de controle do setor privado e arranjos na relação entre os três setores da seguridade. Os consensos decorrentes da composição possível entre forças díspares culminaram em dispositivos abrangentes e dúbios sobre saúde, cuja política restou carente de projeto institucional. Notadamente no tocante à prestação de serviços, não se conseguiu explicitar a proposta de se mudar a base jurídica dos contratos com o setor privado (BAHIA, 2008).

Com efeito, as ações e serviços de saúde passaram a ser exercidos pelo SUS, sob os princípios da universalidade, equidade e integralidade. Em que pese a conquista cunhada no lema constitucional “saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196), não se conseguiu

sufocar as costuras historicamente tecidas pelo setor médico empresarial com a burocracia e instâncias decisórias. Vê-se que a Constituição não considerou monopólio estatal os serviços de saúde, na medida em podem ser executados “diretamente ou através de terceiros”, pois “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. A concepção de “natureza pública” das ações e serviços de saúde, como proposto originalmente pelos reformistas, foi atenuada pela expressão “relevância pública” (art. 197 e 199), o que descarta o objetivo de estatização progressiva defendido na VIII Conferência.

Já na época, o Deputado Constituinte Eduardo Jorge, no curso dos debates da ANC, ao tempo em que realçava a importância do lema “saúde é um direito de todos e dever do Estado”, mostrava preocupação com a retórica desse conteúdo normativo (CEBES, 2008).

A ideia de parceria com a iniciativa privada para a execução dos serviços públicos de saúde também se expressa no Texto Constitucional pela previsão de que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência, mas não exclusividade, as entidades filantrópicas”, sendo, contudo, “vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”, assim como “a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei” (§§ 1º a 3º do art. 199).

Avalia CAMPOS (2008) que as conquistas constitucionais não foram capazes de alterar a lógica de produção dos serviços de saúde perpetrada por anos. Em sua opinião, houve impotência política do movimento sanitário para reformular a fundo o modo de produção de serviços de saúde, largamente guiado segundo conveniências da iniciativa privada. O autor vê com descrédito a inclinação do constituinte, assim como do Executivo, para fazer reformas que tendessem a delimitar interesses econômicos ou políticos das elites.

A indefinição quanto ao modelo assistencial deu azo à manutenção do modo hegemônico de produção de serviços de saúde. Nesse contexto, a descentralização, em vez de erradicar, tende a radicalizar e consolidar o processo de capitalização dos serviços de saúde, uma vez que se pulverizam os espaços de captura, em particular nos Municípios, onde “frequentemente a capacidade de coação econômica dos poderosos locais é direta, muitas vezes cruel” (CAMPOS, 2008: 220). De igual sorte, avalia GERSHMAN (2004) que o processo de municipalização contribuiu para a fragmentação da política de saúde.

O desenho constitucional formulado para o sistema brasileiro de saúde deixa, por conseguinte, incorporar alguma dualidade, ao oscilar entre provisão pública e privada. De um lado, volta-se para todos os cidadãos, de forma gratuita, universal e igualitária, financiado por

toda a sociedade e que, por essa razão, não admite cobrança pontual pelos serviços de saúde. De outro, oferece o legislador constituinte saída para o mercado, ou melhor, a porta aberta para que os arranjos privados de financiamento da saúde coabitem com o Sistema Único, como subsistema paralelo, dirigido àqueles que podem ou desejam contratar, individual ou coletivamente, a intermediação dos serviços de saúde pela via do empresariamento da medicina.

2.2 O pós-1988

A arquitetura constitucional definida para a saúde pouco mudou desde 1988. De lá para cá, entre as noventa e seis¹³ Emendas Constitucionais já promulgadas, poucas têm a saúde como objeto central e nenhuma pretendeu alterar a concepção do constituinte originário para o sistema de saúde, como se depreende da Tabela 1 adiante:

Tabela 1 – Emendas Constitucionais afetas ao setor-saúde

EC nº	Origem	Tema
1 (Revisão), de 01/03/1994 ⁽¹⁾	Poder Executivo	Desvincula receitas da União (arts. 71 a 73 – ADCT).
12, de 15/8/1996 ⁽²⁾	Sen. Antônio Carlos Valadares (PP/SE)	Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação de Natureza Financeira CPMF (art. 74-ADCT).
20, de 15/12/1998	Poder Executivo	Prevê critérios, a ser definidos em lei, de transferência de recursos para o SUS da União para Estados, Distrito Federal e Municípios, e dos Estados para Municípios (art. 195, § 10),
29, 13/9/2000	Dep. Carlos Mosconi (PSDB)	Assegura recursos mínimos para financiamento das ações e serviços públicos de saúde (arts. 34, 35, 156, 160, 167, 198 e 77-ADCT).
34, de 13/12/2001	Dep. Jandira Feghali (PCdoB)	Estende a acumulação de dois cargos, funções e empregos privativos a profissionais de saúde (art. 37).
51, de 14/9/2006	Dep. Mauricio Rands (PT)	Dispõe sobre a forma de contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias (art. 198).
63, de 4/2/2010	Dep. Raimundo Gomes de Matos (PSDB)	Prevê critérios, a ser definidos em lei, para regime jurídico, piso salarial e planos de carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias (art. 198).
85, de 26/2/2015	Dep. Margarida Salomão (PT)	Confere competência ao SUS para incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (arts. 23, 24, 167, 200, 213, 219A e 219B).
86, de 17/3/2015	Sen. Eunício Oliveira (PMDB) ⁽³⁾	Prevê o orçamento impositivo, com definição de percentual mínimo de recursos federais para a saúde (arts. 165, 166 e 198).

Fonte: A autora, 2016. Informações obtidas no portal de pesquisa legislativa da Presidência da República.

Notas: (1) Prorrogada pelas ECs nº 10/1996; nº 42/2003; nº 56/2007; e nº 68/2011.

(2) Prorrogada pelas ECs nº 21/1999; e nº 37/2002, não mais em vigor.

(3) Autor da Emenda à PEC para dispor sobre recursos para a saúde.

¹³ Até 15 de setembro de 2015 foram editadas noventa Emendas Constitucionais e seis de Revisão. Última consulta feita em 24 de novembro de 2015.

Cabe excepcionar mudança no arranjo do financiamento provocada pela primeira revisão constitucional. Voltada para a estabilização da economia na implementação do Plano Real, a EC de Revisão nº 1/1994 permitiu a desvinculação do orçamento da seguridade social (DAIN, 2010).

2.2.1 A legislação infraconstitucional

Em sede infraconstitucional, a Lei Orgânica da Seguridade Social (Leis nº 8.212 e nº 8.213, de 24 de julho de 1991) também não se sagrou como elo integrador dos três setores que compõem esse sistema. Limitou-se a definir temas afetos à previdência. A assistência social, por sua vez, também definiu sua própria lei orgânica (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), sem qualquer articulação com a saúde e a previdência. De igual modo, na saúde, não há interfaces em suas leis reguladoras (Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

As políticas para a seguridade foram assim disciplinadas de forma autônoma e desarticulada, o que revela o baixo compromisso da integração para o fortalecimento de um sistema de proteção único, calcado na solidariedade social, tal como desenhado no Texto Constitucional, o que deu margem à formulação de políticas de todo teor.

No plano político, observam NORONHA e LEVCOVITZ (1994), que a derrota nas eleições presidenciais, em 1989, das forças progressistas da sociedade provocou afastamento dos centros decisórios dos setores que atuaram como motor das reformas sociais iniciadas na Nova República, dando cabo à continuidade do processo de maturação da Reforma Sanitária.

GERSCHMAN (2004) confirma os percalços no processo de implantação das políticas de saúde a partir da regulamentação jurídico-institucional da Reforma, nos moldes parâmetros da Constituição de 1988. Ressalta a reintrodução do autoritarismo político pelo Governo Collor, marcado por clientelismo e corrupção. Averso ao projeto da Reforma, valeu-se de artifícios normativos disponíveis para promover o desmonte das políticas sociais, tendo cumprido apenas os mínimos constitucionais. Avalia, ainda, que as dificuldades também se deveram ao retrocesso político do movimento social em saúde, dadas as divergências internas, aliado ao esvaziamento do movimento sanitário.

Como pano de fundo, mas não exclusivamente determinante, estava a conjuntura econômica nada favorável em que se encontrava o país ao fim da década perdida de 1980. Dados do IBGE, entre 1990 a 1994, apontam para a média anual da inflação de 764%. De 1986 a 1994, o país passou por quatro alterações da moeda¹⁴ e sete planos econômicos¹⁵, com destaque para o Plano Collor, de 1990, que, sem grandes fundamentos técnicos, confiscou, por dezoito meses, valores superiores a 25 cruzeiros em contas correntes e cinquenta, em cadernetas de poupança. Assim é que sucessão de planos econômicos heterodoxos, crescente processo inflacionário, severa dívida pública e profunda crise fiscal foram determinantes para criar ambiente de incertezas, o que dificultava a retomada do crescimento e esgarçava, ainda mais, os desníveis sociais.

Essa conjuntura de contenção de gastos e insatisfação com os serviços públicos que marcou os anos 1980 e 1990 serviu de argumento para apartar do sistema público de saúde os segmentos sociais médios e de trabalhadores mais organizados, mitigando, em razão do descrédito, a pressão da sociedade pela responsabilização do Estado na execução direta das ações e serviços de saúde (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

Com efeito, no campo das políticas de assistência à saúde, observa-se que toda produção normativa para o setor se deu de modo contraditório no que atine à relação entre o público e o privado, com prejuízos inevitáveis à consolidação do SUS. A ambigüidade do Texto Constitucional quanto à definição do modelo de atenção se refletiu no descompasso das políticas públicas que, em uma mão, avançou na construção da unicidade e universalidade do sistema público, mas, em outra, fomentou a mercantilização da saúde.

Os pilares da configuração institucional do SUS, como já se disse, estão na LOS e na norma complementar que disciplina a participação da comunidade na gestão do SUS e o sistema de transferência intergovernamental de recursos (Leis nº 8.080 e nº 8.142, de 1990).

Ao longo dos últimos 25 anos, a LOS sofreu alterações pontuais, em sua expressiva maioria para incluir programas específicos e subsistemas de atenção à saúde, como se observa na Tabela 2 seguinte:

Tabela 2 - Alterações à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) (continua)

Lei nº	Origem	Objeto
9.836, de 23/9/1999	Dep. Sergio Arouca (PPS)	Institui o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena
10.424, de 15/4/2002	Dep. Dr. Hélio (PDT)	Institui o Subsistema de Atendimento e Internação Domiciliar
11.108, de 7/4/2005 (e 12.895, de 18/12/2013) ⁽¹⁾	Sen. Ideli Salvatti (PT)	Institui o Subsistema de Acompanhamento durante o Trabalho de Parto, Parto e Pós-Parto Imediato

¹⁴ Cruzado, cruzado novo, cruzeiro e cruzeiro real.

¹⁵ Planos Cruzado I e II; Plano Bresser; Plano Verão; Planos Collor I e II e Plano Real.

Tabela 2 - Alterações à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) (conclusão)

12.401, de 28/4/2011	Sen. Flávio Arns (PSDB)	Dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde
12.864, de 24/9/2013	Dep. Sueli Vidigal (PDT)	Inclui a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde
13.097, de 24/9/2015	Dep. Manoel Junior (PMDB) ⁽²⁾	Dispõe, entre outras providências, sobre a abertura ao capital estrangeiro na oferta de serviços à saúde

Fonte: A autora, 2016. Informações obtidas no portal de pesquisa legislativa da Presidência da República.

Notas: (1) A Medida Provisória nº 557, de 26/12/2011, que criaria o Substistema de acompanhamento da gestação e do trabalho de parto, parto e puerpério teve seu prazo de vigência encerrado no dia 31 de maio de 2012.

(2) Autor da Emenda à MP nº 656/2014, que trata de matéria tributária.

Também é importante mencionar a Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, que, ao extinguir o Inamps, transferiu suas competências, patrimônio e atribuições para as três instâncias gestoras do SUS. Encerra-se, a partir daí, a participação da Previdência Social na assistência à saúde.

O SUS é fundamentado em três diretrizes básicas: a universalização do acesso, a atenção integral e o controle social. Sua organização e financiamento deve ser partilhado entre os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Logo, a descentralização político-administrativa é a mola mestra para a execução das ações e serviços de saúde, estruturada de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente. Para tanto, os serviços de saúde de sistemas federais, estaduais e municipais deverão se integrar à direção correspondente do SUS, conforme seu âmbito de atuação.

Esse processo de descentralização tem sido conduzido por Normas Operacionais – NOBs, que são orientações específicas, formalmente baixadas por portaria do Ministro da Saúde, como resultado da formação de consenso entre os Conselhos Nacionais de Secretários Estaduais e Municipais de Saúde – Conass e Conasems, a Comissão Intergestores Tripartite - CIT e o Conselho Nacional de Saúde – CNS. Por essas NOBs se estabelecem regras para a repartição orçamentária entre os níveis de governo, a atribuição de titularidade para gestão e a organização do modelo assistencial. Até o momento foram editadas três Normas Operacionais, as NOBs/SUS 01/1991, 01/1993 e 01/1996, esta atualmente em vigor (Portaria nº 1742/MS/GM, de 30/8/1996). Em 2001 publicou-se a primeira Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS, revista no ano seguinte, a NOAS-SUS 01/2002 (Portaria nº 373/MS/GM, de 27/2/2002).

Destaque-se, ainda, o Pacto Pela Saúde 2006 aprovado pelos gestores do SUS na reunião da Comissão Intergestores Tripartite, operacionalizado por meio de Diretrizes Operacionais formalizadas na Portaria nº 399/MS/GM, de 22/2/2006. O Pacto visa consolidar o SUS com seus três componentes: Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão. No

campo da assistência à saúde, também deve-se mencionar a Portaria nº 675/GM/MS, de 30/3/2006, que aprova a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, que consolida os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde.

No entanto, somente depois de mais de vinte anos da Lei Orgânica da Saúde - LOS, foi publicado o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a organização do SUS, o planejamento, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. Interessa destacar que o objetivo dessa regulamentação é dar contornos mais precisos às ações e serviços de saúde, em especial quanto aos aspectos do cuidado, haja vista que integralidade se projeta na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – Renases e na Relação Nacional de Medicamentos – Rename. Vê-se também clara a preocupação com a equidade do acesso pela descrição das portas de entrada do SUS, com ênfase para a definição da atenção primária.

No tocante ao financiamento público, doze anos após a Emenda Constitucional nº 29/2000, a alocação de recursos mínimos para financiar as ações e serviços públicos de saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios foi disciplinada pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. O cálculo para apuração do valor do piso constitucional para o SUS deverá, no entanto, conformar-se às novas regras trazidas pela EC nº 86/2015, cujas projeções para os próximos dois anos indicam a tendência de redução do financiamento para o setor (FUNCIA, 2015).

Em relação à participação do setor privado nos serviços de assistência à saúde, observa-se timidez normativa em sujeitar a provisão desses serviços à força diretiva da ação estatal. A LOS dedicou a esse segmento meros quatro artigos para praticamente replicar os comandos constitucionais que autorizam a participação complementar de agentes privados, mas sem lhes ditar procedimentos operacionais e meios de controle. Muito menos cuidou de definir a moldura jurídica da contratação desses serviços, tampouco prever as hipóteses de cabimento do convênio ou, sequer, sua distinção da hipótese de contratos.

Menos ainda é o estabelecimento de parâmetros para a intermediação dos serviços de assistência à saúde por operadores de planos privados de assistência à saúde, ainda que tratado como segmento autônomo ao SUS. Remarque-se a autorização constitucional para a regulação desse setor, expressa no reconhecimento de que as ações e serviços de saúde – nos componentes público ou privado – são de relevância pública (art. 197). Associe-se a isso o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174).

Cumpra chamar a atenção, nessa toada, para a recente mudança ocorrida na LOS para incorporar a possibilidade de participação do capital estrangeiro na assistência à saúde, como

autoriza a Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. A edição desta norma revela mais uma fragilidade do suporte constitucional dado à diretriz publicista do sistema de saúde, como pretendia o movimento da Reforma Sanitária, pois que o próprio constituinte deixou a cargo do legislador ordinário a possibilidade de modular a entrada da internacionalização.

A par da legislação estruturante do SUS, um cipoal de leis foi editado sobre toda a sorte de temas afetos à saúde. Há normas que vão desde a criminalização de condutas deletérias à saúde até a previsão legal de coberturas assistenciais, campanhas informativas e protocolos clínicos¹⁶, dentre elas muitas tratam de matéria que poderia perfeitamente ser definida em normas infralegais por deliberação da direção do SUS. Sua grande maioria é desarticulada na composição do ordenamento jurídico¹⁷ (BOBBIO, 1997) que norteia a execução das ações e serviços de saúde, o que denota a ausência de formulação mais abrangente das políticas de saúde no período pós-Constituinte.

Sobre isso, BAPTISTA (2003) observa que a legislação editada após a Constituição de 1988, em particular a decorrente de projetos de lei de origem no Legislativo, é difusa e trata de temas pontuais, decorrentes de demandas de movimentos sociais específicos ou *lobbies* de corporações de profissionais do setor-saúde.

A produção pulverizada de normas jurídicas sobre saúde sugere a indefinição da macropolítica para o setor nos anos pós-1988, o que criou ambiente apropriado para a inclusão, na pauta de discussão legislativa, de temas de interesse pelo modelo médico-assistencial privatista.

Como dito, os anos 1990 foram muito hostis ao processo da Reforma Sanitária. A pauta setorial se reduziu à implantação do SUS, em particular sobre as questões relativas a seu financiamento, organização e gestão. Com efeito, deixou-se de lado o conteúdo revolucionário da proposta original de transformar a saúde como direito de cidadania pelo fortalecimento da ação do Estado. No cenário político e econômico, concorreram para frustrar a realização do ideário da Reforma, o subfinanciamento público para a saúde e a conjuntura

¹⁶ (i) Leis nº 9.677, de 2 de julho de 1998 (crimes hediondos contra a saúde pública) e nº 12.653, de 28 de maio de 2012 (condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial); (ii) cite-se, a exemplo e entre tantas outras, a Lei nº 9.797, de 6 de maio de 1999 (obriga a cirurgia reconstrutora da mama); a Lei nº 12.273, de 5 de setembro de 2001 (vedação ao uso de bromato de potássio na panificação); a Lei nº 11.104, de 21 de março de 2005 (obriga a instalação de brinquedotecas em unidades com regime de internação); a Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012 (obriga o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna no prazo de sessenta dias); e a Lei nº 13.002, de 13 de junho de 2014 (obriga a realização do protocolo de avaliação do frênulo da língua em bebês).

¹⁷ Bobbio (1997) defende a tese de que o ordenamento jurídico deve representar um conjunto orgânico de normas, em que o dever de coerência é condição para sua estruturação lógica para, assim, conferir unicidade e completude ao sistema normativo.

política de ajuste macroeconômico, na qual se inseriu a agenda neoliberal de opção pelo Estado-mínimo (PAIM e TEIXEIRA, 2007).

Esse contexto facilitou a inclusão de políticas públicas permissivas à expansão do mercado no setor-saúde. BAHIA (2008) aponta ao menos três medidas legais nesse caminho: (i) financiamento a hospitais privados sem fins econômicos e destinação de percentual de leitos a planos de assistência à saúde¹⁸; (ii) a explicitação do plano de saúde como benefício estatutário dos servidores federais¹⁹; e (iii) a dedução das despesas com saúde no imposto de renda²⁰.

Com suporte em tais incentivos promovidos pelo próprio aparelho estatal, vê-se o segmento filantrópico, assim como hospitais universitários públicos e privados, ter adotado arranjo da dupla porta de entrada, ao destinar parte de sua infraestrutura – financiada em boa parte com recursos públicos – à provisão de serviços via setor privado autônomo, qual seja, planos de assistência à saúde.

No âmbito das relações de trabalho, tem-se acentuado a concepção do plano de assistência à saúde como item da cesta de benefícios laborais, incluindo o universo dos servidores públicos. Pauta constante dos movimentos sindicais como conquista de um direito, essa segregação em muito contribui para o enfraquecimento do princípio da universalização dos serviços de saúde. Para ilustrar a questão, verifica-se que o Projeto da Lei Orçamentária para 2014, apontou previsão de despesas da União com planos de assistência à saúde para seus servidores na ordem de 5 bilhões de reais²¹. Remarque-se que isso não se limita ao universo dos servidores federais, pois a concessão desse benefício funcional também é comum entre servidores estaduais e municipais, multiplicando-se, assim, o volume de gastos públicos destinados a esse mercado.

¹⁸ (i) Cf. BNDES Saúde, Caixa Hospitais e Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006, art. 4º, §§ 12 e 13; e (ii) Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, art. 4º, II.

¹⁹ “Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento.” (alteração do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais pela Lei nº 11.302, de 10 de maio de 2006, art. 9º). No mesmo sentido também a Lei nº 12.998, de 18 de junho de 2014, art. 17.

²⁰ Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, art. 5º, § 2º, e art. 8º, inciso II, "a" e § 2º; Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto sobre a Renda - RIR/1999, art. 80; Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002, art. 16, § 4º; Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, arts. 94 a 100.

²¹ Cf. Nota Técnica nº024/2013 da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados.

Na mesma trilha, estão os incentivos fiscais dados a empresas e pessoas físicas, que estão autorizadas a deduzir do imposto de renda despesa com saúde e, diversamente das demais deduções legais, nesta não há prescrição de teto.

Assim é que o crescimento do mercado autônomo e paralelo ao SUS foi determinante para a edição da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, dez anos após a LOS. Verifica-se, assim, um vácuo regulatório entre o estabelecimento dos fundamentos do SUS e a efetiva normatização do setor privado, como se verá a seguir.

2.2.2 A normatização do Mercado de Saúde Suplementar

A matriz constitucional para a regulação do Mercado de Saúde Suplementar está, como já dito, na Constituição de 1988, ao determinar a função normativa e reguladora do Estado sobre a atividade econômica. No setor-saúde, em particular, cumpre-lhe o papel de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços inerentes, dada sua relevância pública.

O marco regulatório da saúde suplementar tem por fundamento legal a Lei nº 9.656/1998, além da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que dita competências e responsabilidades da autoridade reguladora criada para este fim, a ANS.

Em que pese a existência do setor privado autônomo de serviços de assistência à saúde há mais de cinquenta anos, o marco regulatório do Mercado de Saúde Suplementar constitui fato recente no cenário brasileiro. Até então, a solução de conflitos entre atores ligados a planos de assistência à saúde se dava essencialmente em sede judicial, com base em normas gerais sobre relações de consumo, sem a abordagem mais detida sobre a dimensão do setor-saúde (GOUVEIA, 2004)²².

A regulação do Mercado de Saúde Suplementar entrou na agenda pública por iniciativa dos consumidores. Nos anos 1990, a criação de disciplina jurídica específica para os contratos nesse campo havia se tornado exigência de entidades de defesa do consumidor, corporações médicas e setores do governo, com repercussão no Legislativo, sob a forma de projetos de lei (RIBEIRO, 2001; PEREIRA *et al*, 2001).

Observa-se que o interesse na regulação do mercado autônomo deu-se em paralelo com as discussões sobre a criação do SUS. O primeiro projeto foi apresentado em 1985 pelo

²² Texto extraído do Capítulo V da dissertação de Mestrado da autora, com adaptações e atualizações.

Deputado Federal Rubens Ardenghi²³ e propunha que o quadro de honorários da Associação Médica Brasileira – AMB fosse a base para a remuneração profissional nos convênios médicos. Em 1991 – logo após a edição da LOS – a Deputada Irma Passoni apresentou o projeto de lei ²⁴que obrigava as empresas de planos de assistência à saúde a manterem estabelecimentos próprios, sob pena de ressarcimento aos consumidores das despesas em outros hospitais. Ambas as propostas, porém, foram arquivadas sem apreciação pelas Comissões Permanentes (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003). A partir desse ano diversas proposições sobre limites e obrigações nos contratos de planos de assistência à saúde tomaram espaço nas discussões do Congresso Nacional.

No Senado Federal, em 1993, o Projeto de Lei nº 93, de autoria do Senador Iram Saraiva propunha, em apenas três artigos, a vedação à exclusão de patologias e outros agravos à saúde nos contratos. A proposta foi aprovada por aquela Casa e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde passou a PL nº 4.425/1994, ocasião em que a discussão sobre a normatização da saúde suplementar alcançou maior destaque no Parlamento. Até agosto de 1997, foram propostos mais 24 projetos de lei, como descrito na Tabela 3 a seguir. As proposições giravam basicamente em torno da integralidade das coberturas, das obrigações e limites contratuais e do ressarcimento ao SUS. Foram apresentadas, ainda, 131 emendas, das quais apenas 13 foram aceitas e incorporadas ao Projeto de Lei (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997).

Tabela 3 – Projetos de lei relativos ao processo legislativo da Lei nº 9.656/1998 (continua)

PL nº	Origem	Tema
929/1991	Dep. José Augusto Curvo (PL)	Dispõe sobre obrigações e limitações dos planos de assistência médico-hospitalar privados.
4.214/1993	Dep. Elias Murad (PSDB)	Dispõe sobre o reembolso, ao Sistema Único de Saúde, de despesas referentes à assistência médico-hospitalar prestada a indivíduo contratante de seguro-saúde.
4.417/1994	Dep. Elias Murad (PSDB)	Disciplina os planos de saúde privados.
4.572/1994	Dep. José Dirceu (PT)	Regulamenta os contratos relativos a planos de saúde privados e dá outras providências.
237/1995	Dep. Arlindo Chinaglia (PT)	Dispõe sobre o reembolso, ao Poder Público, de valores correspondentes a seguro-saúde e outras modalidades de medicina de grupo referentes a beneficiários atendidos, gratuitamente, na rede pública e no setor privado conveniado ou contratado.
852/1995	Dep. Carlos Mosconi (PSDB)	Dispõe sobre a cobrança, pelos hospitais públicos do Sistema Único de Saúde, das despesas relativas a serviços prestados a pacientes cobertos por planos ou seguros de saúde.
944/1995	Dep. Agnelo Queiroz (PcdoB)	Regulamenta os planos e seguros de saúde e dá outras providências.

²³ PL nº 5.262/1985.

²⁴ PL nº 513/1991.

Tabela 3 – Projetos de lei relativos ao processo legislativo da Lei nº 9.656/1998 (conclusão)

975/1995	Dep. Paulo Feijó (PSDB)	Cria o Seguro Nacional de Saúde e a Contribuição Nacional de Saúde e dá outras providências.
1.289/1995	Sen. Lúcio Alcântara (PSDB)	Torna obrigatório o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelo atendimento realizado a segurados de empresas privadas de serviços de saúde.
1.390/1995	Dep. Carlos Mosconi (PSDB)	Regula as atividades das empresas de planos de saúde, de medicina de grupo, cooperativas médicas, empresas de autogestão e assemelhados.
1.405/1996	Dep. Leonel Pavan (PDT)	Torna obrigatório o atendimento odontológico pelos planos e seguros de saúde privados aos seus associados.
1.930/1996	Dep. Ibere Ferreira (PFL)	Altera dispositivo da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para abrir o mercado do setor de plano e seguro privado de saúde a empresa com capital estrangeiro, constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no país.
1.975/1996	Poder Executivo	Dispõe sobre o ressarcimento, ao sistema único de saúde, de despesas referentes a atendimentos de saúde prestados a beneficiários de seguro-saúde ou de plano de saúde.
2104/1996	Dep. José Fortunati (PT)	Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde e dá outras providências.
2.419/1996	Dep. Silas Brasileiro (PMDB)	Dispõe sobre a impressão dos contratos de convênios para tratamento de saúde e outros.
2.420/1996	Dep. Silas Brasileiro (PMDB)	Dispõe sobre os contratos que asseguram atendimento médico-hospitalar por empresas privadas.
2.842/1997	Dep. Alberto Goldman (PMDB)	Dispõe sobre a obrigatoriedade das empresas privadas que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médico-hospitalares a garantirem atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde.
2.870/1997	Dep. Claudio Chaves (PFL)	Obriga as operadoras de planos e seguros privados de saúde a transferirem recursos ao Sistema Único de Saúde - SUS para atendimento de seus usuários.
3.079/1997	Dep. Antonio Balhmann (PSDB)	Garante ao usuário de plano de saúde e seguro saúde, atendimento e tratamento de qualquer doença ou moléstia contraída ou que se apresente quando da vigência do contrato, inclusive as doenças infecto-contagiosas e hereditárias.

Fonte: A autora, 2016. Informações obtidas no portal de pesquisa legislativa da Câmara dos Deputados.

Observa-se que dos projetos apresentados nesse período, apenas um fazia correlação com a LOS, muito embora tenha sido apenas para permitir a entrada de capital estrangeiro no país. Ainda na interação com o SUS, vê-se que a questão do ressarcimento das despesas por atendimentos prestado no sistema público a beneficiários de planos de assistência à saúde foi tema recorrente entre as proposições apresentadas por parlamentares de diferentes linhas ideológicas, o que reforça a ideia, no Legislativo, de coexistirem sistemas autônomos e paralelos de saúde, o público e o privado²⁵.

²⁵ Nesse sentido a justificativa do Deputado Elias Murad na apresentação do Projeto de Lei nº 4.214/93: “Nosso intuito, neste Projeto de Lei é assegurar que os seguros ou planos de saúde reembolsem o SUS das despesas decorrentes do uso de seus serviços por pessoas aos quais são filiadas. Disso deverão decorrer pelo menos dois efeitos: afluxo de recursos ao SUS e busca de maior resolutividade dos planos e seguros, **com uma separação mais nítida entre os usuários de um e outro sistema.**” (grifou-se)

Foram realizadas doze audiências públicas, com a intensa participação dos atores sociais envolvidos²⁶ que, contudo, não resolveram os inúmeros pontos de conflito existentes, impedindo, assim, que o Relator da Comissão, Deputado Pinheiro Landin, oferecesse texto consensual para ser submetido ao Plenário. O impasse levou ao pedido de renúncia da Comissão Especial, fazendo com que o Presidente da Câmara avocasse a matéria ao Plenário e designasse mesmo Relator para proferir Parecer, instituindo, para tanto, grupo informal de trabalho. Após intenso processo de discussão e em tempo exíguo, em função das pressões externas²⁷, o Substitutivo foi apresentado em Plenário, em outubro de 1997, quando foi aprovado e devolvido ao Senado Federal (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997).

As notas taquigráficas da sessão da Câmara que apreciou, em turno único, o PL nº 4.425/1994, dão conta da dimensão do assunto em debate, sendo elucidativo reproduzir os seguintes trechos dos discursos de Deputados Federais sobre percepções diferentes a respeito da participação do Mercado de Saúde Suplementar no modelo de atenção à saúde em curso no país (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997):

Sr. Presidente, todos nós gostaríamos de fazer tudo por este projeto, mas temos que entender dois pontos importantes. Primeiro, estamos tratando de saúde suplementar, e não do Sistema Único de Saúde. **Queremos, ao contrário, garantir a existência do Sistema Único de Saúde, liberando uma parte da população para o sistema suplementar [...]** (Laura Carneiro – PFL, p. 31866).

Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, inicialmente é importante ressaltar que o Congresso Nacional se ocupa deste assunto, sobretudo porque o Governo não cumpre sua obrigação constitucional de garantir um sistema público de boa qualidade, gratuito e acessível para toda a população. **Se assim fosse, não estaríamos discutindo plano de saúde; seria uma opção, e cada um poderia cobrar o que quisesse porque seria uma livre opção na medida em que o serviço público fornecesse o que está na Constituição**, o que é obrigação do Estado, o que é direito do cidadão. Este é o primeiro parâmetro. [...] (Agnelo Queiroz – PCdoB, p. 31867)

[...] A Constituição de 1988, em um de seus capítulos mais avançados, assegurou o conceito de seguridade social em que, dentre outros, estava assegurado o direito à saúde e a conseqüente obrigação do Estado. Ocorre que vivemos num país extremamente injusto, a começar da tributação, cuja maior fatia vem da tributação indireta, onerando o consumidor, passando pela destinação de verbas e culminando com um processo extremamente rude de sonegação e de renúncia fiscal. Daí decorre que a saúde pública brasileira vem sendo levada, paulatina e determinadamente, por parte de sucessivos governos, a uma situação de verdadeira inadimplência [...]

Diante desse quadro, **criou-se a possibilidade efetiva de se afirmar que a saúde pública do Brasil não vai bem. A partir daí, até segmentos organizados por**

²⁶ Participaram do debate as corporações médicas, entidades de defesa do consumidor, Ministérios da Saúde, da Fazenda e da Justiça, Congresso Nacional e representantes de prestadores de serviços de assistência à saúde na esfera privada.

²⁷ O Relatório do Deputado Pinheiro Landin reporta que, naquela ocasião, o assunto já havia ganhado as principais páginas dos jornais e divulgava-se, a todo instante, que o Poder Executivo se preparava para editar medida provisória tratando do tema (BRASIL/CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997).

falta de alternativa imediata tiveram de se socorrer de planos e seguros de saúde [...]” (Arlindo Chinaglia – PT, p. 31869)

[...] Na verdade, **o que se tenta é mudar o modelo, fazer com que o Estado cada vez atenda menos e a um percentual menor da sociedade, em atendimentos localizados e que seja parceiro e não complementar o setor do mercado privado**, particularmente no setor de seguros na saúde e na Previdência. E o Estado deve tirar a sua responsabilidade do atendimento dos cidadãos brasileiros. Além disso, deve subsidiar direta ou indiretamente esses planos privados, que hoje tem um faturamento anual superior a 10 bilhões de reais, mas não cobrem nem os 40 milhões de assistidos de forma integral, enquanto o SUS tem tentado sobreviver com 15 bilhões de reais para 150 milhões de brasileiros e ainda atende aqueles casos que os planos, embora cobrando por eles, não fazem a cobertura. [...] (Jandira Feghali – Pcdob, p. 32448)

[...] **O que sobra, portanto, é o conceito de saúde, que será mercadoria exposta no mercado para quem tiver dinheiro para comprar**, e que tenha mais saúde que a saúde que merece quem tiver dinheiro para comprá-la. No caso do cidadão comum, que não tiver dinheiro para comprar nenhum desses projetos, sobra o PAB, Plano de Ações Básicas, que está sendo posto em prática pelo Governo [...]

Saúde é um direito inalienável do cidadão. Saúde é um direito que a democracia tem de dar, ou não se chama democracia. **E, se aprovarmos esse Substitutivo, permitiremos que a saúde seja considerada mercadoria**, aprovando também o documento do Banco Mundial de 1993, que exige que os países subservientes, como o nosso tem sido, coloquem a saúde no mercado [...] (José Pinotti -, PSB, p. 32450)

Sr. Presidente, cobertura única é sinônimo de sistema único. **O Sistema Único de Saúde faliu e agora temos que salvar alguma coisa nos seguros e medicina de grupo. Medicina única, procedimento único: falência do sistema público**. Agora estamos fazendo uma nova lei, longe daqueles chavões da Constituinte “Saúde é um direito de todos e um dever do Estado”, e o Estado não cumpre por ser uma utopia [...] (Roberto Jefferson – PTB, p. 32712)

[...] Portanto, Sr. Presidente, esse projeto é realista com a situação do País. Não exclui ninguém do processo. Mas não vamos fazer demagogia aqui, querendo posar de uma coisa que não existe. Demagogia é uma coisa e legislar em benefício do País é outra. **Já assistimos à demagogia na Constituinte, em que se disse: saúde é um direito de todos e dever do Estado. Mas até agora não se fez isso [...]** (Inocêncio Oliveira – líder do PFL, p. 32714)

[...] Por isso, estamos falando de um grande avanço, se bem que temos restrições ao plano que está sendo aprovado. **Diante do que existia, não tenho dúvidas de que estamos falando de avanços significativos diante dessa selva que são os planos de saúde. Esses avanços devem ser mantidos diante da possibilidade de os planos serem fiscalizados pelo Estado brasileiro**, mas que não seja subsidiado, que não venha a ser outro setor dependente, que, quando falir, quando estiver em crise, chame o Estado para pagar a conta [...] (Sérgio Arouca – PPS, p. 32699) – grifou-se.

Retornando ao Senado, o Projeto aprovado voltou a ser alvo de intensas discussões. Segundo BAHIA (1999), naquela Casa o debate foi mais permeável aos interesses dos consumidores e das entidades médicas. Registre-se que a participação do movimento sanitário, na arena parlamentar, foi muito baixa, deixando margem para a atuação das entidades de representação das operadoras. No entanto, observa PEREIRA (2004) que não houve aliança entre os representantes dos diferentes segmentos do mercado operador, mas

atuação difusa e concorrencial que, de certa forma, funcionou como obstáculo a uma ação integrada do setor privado de criar embaraços à instituição do marco regulatório, já que a preocupação maior era estabelecer, na lei, distinções e exceções de acordo com cada modalidade organizacional.

PEREIRA *et al* (2001) verificam que, a partir desse momento, o Executivo figurou como principal ator no processo decisório e, ao cobrar agilidade do Legislativo, desarticulou tanto as resistências de alguns parlamentares como do próprio mercado. Propôs a aprovação integral pelo Senado do texto votado na Câmara e, em contrapartida, comprometeu-se a fazer as alterações necessárias, via Medida Provisória, para solucionar pontos pendentes, o que evitaria o retorno do Projeto à Câmara e o conseqüente adiamento da edição da lei. O parecer do Relator Senador Sebastião Rocha foi submetido à Comissão de Assuntos Sociais e, em seguida, aprovado pelo Plenário. Após a sanção presidencial, foi publicada a Lei nº 9.656/1998.

Imediatamente a sua publicação, seguiu-se a edição da Medida Provisória nº 1.665, de 4 de junho de 1998, contendo as mudanças pactuadas com o Senado Federal. A essa Medida Provisória outras 43 se sucederam, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001, que limitou a utilização de medidas provisórias, ao determinar a perda de sua eficácia no prazo máximo de cento e vinte dias, se não convertida em lei. Assim é que vigora até o momento o texto da última reedição, a Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, editada em data anterior à da publicação da Emenda, pelo que continuará em vigor até que outra a revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Vale dizer que até a promulgação dessa Emenda, as medidas provisórias perdiam a eficácia em trinta dias. Daí, a necessidade de reedições mensais. A maior parte das medidas provisórias sobre a Lei nº 9.656/1998 pouco alteraram a moldura regulatória originalmente definida, tendo ocorrido, em algumas edições, ajustes pontuais, conforme apontado na Tabela 4 adiante.

Tabela 4 - Principais alterações à Lei nº 9.656/1998 por Medidas Provisórias (continua)

MP nº	Objeto
1.665, de 04/7/1998.	Incorpora as alterações propostas pelo Senado: criação do CONSU; redução do prazo de carência para urgências e emergências; vedação de limitação de quantidades e prazos de consultas e internações hospitalares; e previsão do regime especial de direção técnica.
1.801-9, de 28/01/1999.	Definição de prazo para a vedação de a rede ser credenciada a operadoras sem registro; e alterações na composição da Câmara de Saúde Suplementar
1.908-18, de 24/9/1999.	Definição do <i>locus</i> regulatório concentrado no Ministério da Saúde e no CONSU.
1.908-20, de 25/11/1999.	Transferência de competências do CONSU para a ANS; e inclusão da responsabilização dos administradores pelas causas que levaram a operadora à situação de insolvência.
1.976-24, de 09/3/2000.	Extinção da periodicidade das reuniões do CONSU.

Tabela 4 - Principais alterações à Lei nº 9.656/1998 por Medidas Provisórias (conclusão)

1.976-30, de 28/8/2000.	Transferência de competências do CONSU para a ANS.
1.976-33, de 23/11/2000.	Inclusão do termo de compromisso de ajuste de conduta como ferramenta regulatória; e aumento do teto da sanção administrativa pecuniária para um milhão de reais.
2.097-36, de 26/01/2001.	Alteração das regras sobre o regime especial de liquidação extrajudicial; e previsão de juros e multa de mora para descumprimento no ressarcimento ao SUS.
2.097-40, de 24/05/2001.	Alteração das regras da liquidação extrajudicial para prever a insolvência civil para as operadoras organizadas como sociedades não empresariais.

Fonte: A autora, 2016. Informações obtidas no portal de pesquisa legislativa da Presidência da República.

Deve-se, porém, fazer a ressalva para a MP nº 2.177-43/2001, pela qual se pretendeu proceder a mudanças substantivas no conteúdo original da Lei, em particular para incluir limitações à cobertura assistencial pela flexibilização de produtos, em função da área geográfica ou hierarquização do acesso (MENICUCCI, 2007). Essa medida encontrou forte resistência por entidades de defesa do consumidor e profissionais da saúde, o que levou à retirada desses pontos polêmicos na edição subsequente. Cogita-se que essa insatisfação ganhou contornos políticos a ponto de impulsionar a própria promulgação da EC nº 32/2001.

Curioso observar que a MP nº 2.177-44/2001 vigora há mais de quatorze anos sem qualquer iniciativa do Congresso Nacional para sua apreciação. Entretanto, nesse mesmo intervalo de tempo já foram editadas nove alterações à Lei nº 9.656/1998, dentre as quais mais da metade ocorrida nos últimos cinco anos, como se denota da Tabela 5 seguinte.

Tabela 5 - Alterações à Lei dos Planos de Assistência à Saúde (Lei nº 9.656/1998)

Lei nº	Origem	Objeto
10.185, de 12 de fevereiro de 2001.	Poder Executivo (MP nº 2.122-2/2001)	Especializa as sociedades seguradoras que operam planos de assistência à saúde.
10.223, de 15 de maio de 2001.	Dep. Jandira Feghali (PCdoB)	Torna obrigatória a cobertura de cirurgia plástica reparadora de mama nos casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer.
10.850, de 25 de março de 2004.	Poder Executivo (MP nº 148/2003)	Fixa as diretrizes para a implantação de programas de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656/1998.
11.935, de 11 de maio de 2009	Dep. Geraldo Resende (PPS)	Inclui o planejamento familiar entre as coberturas obrigatórias.
12.469, de 26 de agosto de 2011	Poder Executivo (MP nº 528/2011)	Altera as regras sobre valores relativos ao ressarcimento ao SUS.
12.738, de 30 de novembro de 2012	Dep. Jandira Feghali (PCdoB)	Torna obrigatório o fornecimento de bolsas de colostomia pelos planos e seguros privados de saúde.
12.880, de 12 de novembro de 2013	Sen. Ana Amélia (PP)	Torna obrigatória a cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral.
13.003, de 24 de junho de 2014	Sen. Lúcia Vânia (PSDB)	Torna obrigatório contrato escrito entre operadoras e prestadores de serviços.
13.127, de 26 de maio de 2015	Dep. Simão Sessim (PP)	Exclui as autogestões organizadas como fundação, sindicato ou associação da obrigação de constituir pessoa jurídica específica para operar plano de assistência à saúde.

Fonte: A autora, 2016. Informações obtidas no portal de pesquisa legislativa da Presidência da República.

No plano político-institucional, vale dizer que o Ministério da Saúde, inicialmente com posição reduzida e subordinada, teve, a partir da MP nº 1.665/1998, sua atuação ampliada sobre a regulação do Mercado de Saúde Suplementar. É nesse sentido a Exposição de Motivos Interministerial nº 52/MS/MF/MJ, valendo reproduzir a seguinte passagem, não sem antes destacar que ali já não se refere a sistema único, mas sim a “Sistema Nacional de Saúde”:

É de se ressaltar que, por esta Medida Provisória, amplia-se a capacidade regulatória do Ministério da Saúde, pela sua possibilidade de atuação junto ao setor privado de assistência à saúde, apontando-se para a conformação de um Sistema Nacional de Saúde. (grifou-se)

Pouco mais de um ano após a edição da Lei nº 9.656/1998, viu-se a opção por arranjo que concentrasse as funções de regulação econômico-financeira e qualidade assistencial sobre o Mercado de Saúde Suplementar. Isso se deu pela criação de agência reguladora dotada de independência decisória, autonomias administrativa e financeira e poder normativo, a ANS, na edição da Medida Provisória nº 2.012-2, de 30 de dezembro de 1999, convertida na Lei nº 9.961/2000.

O papel da ANS, na agenda da saúde, está em “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”, conforme cunhado em sua lei de criação (art. 3º).

Para dar consecução ao leque de competências que lhe foi atribuído em lei, a ANS foi dotada dos poderes para regulamentar o mercado; de fiscalizar o cumprimento das normas, aplicar sanções; conceder autorizações e extingui-las; e interferir na gestão das operadoras, com prerrogativa de retirá-las do mercado, se necessário.

O marco regulatório do Mercado de Saúde Suplementar não trata apenas das relações contratuais de consumo no setor-saúde; cuida, em especial, de determinados aspectos do funcionamento, buscando corrigir ou, ao menos, atenuar suas falhas, em especial a assimetria de informações entre consumidores, operadoras e provedores de serviços, além de desenhar mecanismos que preservem seu equilíbrio sistêmico tanto em termos de sustentabilidade, quanto em competitividade.

A assistência à saúde, para esse mercado, deve ser compreendida como “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes” (art. 35-F da Lei nº 9.656/1998).

Segundo SUNDFELD (2002), a opção por regulação setorial parte do pressuposto da reserva de mercado e, para criá-la, é preciso eleger critério para identificar e isolar o setor. No caso da saúde suplementar, o mercado é determinado pelo produto que nele se opera: os planos privados de assistência à saúde, cujas características estão delineadas no marco regulatório (art. 1º, I e § 1º da Lei nº 9.656/1998)²⁸, o que inclui o seguro ou qualquer outra nomenclatura que se lhe atribui. Esse é o escopo de regulação da ANS, que se realiza mediante processos de regulamentação e supervisão dessas atividades.

Ainda segundo SUNDFELD (2002), o sujeito principal da regulação é quem atua como agente do mercado regulado, e são sujeitos secundários os demais atores envolvidos nas relações jurídicas inerentes a seu funcionamento. Nesse sentido, o agente principal da regulação, no Mercado de Saúde Suplementar, são as operadoras de planos de assistência à saúde, pelo que figuram como agentes secundários os consumidores e provedores de serviço. Sublinhe-se que é sobre operadoras que incide a ação da ANS, uma vez que o alvo da regulação está na intermediação da provisão da atenção à saúde, e não nos serviços assistenciais em si.

Vale dizer que a relação econômica entre o prestador de serviço e a operadora também não é objeto de regulação pela ANS, à exceção dos assuntos que afetam a manutenção e qualidade da assistência à saúde. São os casos de monitoramento da rede assistencial, bem como as regras incidentes diretamente sobre o prestador de serviço (art. 18 da Lei nº 9.656/1998), que vedam a discriminação no atendimento e determinam critérios de preferência em função da necessidade do consumidor (idoso, gestante, casos de urgência e emergência).

²⁸ “Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

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

[...]

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.”

Exame do marco regulatório da saúde suplementar permite inferir que os objetivos da regulação se desdobram em três níveis: (i) na regulação prudencial, que se realiza pelo controle da capacidade econômico-financeira das operadoras, inclusive com a adoção de medidas saneadoras, por intermédio dos chamados regimes especiais, com vistas a preservar a estabilidade do mercado e, com isso, a manutenção dos serviços de assistência à saúde; (ii) na regulação econômica, que visa à correção das falhas de mercado, o que se faz pelo controle da assimetria de informações e pelo monitoramento dos aspectos concorrenciais; e (iii) na regulação consumerista, que se volta à proteção dos direitos dos consumidores de serviços privados de assistência à saúde, pela imposição de limites à liberdade contratual e pela fiscalização das práticas do mercado, para compatibilizá-las com as exigências ditadas pela regulamentação, inclusive no que concerne à oferta e publicidade dos produtos (SUNDFELD, 2002).

Visto sob outro ângulo, também é possível verificar que o marco regulatório, em especial a Lei nº 9.656/1998, delineou a regulação sob três aspectos principais: (i) o estrutural, com a fixação de regras de inserção da operadora no setor, exigência de autorização de funcionamento da operadora e para a operação do produto, envio de dados cadastrais, classificação da operadora e segmentação do produto e aplicação de sanções administrativas; (ii) o econômico-financeiro, ao estabelecer normas relativas à solvência e liquidez das operadoras, com exigências de planos de contas, garantias financeiras, provisões técnicas, bem como a responsabilização dos representantes e administradores da operadora por má gestão; e (iii) o assistencial, disciplinando a cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais (GOUVEIA, 2004).

Para regulamentar o setor, o Regimento Interno da ANS²⁹ prevê que os atos deliberativos de alcance externo da Diretoria Colegiada se dêem por: (i) Resolução Normativa - RN, destinada a regulamentar a implementação da política de saúde suplementar e a prestação dos serviços de assistência à saúde; (ii) Resolução Normativa Conjunta – RNC, para designar ato normativo elaborado em conjunto entre a ANS e um ou mais órgãos ou entidades externos; (iii) Resolução Operacional - RO, para decisões com o fim de implementar ações ou procedimentos operacionais previstos na regra abstrata da regulamentação; (iv) Súmula

²⁹ (i) cf. art. 86 da Resolução Normativa - RN nº 197, de 16 de julho de 2009 (e alterações posteriores). As normas editadas pela ANS encontram-se disponíveis no *site* da ANS, no endereço <http://www.ans.gov.br>; (ii) não foram mencionados os atos administrativos relativos à matéria de economia interna da ANS; (iii) a moldura regimental definida até a RDC nº 95, de 30/12/2002, previa a edição de Resoluções de Diretoria Colegiada – RDC para tratar das matérias objeto de RN e RO.

Normativa, direcionada à interpretação da legislação aplicável à saúde suplementar; (v) Ata, para consignar deliberações tomadas nas reuniões do Colegiado; (vi) Comunicado, para manifestar decisão colegiada na análise de casos concretos; e (vii) Despacho, voltada para tomada de decisão sobre processos de adequação econômico-financeira, de ajuste de conduta, de resposta a requerimentos ou recursos de terceiros e outros assuntos.

Desde a criação da ANS foram normatizados aspectos de funcionamento do Mercado de Saúde Suplementar, que passou a condicionar o exercício da atividade à autorização prévia pelo Estado, uniformizar os produtos oferecidos no setor e exigir garantias para a manutenção da estabilidade da operação da assistência à saúde. Buscou-se também corrigir falhas de mercado, ao restringir, de um lado, a seleção de risco por parte das operadoras, normatizando a amplitude das coberturas, bem como o controle de preços e reajustes por faixa etária e, de outro, inibir a seleção adversa por parte dos consumidores, ao definir prazos de carência e de cobertura parcial temporária, nas hipóteses de lesão ou doença preexistente.

As ações regulatórias da ANS se subordinam às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar - CONSU,³⁰ órgão interministerial com competência normativa para estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar e para fixar “as diretrizes gerais para implementação do setor”. O Conselho é formado pelos Ministros da Justiça, que o preside, da Saúde, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Entretanto, após constituída a ANS, somente foram editadas três resoluções³¹ do CONSU, tendo a competência normativa sido repassada, por delegação prevista em lei, à ANS.

Deve-se assinalar que o marco regulatório do Mercado de Saúde Suplementar interage com normas que regem outros setores. As regras previstas para o Sistema Financeiro Nacional, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso são fontes jurídicas de incidência direta sobre a regulação dos planos de assistência à saúde, seja por previsão legal expressa na própria Lei nº 9.656/1998, seja por remissão em leis posteriores. O mesmo já não ocorre com as diretrizes definidas para as políticas de assistência à saúde definidas para o SUS. Afora a matéria afeta ao ressarcimento, não há previsão legal de pontos de convergência com normas sobre o sistema de saúde definidas pela Constituição de 1988 e a LOS. Aponta BAHIA (2001), que a base legal que disciplina o Mercado de Saúde Suplementar foi projetada

³⁰ A composição do CONSU está definida no Decreto nº 4.044, de 6/12/2001.

³¹ A Resolução CONSU nº 1/2000, dispõe sobre as sanções administrativas e delega competência à ANS, a Resolução CONSU nº 2/2000, aprova o contrato de gestão a ser celebrado entre a ANS e o Ministério da Saúde e, com esse mesmo objetivo, a Resolução CONSU nº 2/2002.

para a adoção de instrumentos regulatórios de bases conceituais mais voltadas para a lógica de mercado, distintas, pois, dos fundamentos definidos para o SUS.

A articulação com o SUS vem sendo construída apenas à conta da disposição dos gestores no interior da burocracia. Exemplo disso são o Padrão para Troca de Informação de Saúde Suplementar – TISS, que tem por tem por diretriz a interoperabilidade entre sistemas de informação em saúde da ANS e do Ministério da Saúde, bem como a participação da ANS na Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde³².

2.3 Direito à saúde: Estado e mercado no banco dos réus

A Constituição de 1988, como já se disse, inaugura novo tempo na proteção dos direitos fundamentais. Consagrou, já em seu primeiro artigo, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como premissas do Estado Democrático de Direito e, com efeito, norte das relações entre Estado, mercado e sociedade. Para tanto, definiu como objetivo programático o desenvolvimento nacional atrelado à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais, o que impõe a todos o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Tais fundamentos devem irradiar as ações do Estado e dos mercados.

SILVA (2008: 122) se refere ao princípio da justiça social como compromisso do Estado Democrático de Direito, que repousa tanto sobre a ordem econômica, quanto a social, tal como expresso no Texto Constitucional (arts. 170 e 193). Adverte, porém, que não há promessa para transição ao socialismo “mediante a realização da democracia econômica, social e cultural”, mas a ela se abre “timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica”.

A livre iniciativa e a valorização do trabalho humano estão conectadas como vigas mestras da ordem econômica e, de igual sorte, a propriedade privada está condicionada ao exercício de sua função social, à livre concorrência e à defesa do consumidor. Depreende-se, de pronto, a opção pelo capitalismo como veio condutor da economia, mas não sem a contrapartida social do *welfare*. O processo produtivo deve, pois, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo isso o que vige na ordem constitucional.

³² (i) Cf. Portaria GM/MS 3.323, de 21/12/2006; (ii) a alteração do Regimento Interno da ANS pela RN nº 366, de 15/12/2014, traz atribuições que indicam maior articulação com o SUS (art. 23).

Nesse desiderato, a Carta Política alçou os direitos sociais a patamar de garantia fundamental, uma vez que, ao lado dos direitos civis e políticos, conferem plenitude ao sentido de cidadania (MARSHALL, 1967b). BOBBIO (2004) inclui os direitos sociais entre os nascidos em segunda geração, assim entendidos não em hierarquia, mas como salto qualitativo para nova dimensão de direitos fundamentais. Historicamente seguem à conquista dos direitos de liberdade, neles os civis e políticos, que correspondem à contenção do poder estatal contra o indivíduo, para passar a reclamar a intervenção em seu favor.

Fruto das revoluções liberais, a primeira geração de direitos se realiza pela negação do Estado absoluto, o que veio a favorecer o desenvolvimento da economia, notadamente do capitalismo industrial. O absentismo estatal, próprio do liberalismo, dá ensejo às mazelas decorrentes da opressão do trabalho pelo capital, em que a classe operária é formalmente livre, mas não dispõe de meios materiais de fruir dessa liberdade. Daí a necessidade de o Estado racionalizar a vida econômica, como forma de promover a justiça e o bem-estar social. Se a primeira geração de direitos se realiza por meio da abstenção do Estado, a segunda dele exige prestação positiva, como forma de reduzir a desigualdade. É sob a demanda de se assegurar a liberdade inspirada no *freedom from want*³³ do *New Deal*, não mais clássica e formal, mas efetiva e concreta, que afloram os direitos sociais, econômicos e culturais, rotulados genericamente como direitos sociais, na pauta das garantias fundamentais oponíveis ao Estado (MENDES *et al.*, 2008). Segundo BOBBIO (2004: 32), estão presentes novos valores, como os de bem-estar e de igualdade material, a que se pode chamar de “liberdade por meio do Estado”.

Também da economia capitalista e do desenvolvimento industrial deriva o clamor pela proteção ao consumidor. Vive-se desde o fim da Segunda Grande Guerra em sociedade de consumo, em que o modelo de produção fordista e a demanda em escala crescente foram vetores para a massificação dos contratos. O dogma autonomia da vontade nos pactos de fundamentos liberais cedeu, assim, espaço à imposição do poder econômico e, com efeito, à iniquidade da relação contratual. O consumidor, com efeito, é aquele que não dispõe do controle da produção do bem ou serviço que lhe é destinado, de modo a se tornar refém das condições fixadas pelos fornecedores. Sob esse aspecto, a situação de hipossuficiência do consumidor se equipara à da classe trabalhadora (FILOMENO, 2001).

³³ Compreendida como a liberdade ao homem das necessidades econômicas, devendo ser garantida a todos os habitantes. Esse conceito foi incorporado à Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, ao reconhecer as prestações da seguridade social como garantias da dignidade do homem.

O direito do consumidor vem, assim, na esteira da terceira geração de direitos fundamentais que, visto sob a ótica da coletividade, visam proteger as relações em contexto de sociedade de massa, organizada e inserida em ambiente de densa urbanização e crescente desenvolvimento tecnológico. Tal como nos direitos sociais, o direito do consumidor invoca a interferência do Estado, a fim de corrigir desequilíbrios de poder econômico e proteger vulneráveis.

Ao classificar as funções dos direitos fundamentais, CANOTILHO (2003) identifica a função de prestação social, que remete ao direito de a sociedade obter algo por intermédio do Estado. Nela se qualifica o direito social. De outro naípe, tem-se a função de proteção perante terceiros, que remete ao Estado o dever de proteger os titulares dos direitos fundamentais diante de lesão ou ameaça por outrem. No caso do direito do consumidor, esse direito é oponível ao detentor dos meios de produção de bens ou serviços. Refere-se, aí, aos mercados.

A defesa do consumidor, portanto, guarda relação direta com o modo de produção capitalista, em que a interferência do Estado no domínio econômico tem por objetivo mitigar efeitos deletérios das relações de consumo. Para NERY JR (1992: 47) “a defesa do consumidor é instrumento da livre iniciativa e só existe em países de economia de mercado. As economias estatizadas não se coadunam com a defesa do consumidor”.

No campo da saúde, não se duvida se tratar de direito fundamental intimamente vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Internacionalmente guindada ao elenco dos direitos humanos, a saúde é expressamente prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁴. Com efeito, esse direito traz em seu bojo não só dimensão social, inserido como item da cesta de proteção social a ser assegurado pelo Estado, mas também natureza subjetiva, pela defesa contra riscos e práticas nocivas à saúde. Nesse sentir, TRETTEL (2010) cita SARLET (2007) e ALEXY (2007), para afirmar que a saúde comporta duas faces de direito fundamental: positiva e negativa. Ambas demandam a atuação do Estado, de um lado, pela prestação concreta de ações e serviços e, de outro, pela intervenção estatal para a salvaguarda desse direito.

Vale dizer que, ao cuidar do direito à saúde, particularmente aos serviços de assistência à saúde, a Constituição de 1988 não fez nítida distinção sobre regimes público e privado na forma de provisão, para associá-lo ao direito fundamental à vida e à dignidade da

³⁴ “Art. 25(1). Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

pessoa humana. SANTOS (1997: 256) confere esse sentido para a interpretação da expressão “relevância pública” a que se refere o art. 197, pelo que “todos devem alcançar os mesmos objetivos: proteger, promover e recuperar a saúde do cidadão, bem humano fundamental, protegido pela Constituição, ainda que alguns sejam públicos e outros privados: todos devem proteger a vida humana”.

Sem embargo, identificar se o direito à saúde pode se inserir na categoria de direito social ou do consumidor é resposta que requer o exame da dimensão jurídica dos vínculos de proteção social que se estabelecem na correlação Estado, mercado e sociedade.

2.3.1 Saúde como Direito Social

Os direitos sociais, na atual Constituição, são tratados como direitos irrenunciáveis e irredutíveis, de modo que a legislação, ou mesmo a própria emenda constitucional, não é capaz de lhes subtrair a força normativa, sob pena de vício de inconstitucionalidade. Vistos como extensão dos direitos e garantias individuais, estão sob o abrigo da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV)³⁵.

Na finalidade de atender às necessidades do homem concreto, os direitos sociais se reputam medidas redutoras de desigualdades. É papel do Estado, nesse aspecto, garantir piso mínimo indispensável a conferir dignidade à pessoa humana que, na condição de cidadã, é titular de direitos subjetivos de exigir a prestação estatal. Segundo FLEURY (2010: 13), direitos sociais enunciam “as práticas legais que tipificam o Estado de bem-estar social”.

A Lei Fundamental enuncia como direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º). A saúde é erigida, assim, a direito social irrenunciável e intangível na ordem constitucional. Além de integrar Título dedicado à Ordem Social, o tema saúde percorre diversos pontos da Carta Constitucional, inclusive no âmbito das relações de trabalho (art.7º, XXII).

³⁵ Cite-se, a título de ilustração, entendimento do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, que pretendeu fixar teto para o salário-maternidade pago como benefício previdenciário, por ofensa ao direito social de proteção à maternidade e à licença à gestante sem prejuízo do salário, garantidos nos arts. 6º e 7º, XVIII da Constituição de 1988. (ADIn nº 1946-5, Rel. Min. Sidney Sanches, decisão unânime, julgado em 29/04/1999).

As diretrizes para a condução das políticas de saúde passam a envolver todas as esferas de governo. A Constituição cuidou de fixar competências administrativas comuns e normativas concorrentes para a União, Estados e Municípios, com vistas a dar consecução às políticas públicas de saúde (arts. 23, II e 24, XII), figurando o Município como principal responsável pela provisão das ações e serviços de atenção à saúde (arts 30, VII; e 198, I).

Dita também sua forma de financiamento (arts. 165, III; 167, IV; 195; 198, §§ 1º ao 3º; e 212, § 4º) e, aliado ao paradigma da redução de desigualdades, determina a adoção de programas particularmente voltados para crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência (arts. 208, VII; e 227, §1º).

Sem embargo, é a determinação constitucional do artigo 196 que inscreve a saúde como direito de todo o cidadão oponível ao Estado, a que é incumbido de adotar políticas públicas para lhe dar fiel consecução. As ações e serviços de saúde devem proporcionar, pois, o acesso universal, com vistas à redução de desigualdades e, com efeito, proporcionar a liberdade material que configura os direitos fundamentais de segunda geração.

A amplitude semântica do direito à saúde é analisada por SANTOS (2010). Entende a autora ser importante fazer distinção entre os campos de atuação estatal para assegurar esse direito. Em primeiro plano está a execução de políticas sociais e econômicas que influenciem fatores determinantes e condicionantes da saúde, assim considerada a satisfação das necessidades de saúde física, mental, psicológica, moral e social. Nesse aspecto estariam, entre tantos outros, os programas de saneamento, habitação, segurança alimentar, educação, transporte, renda e previdência. Afinal, a organização sócio-econômica de um país se reflete sobre os níveis de saúde de sua população. Em segundo, procura conceber o direito à saúde no espaço delimitado ao campo de atuação do SUS, cuja função constitucional é executar conjunto de ações e serviços públicos com vistas à promoção, proteção e recuperação da saúde. É este o ponto que aqui interessa tratar.

Entende CANOTILHO (2003) que os direitos fundamentais sociais têm dimensão objetiva juridicamente vinculada ao Estado, no sentido de obrigá-lo a adotar políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições, serviços ou fornecimento de prestações. Com efeito, o direito à saúde de que trata a Constituição de 1988 postula a organização de rede de serviços, de natureza pública, para satisfazer, ao menos, o indispensável para assegurar o direito à vida e à dignidade ao cidadão, sem a possibilidade de qualquer distinção.

Nessa toada, lembra BARROSO (2015: 255) que o direito é produto da criação humana que descreve algo preexistente. Dessa feita, cumpre ao Estado dar cumprimento aos comandos constitucionais em toda extensão possível e somente pode deixar de fazê-lo diante

de sua inadequação. A efetividade da norma “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”.

Em contraste com os direitos fundamentais individuais, exigíveis do Estado por sua abstenção ou pela proteção do bem jurídico violado por terceiros, os direitos sociais têm espectro coletivo e dependem de prestação positiva mediante a adoção de políticas públicas. A efetivação do direito social à saúde está, assim, imbricada em variáveis de ordem material, externas à letra da norma jurídica, dentre as quais, a existência de recursos públicos, o comportamento dos *police makers* e o controle da sociedade.

MOREIRA NETO (2008: 58), compreende políticas públicas como “complexo de processos que, partindo da formulação de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo planejamento, orçamento e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado”. Daí que a implementação de políticas públicas que dêem corpo ao direito à saúde irá depender de arranjos complexos, na medida em que devem integrar conteúdo normativo e atuação político-administrativa dos organismos de governo.

A norma em si responde apenas por parte da efetivação do direito, dado que reproduz a formulação da política pública. Já sua implementação passa por processos de planejamento, orçamento e execução, etapas sensíveis à pressão de diferentes grupos de interesse na definição de prioridades no uso de recursos públicos, a rigor escassos para viabilizá-los e, como acentuam MENDES *et al* (2008: 711), “perversamente reduzidos onde maior é sua necessidade, ou seja, naqueles países pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento”.

Para além de questões econômicas, a efetivação do direito à saúde enfrenta desafios de ordem político-administrativa. AITH (2010) arrola, além do financiamento público para as ações e serviços de saúde, nele incluído o impacto da judicialização da saúde sobre os orçamentos; os entraves na articulação entre as esferas federativas; o debate sobre a terceirização dos serviços; a articulação entre vigilância sanitária e atenção à saúde; e as dificuldades de realização de políticas intersetoriais. Neste último cabe incluir a articulação com a regulação da saúde suplementar, pois a envergadura desse mercado já impede que se ignore sua participação nas políticas de saúde do país.

Ressalta o autor que até mesmo no âmbito da legislação, há obstáculos jurídicos a ser enfrentados para a efetivação do direito à saúde. O primeiro deles é o caleidoscópio de leis, decretos, portarias, resoluções e outros textos normativos que se imbricam no ordenamento do sistema brasileiro de saúde. Adverte AITH (2010: 233) que “a quantidade de normas exaradas

pelo Ministério da Saúde, pelos secretários de Saúde e pelas agências reguladoras é simplesmente atordoante”. A isso se alie a premência da ampliação da participação popular na produção normativa em saúde, a fim de “legitimar o direito sanitário como vocalizador dos anseios do povo soberano”.

2.3.2 Saúde como Direito do Consumidor

Postos em relevo os direitos fundamentais da pessoa humana, a ordem constitucional se pauta no primado da dignidade e da igualdade material. Isso autoriza o Estado a intervir nas relações entre agentes econômicos, com vistas a harmonizar, quando não submeter, o ordenamento jurídico com esses princípios. Assim, a noção liberal de propriedade privada e livre iniciativa deixou de repousar sobre os atos e negócios jurídicos privados.

No campo da teoria dos contratos, observa-se que a massificação das relações contratuais reclamou a ingerência do Estado para limitar a autonomia da vontade, sem, no entanto, aniquilá-la. O contrato deixa de ser visto como apenas instrumento jurídico, com fins econômicos, em que a vontade dos contratantes é a única fonte propulsora. Assim como a propriedade deve exercer função social, seu conteúdo passa a incorporar a concepção de justiça e de utilidade, exigindo-se responsabilidade social de seus atores, que devem agir de boa-fé. O equilíbrio econômico entre contratantes passa a ser o epicentro da estabilidade da relação contratual e a justiça contratual se expressa pela equivalência das prestações de parte a parte (MARQUES, 2006).

É sob essa perspectiva que o direito do consumidor foi guindado, na Constituição de 1988, à garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXII), sendo sua defesa vetor da ordem econômica (art. 170, V) e sua promoção, responsabilidade do Estado (art. 24, VIII). Por integrar o rol dos direitos fundamentais, a proteção e defesa do consumidor também recebeu tratamento constitucional como direito irrenunciável e irredutível, considerado, pois, cláusula pétrea.

Verifica-se, ainda, ordem constitucional expressa para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT), que culminou na edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, norma principiológica e de raiz constitucional, que, por isso, irradia sobre toda a interpretação jurídica das relações de consumo (GREGORI, 2011).

Como se extrai da leitura de seu primeiro artigo, o Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de interesse social. Defendem GRINOVER *et al* (1999) que esse Código representa microsistema jurídico voltado para reger toda a relação de consumo, de forma autônoma. Logo, ainda que haja lei específica para disciplinar dada atividade econômica, prevalecerá a principiologia nele estabelecida. Constitui, assim, conjunto sistêmico de normas cogentes, com a função social de intervir nos negócios de consumo, a fim de trazer sociedade e mercados a ambiente de harmonia e respeito nas relações jurídicas (MARQUES, 2006; GREGORI, 2011).

Ao contrário do que possa parecer, o direito do consumidor não visa proteger apenas uma categoria social. Na qualidade de direito fundamental de terceira geração, mais do que assegurar direitos individuais do consumidor, visa abranger precipuamente direitos da coletividade, eis que hoje se vive em sociedade de consumo. Como ressalta SANTOS (2010), “neste mundo globalizado, tudo é consumível: bens, utilidades, conhecimento, saúde, educação, segurança, previdência social. O próprio direito à saúde, à educação, ao meio ambiente sadio – tudo pode ser mercadoria”.

O eixo central do Código de Defesa do Consumidor é, pois, a relação de consumo, compreendida como vínculo negocial entre dois agentes de mercado, consumidor e fornecedor, em torno da transação de bens ou serviços. Considera-se consumidor o destinatário final do produto, ao passo que fornecedor é todo aquele que exerce atividade econômica para consumo. Para GREGORI (2011), a indeterminação, no Código, de conceitos jurídicos, é intencional e tem a finalidade de lhes conferir a maior amplitude possível. A especificação de consumidor, fornecedor e relação de consumo foi, então, deixada ao crivo do operador do Direito.

No Mercado de Saúde Suplementar, a relação de consumo se configura quando pessoa jurídica e consumidor celebram contrato, cujo objeto é a prestação de serviços de assistência à saúde sob o arranjo de plano privado, para um ou mais beneficiários. As características dessa operação são objeto do quarto capítulo.

Interessante observar que a operação de plano de assistência à saúde é tratada como produto de consumo. Vê-se a menção expressa no art. 35-G³⁶ da Lei nº 9.656/1998 à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como fonte subsidiária.

³⁶ “Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”.

Volta-se a remarcar que a leitura fria dos artigos 197 e 199 da Constituição de 1988 conduz à afirmação de que ficou autorizada a execução de ações e serviços em saúde pela iniciativa privada, em parceria ou paralelo ao Poder Público. Não há, portanto, reserva constitucional sobre a prestação dos serviços de assistência à saúde. Sem embargo, cabe ao Estado sua regulamentação, fiscalização e controle, por se tratar de questão de relevância pública. Essa é a posição de boa parte da literatura consumeirista (MARQUES *et al*, 1999; TRETTEL, 2010; ANDRIGHI, 2011; GREGORI, 2011).

O plano de assistência à saúde se configura, assim, como contrato típico de relação de consumo. Dentre suas características, convém destacar as que limitam o poder econômico dos consumidores, quais sejam, a padronização de suas cláusulas e a relação de catividade.

A massificação do consumo levou, nas últimas décadas, a confecção de peças contratuais em larga escala, de modo que se retirou do consumidor a prerrogativa de negociar o pacto contratual. É o que se convencionou chamar de contrato de adesão, sendo essa a natureza dos planos de assistência à saúde disponíveis no mercado, por congregarem cláusulas prévia e unilateralmente elaboradas.

Ainda que definido prazo de vigência, o contrato de plano de assistência à saúde tem renovação automática³⁷ e, por isso, é considerado contrato de trato sucessivo, pois sua duração pode durar por longo período. Tais arranjos são classificados, no direito do consumidor, como contratos cativos. Segundo MARQUES (2006) criam relações jurídicas complexas de longa duração, que envolve cadeia de fornecedores organizados entre si, mantendo, desse modo, o consumidor em posição cativa ou dependente. Esse é especialmente o caso da operação de planos de assistência à saúde, que visa “assegurar para o consumidor o tratamento de ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários” (MARQUES *et al*, 1999: 117).

Com efeito, uma vez submetidos à lógica do direito do consumidor, os serviços de assistência à saúde oferecidos no Mercado de Saúde Suplementar devem se submeter a seus princípios fundamentais, notadamente a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana e a igualdade material. Sob a ótica consumeirista, nessa operação, o valor da vida se sobrepuja ao econômico.

³⁷ “Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.” (Lei nº 9.656/1998)

2.4 Em síntese: nem todos os caminhos levam à Roma

A Constituição de 1988 buscou coroar a opção pelo *welfare* ao remodelar a concepção de seguridade social como forma de integrar ações coordenadas de previdência, assistência e saúde. No entanto, o ranço de regimes de governo autoritários e a ausência de anteprojeto constitucional, associados à ampla coalização de diferentes linhas ideológicas para sustentar a transição democrática, foram entraves à formação de consensos na ANC. Disso resultou Texto mais abrangente e, no campo da saúde, a indeterminação do tipo de modelo de proteção que se visava estabelecer. Tais amarras poderiam, entretanto, ser feitas na legislação reitora do SUS, o que não ocorreu. Nada se fez e, de lá para cá, nada mudou.

Cumprir reconhecer que a condução da Reforma esteve centralizada no aparelho burocrático. A estratégia dos reformistas de ocupar cargos no interior da máquina estatal, a divisão interna de forças e a falta de mobilização de classe, em especial a trabalhadora, deram a tônica da dificuldade de fazer valer a pauta da VIII Conferência. Acrescente-se que acanhado foi envolvimento dos partidos políticos na defesa da proposta do movimento sanitário, destacando-se ser o parlamento o principal ator na promoção de mudanças políticas.

Em conseqüência, a proposta de definição sobre o sistema nacional de saúde não reflete a legitimidade da sustentação popular, institucionalizada na representação por partido político imbuído da defesa do SUS. O que se observa, nesse sentir, é o acanhamento do Legislativo na definição da política de saúde antes e depois da Constituição de 1988, o que permitiu ao Executivo conduzir, a seu talante, a consolidação do sistema.

O movimento da Reforma Sanitária não logrou êxito em assentar o elemento central para a universalização dos serviços de saúde, que seria estatizar suas ações e serviços. O espaço deixado, na Carta de 1988, para a participação do setor privado permitiu a manutenção de sistema dual no âmbito da atenção à saúde, pela expressão “relevância pública”, negociada na ANC em substituição à “natureza pública”. Talvez não pudesse ser diferente, pois a arquitetura constitucional do sistema de saúde brasileiro, de um lado universalista e, de outro, focalizada, espelha a trajetória que a medicina projetou nos últimos sessenta anos, inviabilizando qualquer ruptura radical com os velhos estamentos, como se verá no quarto capítulo.

Vale dizer que o Estado é o natural regulador do setor privado, seja o prestador de serviço dependente do SUS, seja o Mercado de Saúde Suplementar autônomo. Detém o poder estatal e econômico de conduzir a política de saúde de acordo com os anseios da sociedade,

não só por ser de sua própria essência o papel de condicionar e normatizar a atividade econômica, mas por ser o maior comprador de serviços de assistência à saúde.

No entanto, complexa, difusa e desordenada é a produção legislativa sobre saúde. Esse arabesco de atos normativos reflete a falta de organicidade jurídico-institucional, máxime em função da descentralização da atenção à saúde para os Municípios, que acabou por multiplicar o poder decisório em quase seis mil instâncias. Caberia, nesse contexto, à LOS estabelecer as linhas mestras da estruturação do SUS, o que não foi feito ainda que passados mais de vinte anos da queda do Governo Collor. A tentativa de regulamentação do SUS só ocorreu em 2011, mediante decreto, cujo conteúdo poderia ter integrado a própria lei. Em outro polo, vê-se que a regulação do Mercado de Saúde Suplementar tratou de minudenciar características e critérios da operação dos planos de assistência à saúde.

Na saúde, não se observa qualquer racionalidade no trato jurídico dos assuntos que se pretende disciplinar. Difusas são as fronteiras do que seria matéria de lei, decreto, portarias, resoluções e outros atos normativos. De tudo, certo é que a opção política negociada e legitimada pelo sistema representativo está na lei formal. É dela que derivam obrigações para Estado, mercado e sociedade. Tudo mais é consequência da política pública formulada na lei.

Com efeito, a ausência de estrutura lógica no ordenamento jurídico sobre o setor-saúde traz implicações para a própria concepção do direito à saúde, que pode se dirigir tanto no sentido do direito social, como no do direito do consumidor. Assim é que o exame da articulação entre Estado, mercado e sociedade se põe como fator relevante para se verificar que modelo de proteção social se elegeu, o que será objeto do capítulo a seguir.

3 TRÊS MUNDOS DA PROTEÇÃO SOCIAL

Nothing will come of nothing.

W. Shakespeare
(King Lear, Act 1, Scene 1)

A conformação de sistemas de proteção social de um país é determinada segundo feixe de fatores históricos, políticos, sociais, econômicos e culturais que, em conjunto, expressam variantes quanto à amplitude do acesso e ao padrão de cobertura. De igual modo, indicam a correlação entre público e privado na responsabilidade pelos serviços.

O desenho do sistema nacional de saúde e, com efeito, a medida do direito à saúde, dá-se de acordo com o modelo de proteção social adotado, cujas características vêm da articulação entre sociedade, mercado e Estado no financiamento e na provisão dos serviços para seus cidadãos. Com efeito, a análise da estrutura e organização do sistema de saúde de qualquer país passa pela compreensão da instituição conhecida por *welfare*, sua origem, desenvolvimento e trajetórias. Para tanto, faz-se necessário traçar alguma aproximação conceitual sobre o tema.

3.1 *Welfare* e proteção social: nomes, origem e trajetória

O conceito de *welfare* não é unívoco, pelo que as interpretações sobre sua origem e dinâmica variam segundo diferentes linhas de abordagem analítica. Aponta ARRETICHE (1996: 2) que “são muito variadas, em diversidade e grau de refinamento, as categorias analíticas e os indicadores utilizados pelos autores, entre si e ao longo do tempo”. Do mesmo modo há quem faça a distinção do *welfare* para explicitar ser este o padrão ou regime em que se dá a proteção social (DRAIBE, 1989; VIANNA, 1998; VIANA, 2003; COHN, 2006). De toda sorte, *welfare* e proteção social apresentam-se aqui como sinônimos, uma vez que suas nuances são despididas ao escopo deste estudo. O que interessa para o momento é traçar breve exame da articulação entre Estado, mercado e sociedade na provisão de bens e serviços no campo da proteção contra riscos sociais. Em outras palavras, se a responsabilidade recai, em um extremo, sobre o indivíduo-família ou, em outro, sobre todo o corpo da sociedade e, neste caso, como atributo do direito de cidadania.

Nesse sentir, pode-se dizer, a grosso modo, que essa forma de organização político-social atribuiu ao Estado, nos países capitalistas desenvolvidos, função mais interventiva sobre a economia, pelo financiamento público de padrões mínimos de seguridade social, renda, saúde e educação, com *status* de direito social.

No cenário mundial, suas raízes estão nas reformas realizadas por Bismarck na unificação alemã dos anos 1880, mas com impulso após a Grande Depressão, quando o liberalismo encontrou obstáculos já no fim da Primeira Guerra Mundial e no *crash* de 1929. A partir daí, tomava força o discurso social da cidadania, mais identificado com o valor da igualdade, em contraponto à exploração econômica. A crise confirmou a iminência de uma intervenção estatal tonificante, na linha proposta por Keynes. Assim é que transformações trazidas pela Revolução Bolchevique, inspirada pelas teorias marxistas, e pela Constituição de Weimar, levaram as primeiras décadas do século XX a exibir um Estado identificado como agente de processos transformadores e organizado em função da sociedade, e não mais do indivíduo.

A Segunda Grande Guerra agudiza esse processo, em particular nos países europeus. Da experiência amarga do pós-Guerra a sociedade tomou repúdio a qualquer concepção de ordem jurídica que fosse indiferente à dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Emergiu, assim, a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, dilacerados pelos operadores do nazi-fascismo. Consolidava-se a ideia do Estado Social, que também recebeu a denominação de *Welfare-State*, Estado do bem-estar, interventor ou provedor, que teve no Plano Beveridge, na Inglaterra dos anos 1940, seu precursor (MARSHALL, 1967a; ROSANVALLON, 1997). Estruturaram-se os direitos sociais, notadamente no campo do emprego e das condições de trabalho, bem como das garantias à previdência, à saúde e à educação, impulsionados, já nessa fase, pelos direitos de segunda dimensão, em que a promoção da igualdade efetiva é princípio norteador das políticas públicas, como já dito. Segundo ESPING-ANDERSEN (1991), é no pós-Guerra que o *welfare* se consolida como modelo decorrente da social-democracia presente nas economias capitalistas avançadas.

Sob a ótica econômica, esse mesmo período converge para a expansão da produção capitalista e, com efeito, para a massificação de seus riscos, por força da industrialização e do deslocamento do ambiente do trabalho para o espaço urbano, acentuando conflitos de classe em decorrência do agravamento dos desníveis sociais. “A consolidação da fábrica como núcleo central da atividade produtiva implica transformação radical das sociedades, transformação esta que determina o surgimento de novos mecanismos de garantia da coesão e integração sociais” (ARRETICHE, 1996: 8).

A contrapartida foi a necessidade do desenvolvimento de sistemas de proteção social que, na conjuntura europeia, deu-se de modo fortemente estatizado. Nesse contexto, a concepção de seguro social cede espaço à ideia de segurança ou seguridade, que congrega cesta de serviços compensatórios, sob gestão e financiamento públicos, para atender a demandas não abrigadas pela via da remuneração salarial. O *welfare* opera, assim, como esforço redistributivo de efeito pós-mercado, a fim de reduzir as desigualdades nele geradas, função esta mais apropriada ao Estado, uma vez que a lógica de mercado não consegue prover quem esteja a sua margem. Representa, em esforço compensatório, a paga pelo desenvolvimento industrial. (ESPING-ANDERSEN, 1991; ARRETICHE, 1996; VIANNA, 1998).

Segundo ESPING-ANDERSEN (1991), o controle político do Estado conduz tanto o poder dos trabalhadores, quanto dos capitalistas. Ao regular o chamado “compromisso de classe”, o *welfare* legitima a propriedade privada dos meios de produção em troca de instituições políticas que permitam aos representantes dos trabalhadores administrar parte da economia.

Já no plano político, advoga MARSHALL (1967b) que o fundamento do *welfare* guarda estreita relação com a construção da cidadania, que se deu pela instituição dos direitos sociais, na sequência da incorporação sucessiva dos direitos civis e políticos nos Séculos XVIII, XIX e XX. É a ampliação do conjunto de direitos, sob a tutela do Estado, que dá ensejo ao *Welfare-State*. O fundamento do *welfare* está, assim, atrelado à própria formação dos Estados nacionais modernos e à ascensão das democracias de massa, ante a reivindicação pelos direitos inerentes à cidadania, que vai das liberdades individuais, passa pela participação na vida política e chega à garantia de proteção econômica contra riscos e incertezas – antes a cargo da proteção aleatória da família e da caridade religiosa – que assume regularidade pela providência estatal.

Na interpretação de VIANNA (1998), o pressuposto básico da efetividade da cidadania passa pela ampliação da medida de igualdade, representada na ideia de solidariedade social. O *welfare* se põe, assim, como a contraface do Estado para garantir a primazia de regras universais sobre particularismos. É a esfera pública, assim, a instância capaz de traduzir a dimensão inclusiva em uma sociedade de classes, e somente o Estado pode ser seu guardião.

Também observa DRAIBE (1989: 21) que o *welfare* se constitui pela transformação do próprio Estado, em termos de estrutura, funções e legitimidade. De garantidor da segurança externa, da liberdade econômica e da ordem interna, o Estado passa ser o distribuidor de encargos e vantagens sociais. “Nesse sentido, o *Welfare* não é apenas uma resposta à igualdade sócio-econômica, mas também uma resposta à segurança sócio-econômica”.

As limitações para a definição das políticas estatais, sem embargo, são observadas por OFFE e O'CONNOR (*apud* ARRETCHÉ, 1996) sob o prisma institucional. Tomando-se por premissa a dependência estrutural da reprodução ampliada do capital, dado que os recursos financeiros do Estado dependem do crescimento da economia, a burocracia estatal não pode deixar de pôr em conta, no processo de tomada de decisão, o fato de que sua estabilidade e expansão dependem da manutenção da acumulação do capital.

Reconhece ARRETCHÉ (1996), no entanto, haver espaço para luta de classes no interior da burocracia, que pode dar origem a programas sociais. Menciona GOUGH (1979) para assinalar que a pressão de movimentos de massa organizados, por meio do parlamento ou de forma independente, sustenta reivindicações para a prestação estatal no campo da proteção social. Assim, a morfologia dos programas adotados varia segundo diferentes formas e graus de intensidade na capacidade de pressão da classe trabalhadora.

No Pós-Guerra, o *welfare* se consolidou como aliança entre capital e trabalho, firmando-se, até os anos 1970, como peça fundamental para o crescimento sócio-econômico dos países desenvolvidos, em particular da Europa Ocidental. Ao fomentar o pleno emprego, a distribuição de renda e garantir o acesso a bens meritórios, como saúde, educação e previdência para a população, permitiu-se viver o círculo virtuoso do crescimento de renda e consumo, na Era de Ouro do Capitalismo.

3.1.1 Elvis sim, mas o *welfare* não morreu

Com o fim do acordo de *Bretton Woods*, seguido da crise do petróleo, o mundo assistiu, paulatinamente, ao aumento da inflação e da taxa de desemprego, ao envelhecimento da população, à aceleração dos fluxos migratórios, entre outros fatores que afetaram a estrutura dos sistemas de proteção social. As décadas de 1970 a 1990 foram marcadas por período em que o keynesianismo cedeu espaço a medidas de austeridade fiscal e ao neoliberalismo na condução da política econômica. A par disso, a revolução das comunicações levou à globalização da economia pela eliminação de barreiras à competição, que passou a operar em nível global. Inaugurava-se a era do capitalismo financeiro, com profundas alterações sobre a dinâmica dos mercados e das relações de trabalho.

Nessa perspectiva, o *welfare* centrado em grandes Estados se ressentiu diante do capitalismo globalizado, menos organizado e influenciado por fluxos financeiros e

especulativos. A mobilidade do capital não só gerou impactos sobre a arrecadação de tributos, como passou a se contrastar com limitações espaciais da força de trabalho, sobretudo as de menor complexidade. Desestabilizou-se, com isso, a vida profissional e familiar dos indivíduos e se mitigou o poder dos Estados no controle da economia, com reflexos sobre desemprego, precariedade laboral, pobreza e exclusão social.

Segundo KORNIS (1994), a solidariedade em que se amparava o *welfare* tinha como esteio determinado padrão de organização do trabalho, o que se desarticulou nos processos de crise e ajuste que se seguiram aos anos 1970. Os novos tempos passaram a exigir, assim, padrão de proteção social suportado não mais apenas pela folha de salários, mas por uma ou mais fontes de financiamento das políticas sociais.

No entanto, ainda em tempos de austeridade e pressão neoliberal, não se assistiu ao desmonte do *welfare* após o ciclo da Era de Ouro. Segundo VIANNA (1998), mesmo tendo passado por ajustes de recalibragem, seja por novos critérios de elegibilidade, seja por outras formas de execução, notadamente a participação do setor privado na provisão dos serviços, essas mudanças não afetaram a responsabilidade pública, pelo que permanece o compromisso.

KERSTENETZKY (2012: 64), com apoio no argumento de BARR (2001), alerta sobre o equívoco de se compreender o *welfare* como mero custo. Ao suavizar riscos e incertezas não asseguráveis privadamente, representa benefícios para as modernas economias de mercado, dada sua capacidade de aliar segurança e crescimento. Daí porque, “em face de novos riscos sociais, as razões contemporâneas para a existência do estado do bem-estar como um ‘cofrinho’ (*piggy bank*) permanecem tão ou mais importantes e urgentes que as que motivaram sua construção no pós-guerra”. Refere-se, assim, a trabalhos, como o de NULLMEIER e KAUFFMAN (2010), para constatar a ocorrência de adaptações funcionais do *welfare* tradicional, centrado na seguridade, a fim de responder a novos riscos sociais decorrentes do novo contexto sócio-econômico e político.

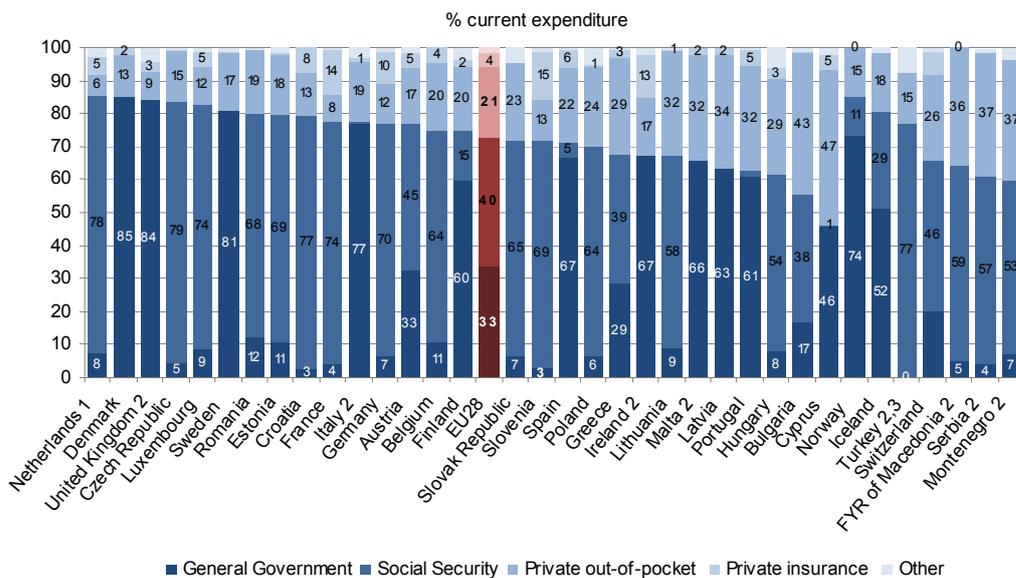
Nessa toada, avalia como erro de categoria a tese neoliberal da crise ou retração do *welfare* a partir dos anos 1970. Para tanto, apresenta estudos de autores diversos (com destaque para CASTLES, 2004; e STARKE *et al*, 2008) que demonstram que números referentes a gastos sociais, nas principais economias, não revelaram a redução da responsabilidade pública dos Estados na distribuição de recursos para redução de desigualdades e pobreza. O conjunto de indicadores analisados indicou não haver evidência de residualização ou “americanização” dos *Welfare-States* na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. A propósito, na comparação com os Estados Unidos, anota que, nos

anos 1990, a despeito de o crescimento na Europa ter sido mais lento, a maioria dos países europeus já registrava níveis de pobreza absoluta menores dos que os norte-americanos.

Em relação à presença do setor privado, assinala KERSTENETZKY (2012) que, enquanto no pós-Guerra a expansão pública foi dominante, a atual configuração do *welfare* admite parcerias público-privadas, com a redução do papel do Estado na provisão direta nos setores clássicos, que passa a concentrar esforços na regulação e no financiamento. Já em novas áreas a responsabilidade pública comparece com a provisão estatal direta.

No campo da saúde, vale trazer dados recentes da OCDE sobre o comportamento dos países europeus no compromisso com o *welfare*. Verifica-se que predomina, na política de saúde, o financiamento público, seja por arranjos da seguridade social, seja por receita provinda de tributos gerais. Na média, recursos públicos respondem por 73% do total das despesas correntes. É o que se permite extrair da leitura da composição dos gastos totais em saúde nos sistemas nacionais da Europa, conforme Gráfico 1 a seguir:

Gráfico 1 - Gastos em saúde por tipo de financiamento - 2012



1. Na Holanda não se considera a dedução fixa sobre despesas com desembolso direto, o que resulta em subestimativa da parcela privada de pagamentos por desembolso direto.
 2. Os dados se referem ao gasto total em saúde.
 3. Gastos públicos não podem ser segmentados.
- Fonte: OCDE (2014)

Decerto, foge ao escopo deste estudo traçar análise minudenciada o destino do *welfare* frente à agenda neoliberal, porque disso já cuidou RODRIGUES (2003). Busca-se apenas aqui considerar que, em linhas gerais, permanece viva essa instituição.

Parece, assim, confirmar-se a opinião de PIERSON (2001) de que o *welfare* ainda consegue manter preservadas, nos dias atuais, suas principais características. Sua variação

está vinculada à trajetória seguida pelas diferentes nações, dadas as peculiaridades sócio-econômicas, políticas e culturais de cada sociedade.

3.2 Entre Estado e mercado: modelos de proteção social

A literatura sobre a emergência e desenvolvimento do *welfare* demonstra haver elementos comuns possíveis de ser identificados na estrutura e dinâmica do modelo de proteção social dominante, em particular no que diz respeito às funções do Estado na formulação da política, na captação dos recursos e na prestação dos serviços sociais.

A compreensão dos modelos de proteção social passa pela análise do papel do Estado, do mercado e da sociedade na definição do arranjo institucional para a proteção do indivíduo pela provisão de benefícios necessários para fazer frente a situações de incerteza.

No campo da assistência à saúde, vale enfatizar que o Estado desempenha tarefa curial na regulação do sistema, em particular no tocante à definição do financiamento, dos critérios de elegibilidade e da forma em que se dá provisão e acesso aos serviços. Fundos públicos e privados se põem como intermediários entre cidadãos ou consumidores e a rede assistencial (COHN, 2006).

Distinção preliminar seria a partir de dois modelos que se orientam pela forma de o Estado captar recursos para lastrear as ações e programas de proteção social, assim como pelo grau de abrangência da população coberta (DAIN e JANOWITZER, 2006).

Em perspectiva histórica, vale dizer que o primeiro sistema de proteção se estruturou sob a forma de seguro social. Concebido pelo chanceler Otto von Bismarck, na Alemanha Imperial do fim do século XIX, tem por fundamento o mutualismo entre categoria de trabalhadores, mediante contribuição compulsória dos segurados, segundo suas atividades profissionais. Caracteriza-se por estabelecer mecanismos verticais de proteção, uma vez que destina a provisão dos serviços sociais apenas a contribuintes do sistema, de modo que àqueles que não se enquadram nessa condição resta serem assistidos pela família ou pela caridade religiosa (RODRIGUES, 2003; DAIN e JANOWITZER, 2006).

O modelo bismarkiano, precursor das políticas sociais, revelou-se originalmente instrumento de estratificação de classes e grupos sociais. Para MARSHALL (1967a: 60), o seguro social configurou a relação contratual entre segurados e Estado, o que lhe atribuía maior responsabilidade para com essa parcela da sociedade. Com efeito, o caráter obrigatório

e contratual desse sistema demarcou “a distinção entre seguro social e assistência social e contribuiu para a manutenção do sabor de vergonha que se ligava a esta última”.

O segundo modelo foi idealizado pelo economista Sir William Beveridge, que apresentou ao governo britânico relatório³⁸ com proposta de reforma da política social. Aprovado pelo Parlamento em 1946, o Plano Beveridge tinha por premissa a cobertura universal a toda sociedade pela adoção de mecanismos redistributivos, com objetivo de “assegurar, em todos os tempos, a todos os homens um mínimo de bem-estar social para si próprio e suas famílias como direito” (MARSHALL, 1967a: 101).

O modelo beveridgiano tem como fonte de financiamento os tributos gerais, pelo que o acesso aos benefícios deixa de estar condicionado à contribuição individual. A proteção social é, assim, entendida como exercício do direito, e não como benevolência estatal. Com efeito, todos são alcançados pelas ações e programas de proteção social, a despeito de ter contribuído ou não. O Estado garante ao indivíduo renda mínima necessária a sua subsistência, sob a lógica da coletivização do risco e da solidariedade na construção do sistema pela via da tributação. Para MARSHALL (1967a), esse modelo guarda estreita relação com a ideia de cidadania social e inspirou os ideais universalistas e igualitários presentes na concepção dos sistemas de seguridade social.

Atualmente, os Estados de economia capitalista desenvolvida, sobretudo os europeus, têm, nos sistemas de *welfare* os arranjos integrados de Bismarck e Beveridge. Em que pese a expressão “seguridade social” remeter à filosofia beveridgiana, os programas de previdência social costumam seguir a lógica bismarkiana do seguro social, podendo a assistência e a saúde variar segundo as opções da política social de cada país.

Essa classificação, contudo, não engloba análise de participação do mercado e da sociedade na modelagem dos sistemas de proteção social. Ainda mais, é preciso correlacionar fatores determinantes do processo de institucionalização do *welfare*, com destaque para as características do desenvolvimento sócio-econômico, da mobilização popular e do regime político dos Estados nacionais (DRAIBE, 1989).

Buscando identificar padrões comuns de sistemas protetivos em diferentes países, TITMUS (1974) foi quem primeiro propôs estratificar três modelos contrastantes de políticas sociais, tomando por base as variáveis Estado e mercado, como também a população-alvo.

Em sua clássica tipologia, TITMUS (1974) chamou de *modelo residual* aquele que presume que são o indivíduo e o mercado os canais naturais para satisfazer a maior parte das

³⁸ Beveridge Report on Social Insurance and Allied Services, 1942.

necessidades, pelo que a intervenção do Estado se dá de modo limitado e temporário, dirigido à parcela da população mais vulnerável, enquanto não tiver meios de satisfação das necessidades por meio próprio. A política social é, assim, reativa e compensatória em relação aos tradicionais mecanismos de mercado.

No *modelo meritocrático*, as ações e programas de proteção social do Estado são baseados na estrutura corporativa de grupos sociais. Tal como no residual, a intervenção estatal é complementar ao mercado, mas dele difere por se pautar no pressuposto de que os benefícios sociais devem ser a recompensa pelo mérito, desempenho e produtividade das categorias profissionais protegidas. Tem, assim, estreita vinculação com a inserção do indivíduo no mercado formal de trabalho.

O *universal-redistributivo*, por sua vez, caracteriza-se pela política social de base universalista e igualitária. Fundado no princípio da equidade, funda-se na premissa de que o acesso aos serviços sociais e essenciais se configura atributo da cidadania. Para tanto, incorpora mecanismos de redistribuição de renda e recursos a fim de garantir a todo o cidadão os mínimos de condição de vida.

Diversamente dos modelos residual e meritocrático, no institucional-redistributivo a subsidiariedade está no mercado. Este modelo de proteção social é o que melhor espelha a concepção social-democrata do *welfare* (DRAIBE, 1989; VIANNA, 1998), uma vez que contempla “os ideais socialistas de igualdade, justiça, liberdade e solidariedade” (ESPING-ANDERSEN, 1991: 90).

Para DRAIBE (1989) a classificação de TITMUS (1974) padece da análise de outras vertentes que permitam mais nitidez aos perfis institucionais dos diversos tipos de *welfare*, a ponto de não demarcar diferença substantiva entre os modelos residual e meritocrático, ambos polarizados com o institucional-redistributivo. Nesse sentir, não se levou em conta o papel das famílias e organizações da sociedade civil, que historicamente sempre estiveram presentes na prestação de serviços sociais. Mais ainda, essa classificação deixa de correlacionar o perfil da proteção social com a dinâmica do jogo de interesses e do sistema político-partidário.

Na tentativa de reelaborar a tipologia de TITMUS (1974), ÁSCOLI (*apud* DRAIBE, 1989; VIANA, 2003) chegou a propor a subdivisão em duas categorias do modelo meritocrático, por perceber que, a par das desigualdades sócio-econômicas geradas pelo mercado, há componentes particularistas no processo de distribuição de bens e recursos, seja de natureza clientelista, quando se privilegiam certos grupos sociais, seja corporativa, ao se favorecerem categorias profissionais.

DRAIBE (1989) anota que a construção da política social irá variar segundo as diferentes concepções sobre a relação Estado *versus* mercado, ou ainda Estado *versus* sociedade. Para os liberais e conservadores, que preconizam a intervenção mínima do Estado sobre os mercados, defendem o individualismo e seletividade no modo de distribuição de bens e recursos, ao passo que os intervencionistas pregam a ação estatal proativa e coletiva na produção e distribuição universal de bens e serviços sociais.

Nesse sentir, lembra ARRETCHÉ (1996) que a implantação das políticas sociais foi resultado da solução de conflitos distributivos em que se opuseram distintas linhas ideológicas. São os valores arraigados na sociedade e o ambiente político-institucional de cada país que forjaram distintas formas de alocação de recursos, via mercado ou Estado.

A mesma autora também aponta, na linha weberiana, que a lógica de ação da burocracia estatal consiste variável analítica fundamental para a compreensão da emergência e desenvolvimento dos modernos sistemas de proteção social, uma vez que manifestam interesses próprios, que nem sempre refletem as demandas decorrentes das modalidades de ação da sociedade civil.

Assim, ao analisar as teorias analíticas da corrente neo-institucionalista³⁹, observa que são as instituições políticas – sistema eleitoral, organização dos partidos políticos e conformação da burocracia estatal – que condicionam a forma pela qual irão se estruturar os interesses da sociedade. Desse modo, a emergência dos programas sociais tem por quesito fundante questões de mudanças, na sociedade, de ordem econômica, demográfica e ideológica, assim como a aptidão do Estado para gerir e captar recursos nesse desiderato. Já o desenvolvimento desses programas está atrelado à própria forma de constituição do Estado nacional, na medida em que depende das capacidades estatais e do grau de autonomia do Estado; à natureza das instituições políticas, que se entende pelo conjunto das organizações burocráticas e partidárias e do processo político em dado momento histórico; e aos processos de *policy feedback*, eis que as políticas sociais estabelecidas influenciam a ação política subsequente. Tais processos são absolutamente particulares.

A diversidade de modelos de proteção social é, assim, expressão de diferentes respostas do Estado para o conflito distributivo entre classes sociais, que varia segundo sua capacidade de pressão em distintas matrizes de poder político. Na síntese de VIANNA (1998: 27), “dependendo do vigor e da institucionalização das alianças interclasses, ou o Estado sucumbe ao mercado ou vice-versa.”

³⁹ WEIR, M., ORLOFF, A. S. e SKOCPOL, T. (1988); SKOCPOL, T. (1992); ORLOFF, A. S. (1993).

Em vista disso, ESPING-ANDERSEN (1991), propôs nova tipologia analítica para os modelos de proteção social, a partir da comparação entre países da OCDE. Para tanto, considerou como variáveis a capacidade de pressão da classe assalariada na defesa de seus interesses, a força do movimento popular, a estrutura de poder político e o legado histórico da institucionalização do *welfare*.

A hipótese da mobilização de classes é o argumento central do autor, pela qual os parlamentos exercem função institucionalizada para a tradução das demandas por reformas e políticas desejadas, capazes de se sobrepor ao poder hegemônico e que podem ser antagônicos aos interesses do capital. Com base na teoria da escolha pública,⁴⁰ afirma que “a política parlamentar é capaz de se sobrepor ao poder hegemônico e pode ser levada a servir interesses antagônicos aos do capital” (ESPING-ANDERSEN, 1991: 95).

Nessa trilha, salienta que os direitos sociais de *welfare* de aceção universalista requerem a coesão da classe trabalhadora, a fim de se obterem força e unidade de poder de mobilização coletiva. No entanto, o poder de um grupo social como agente político depende de recursos das forças conflitantes, da durabilidade histórica de sua mobilização e da configuração das alianças de poder, sendo que os caminhos de poder político dos trabalhadores se estribam no grau de organização sindical e na força de representação no parlamento.

Apointa, no entanto, três objeções à tese da mobilização de classe, em vista das condições fundamentais para sustentar o poder de pressão: a uma, se a instância de poder ou de decisão se deslocar da arena parlamentar para outra instituição neo-corporativa de mediação de interesses; a duas, se a estrutura partidária de direita for capaz de limitar o desenvolvimento do *welfare*; e a três, se não houver relação linear entre o aumento da representação sindical ou partidária dos trabalhadores e o incremento do *welfare*.

Adverte, ainda, que a eficiência do *welfare* não pode ser aferida segundo o tamanho do gasto social. Análise centrada nessa abordagem pode levar à interpretação enviesada, por deixar de considerar as diferenças das regras e padrões que conformam a política social dos Estados, quando comparados. A exemplo, alguns países têm gasto social elevado, mas destinam boa parte dos recursos a grupos privilegiados, em certos casos sob a forma de incentivos fiscais a esquemas privados de proteção social. Outra hipótese seria o baixo gasto estar correlacionado à eficiência alocativa de programas sociais dedicados ao pleno emprego.

⁴⁰ A competição entre partidos políticos pelo voto do eleitor médio é algo inerente ao processo democrático.

Em outras palavras, gastar muito ou pouco não pode se traduzir automaticamente por reduzir ou reproduzir desigualdades.

ESPING-ANDERSEN (1991: 102) amplia a noção de *welfare* para além do escopo das garantias sociais, ao examinar sua interação com o papel do mercado e das famílias na provisão. Com efeito, propõe a reconceituação do *welfare* com base na ideia de “desmercadorização” (*de-commodification*), a partir do pressuposto de MARSHALL (1967b) de que a cidadania constitui o núcleo central para a construção dos direitos sociais, em paralelo às relações de trabalho. Para o autor, na sociedade capitalista, o indivíduo “mercadoriza” sua força de trabalho como forma de subsistência, na medida em que seu bem-estar passou a depender do mercado, universal e hegemônico. Nesse sentir, a “desmercadorização” ocorre quando a provisão do bem-estar é vista como questão de direito decorrente da cidadania, apartado do mercado. Bens e serviços sociais perderiam, assim, caráter de mercadoria, pois a dependência do mercado dificulta a mobilização popular em perspectiva de coesão social, por levar à divisão entre os que estão dentro e fora do mercado de trabalho. Por outro lado, “a desmercadorização fortalece o trabalhador e enfraquece a autoridade absoluta do empregador”.

Incorpora também a variável da estratificação social promovida pelo *welfare* na análise da “desmercadorização”, uma vez que a dependência do mercado gera a competição não só entre os que estão dentro e fora do mercado, como também entre classes trabalhadoras. Assim, quanto maior a mobilização de classes, menor seria a “desmercadorização” e, em consequência, menor a estratificação. Para o autor, o *welfare* “não é apenas um mecanismo que intervém – e talvez corrija – a estrutura de desigualdade; é em si mesmo um sistema de estratificação. É uma força ativa no ordenamento das relações sociais” (ESPING-ANDERSEN, 1991: 104).

ESPING-ANDERSEN (1999) agrega posteriormente o conceito da “desfamiliarização” (*defamiliarization* ou *women-friendly*), como precedente da própria mercantilização da força de trabalho, para designar a família como a primeira responsável pelo bem-estar de seus membros, o que recai especialmente sobre as mulheres. Com efeito, a “desfamiliarização” significa a reduzir a dependência do indivíduo da estrutura familiar e, com isso, dar condições para a “desmercadorização” da força de trabalho feminina.

Nesse sentir, tem-se que a capacidade de mobilização de classes por direitos sociais depende do grau de solidariedade coletiva e de integração política da sociedade. VIANNA (1998: 28) bem resume a ideia desse autor, ao destacar que “‘estar no mesmo barco’, a noção

compartilhada por todos que embasa a solidariedade do *Welfare State* social democrático, requer que todos estejam realmente e se reconheçam como estando no mesmo barco”.

Por tais razões, elege a social-democracia como eixo central para o debate sobre o *welfare*, na medida em que, a par de se configurar a matriz da mobilização de classe no sistema parlamentar, é a corrente que melhor traduz a concepção de que a igualdade fundamental requer a socialização econômica. Dois argumentos sustentam a estratégia social-democrata: os recursos sociais tendem a emancipar os trabalhadores como cidadãos e a política social promove o progresso das forças produtivas no capitalismo.

Daí é que a proposta de ESPING-ANDERSEN (1991) amplia a tipologia de TITMUS (1974) para classificar três modelos de proteção social, segundo também os critérios da “desmercadorização”, da estratificação de classes sociais e das estruturas institucionais de poder político-institucional.

O *modelo liberal* seria, assim, aquele em que as políticas sociais, de caráter assistencial, são delineadas de modo seletivo, ou seja, a concessão do benefício está atrelada à comprovação de necessidade. Trata-se de modelo que privilegia o setor privado na provisão ou financiamento dos serviços, pelo que, assim como no tipo residual de TITMUS (1974), a proteção estatal é limitada aos que fracassam no mercado, o que favorece a estratificação social, ao promover dualismo entre trabalhadores e beneficiários do sistema. Trata-se de modelo incorporado pelas nações de anglo-saxônicas, particularmente os Estados Unidos.

TITMUS (1974) chamou de *modelo conservador* aquele em que a intervenção do Estado já se faz mais presente. Inspirado na lógica bismarkiana do financiamento, adota a previdência social, de base estatal e compulsória, com direitos bastante amplos. No entanto, os benefícios estão quase todos condicionados a regime contributivo; logo, ao universo do trabalho, e não ao fruto automático de direito social. A “desmercadorização” estaria, assim, comprometida, na medida em que ainda há alguma competição entre classes assalariadas, em vista de sua capacidade contributiva *vis a vis* padrão dos programas sociais. Sob o aspecto da estratificação, aproxima-se ao modelo meritocrático, uma vez que a distribuição de recursos pelo Estado é segmentada pelo desempenho e poder de pressão de diferentes corporações, o que permite consolidar divisões no interior do movimento de trabalhadores. Esse é o regime adotado por países da Europa Continental, como a Alemanha e Itália.

Por último, considerou como modelo *social-democrata* aquele de característica mais “desmercadorizante” em comparação aos demais. Concebido segundo a filosofia beveridgiana de política social, afigura-se sistema solidário de proteção, com cobertura universal, oferecido sob o critério da equalização, e não do mérito, bem como desvinculado de quesitos de renda,

contribuição ou situação no mercado. Assemelha-se ao tipo universal-redistributivo, na medida em que é fundado no valor enraizado de coesão social, o que afasta a estratificação entre classes assalariadas. “Todos se beneficiam; todos são dependentes; e supostamente todos se sentirão obrigados a pagar” (ESPING-ANDERSEN, 1991: 110). Os países escandinavos, em especial a Suécia, são os que melhor representam o *welfare* social-democrata.

Vale ressaltar que, nos países que adotam esse modelo de proteção social, o movimento de trabalhadores foi capaz de traduzir sua luta histórica por reformas sociais, de cunho universalista, por meio de partidos sociais-democratas, que mantiveram o controle parlamentar por significativo período de tempo (ARRETICHE, 1996; VIANA, 2003). ESPING-ANDERSEN (1991), sem embargo, faz a ressalva de que a teoria da mobilização de classes deve ir além dos grandes partidos de esquerda, pois a classe trabalhadora nunca foi maioria eleitoral. Desse modo, a estrutura das coalizões de classes é muito mais decisiva do que as fontes de poder de qualquer delas, se isoladas.

Nessa esteira, ESPING-ANDERSEN (1991), chama atenção para o dilema das mudanças da estrutura de classes na configuração dos modelos históricos de proteção social. Isso porque, quando a classe trabalhadora prospera, a classe média cresce. Daí, o universalismo pautado nos mínimos vitais promove dualismo entre classes, pois os que estão em melhor situação criam novas expectativas em relação ao bem-estar. Os regimes conservadores de seguro corporativista são mais complacentes, dado que a distribuição dos benefícios já é segmentada em função dos ganhos de distintas categorias ocupacionais. Os sistemas conformação assistencial ou universalista, por sua vez, buscam no mercado a alternativa para adequar as aspirações da classe média crescente. O efeito perverso é a redução do apoio da classe média a políticas sociais de distribuição de bens e recursos sociais de base estatal, promovendo, assim, processo de universalização excludente pela oferta de benefícios cada vez mais modestos (FAVERET FILHO e OLIVEIRA, 1990).

De igual sorte, o ESPING-ANDERSEN (1991) ressalta a impossibilidade de se cogitar da existência de único caso puro de tipo de *Welfare-State*. A exemplo, a previdência social dos Estados Unidos tem muito mais componente do modelo conservador do que do liberal, dado que se mantém compulsória e redistributiva, sob gestão pública. De outro modo, os diversos programas sociais conservadores europeus não estão isentos de tendências tanto liberais, quanto social-democratas. Situa-se nesse contexto o Reino Unido após a onda neoliberal de Margareth Thatcher (RODRIGUES e KORNIS, 2013).

Sobre isso, anota DRAIBE (2011: 261) que a tipologia de ESPING-ANDERSEN (1991) tem sido tomada pela literatura sobre *welfare* como conceitos típico-ideais para efeito de

análises comparadas de modelos de proteção social. Adverte que não se constituem tipos-ideais, mas construção teórica forjada “no espaço da tensa relação entre teoria e história, entre categorias gerais (abstratas) e o nível empírico”, de modo que “captam e retêm, por generalização, os atributos próprios de um conjunto dado de casos particulares”.

Diante disso, vale dizer que o que interessa a este estudo é o enquadramento do sistema de saúde brasileiro a partir da tipologia dos modelos de proteção social abordados neste tópico, e não da política social como um todo. Sendo assim, na tentativa de buscar parâmetros de comparação, tem-se por tipos polares, no campo das políticas de saúde, o sistema britânico, que espelha o social-democrata, e o norte-americano, de nítida feição liberal (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990; VIANNA, 1998).

3.2.1 *God save the Queen and the NHS*

A economia do Reino Unido é considerada liberal. Atualmente a política de proteção social tem características do modelo residual, com baixa “desmercadorização”, reduzida redistribuição de renda, foco no alívio da pobreza e acesso a benefícios por testes de meios. A exceção está no sistema nacional de saúde inglês, que se manteve na concepção beveridgiana, com cobertura universal-redistributiva, pelo que pode se enquadrar no modelo social-democrata (GIOVANELLA e STEGMÜLLER, 2014).

Fonte de inspiração para a conformação do SUS, o Serviço Nacional de Saúde do Reino Unido (*National Health System - NHS*), nome oficial do sistema de saúde inglês, é legado da Segunda Guerra Mundial (TANAKA e OLIVEIRA, 2007). Em 1941, o governo britânico decidiu atender gratuitamente qualquer pessoa ferida em ação inimiga e, ao fim da guerra, a cobertura se estendeu a todos os cidadãos britânicos. Assim, o *NHS* se constituiu no segundo pilar⁴¹ mais importante do *welfare* naquele país. Criado em 1948, no governo do Partido Trabalhista, o sistema é centralizado e administrado integralmente pelo Estado, sob os princípios da universalidade, da equidade e da integralidade, inteiramente desligado do aparato contratual do seguro social. Nas palavras de Aneurin Bevan, então Secretário de Estado para a Saúde: “o setor no qual as reivindicações de comercialismo individual entram

⁴¹As três vigas-mestras do *welfare* britânico, em sua concepção, eram a Lei da Educação, idealizado pelo conservador Butler; a Lei do Seguro Nacional, pelo liberal Beveridge e a Lei do Serviço Nacional de Saúde, pelo socialista Bevan (MARSHALL, 1967a).

em conflito mais imediato com concepções dignas de valores sociais é o da Saúde” (*apud* MARSHALL, 1967a: 111).

O financiamento é responsabilidade do Tesouro Nacional, suportado principalmente por impostos gerais (TANAKA e OLIVEIRA, 2007; OCDE, 2014). O espírito do *NHS* é garantir a igualdade de oportunidades para todos “do berço ao caixão”⁴², independentemente da renda. Caracteriza-se pelo acesso gratuito aos serviços, com exceção de alguns tratamentos dentários e oftalmológicos e da distribuição de medicamentos, oferecidos mediante o pagamento de taxas pelos usuários. Crianças, gestantes, idosos e pessoas com baixo rendimento estão isentos (COLOMBO e TAPAY, 2004; TANAKA e OLIVEIRA, 2007; BOYLE, 2011; GIOVANELLA e STEGMÜLLER, 2014).

O *NHS* é o quinto maior empregador global⁴³ e o principal entre profissionais de saúde no Reino Unido. Conta com 1,7 milhão de funcionários, o que representa cerca de 2,6% da população britânica. A provisão dos serviços se dá em unidades públicas. O cuidado primário, no entanto, é feito por médicos generalistas autônomos (*General Practitioners – GPs*), médicos de atenção primária responsáveis pelo direcionamento dos serviços e remunerados por sistema de captação, com base no número de assistidos.

O sistema cobre 100% da população residente no Reino Unido, que soma cerca de 64 milhões de pessoas, além de refugiados, asilados, estrangeiros com permissão de trabalho ou de estudo em curso de duração mínima de 15 horas semanais. Mais ainda, qualquer pessoa tem direito a atendimento emergencial gratuito, inclusive imigrantes ilegais (COLOMBO e TAPAY, 2004; BOYLE, 2011).

Segundo pesquisa realizada pelo Departamento de Saúde britânico, em 2004, 98% dos pacientes do *NHS* tiveram atendimento primário em 24 horas e 92,7% receberam atendimento de urgência e emergência em, no máximo, 4 horas. Além disso, o prazo para agendamento de exames e de consultas ficou entre 7 a 17 semanas e para cirurgias eletivas, entre 10 semanas a 9 meses (TANAKA e OLIVEIRA, 2007).

Os números da OMS dão conta de que, em 2013, os gastos em saúde foram basicamente financiados por recursos públicos, conforme demonstrado na Tabela 6 a seguir, pelo que despesa das famílias com o setor privado é marginal.

⁴²Tradução livre de “from cradle to grave”. Expressão mezinha entre os ingleses para resumir o ideário do *NHS*.

⁴³ (i) Atrás do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, do Exército de Libertação Popular da China, da rede varejista Walmart e da cadeia de lanchonetes McDonald’s; (ii) Fonte: Forbes Brasil, em 23/7/2015. Disponível em <<http://www.forbes.com.br/listas/2015/06/10-empresas-que-mais-empregam-no-mundo/#foto4>> Acesso em: 06 ago 2015.

Tabela 6 - Financiamento em saúde no Reino Unido – 2013

População (em mil)	Gasto total		Gasto público		Gasto privado	
	(% PIB)	<i>per capita</i> (PPP ¹)	(% gasto total)	(% orçamento)	(% gasto total)	
63.896	9,12	3.310,70	83,54	16,18	16,46	
					Planos privados	Desembolso direto
					17,07	56,44

Fonte: WHO, 2013.

Nota: (1) PPP - *Purchase Power Parity*. Indicador de paridade do poder de compra entre países.

Releva mencionar que, no Reino Unido, desde 1997 não há incentivos fiscais para a contratação de serviços privados de saúde. Esse custo, porém, pode ser deduzido na base de cálculo do lucro das empresas, para efeito do recolhimento do imposto de renda (COLOMBO e TAPAY, 2004; BOYLE, 2011).

Segundo relatório do Observatório Europeu dos Sistemas e Políticas de Saúde, em parceria com a OMS, cerca de 12% da população do país tem planos de assistência à saúde, dentre os quais apenas 25% correspondem a planos individuais, voltados à oferta de padrão de acesso e acomodação mais eletivos no setor privado. A maior parte dos planos se insere no âmbito de arranjos corporativos, como parte do pacote de benefícios aos empregados (BOYLE, 2011).

Os planos privados de assistência à saúde não se submetem a qualquer regulação estatal, que é dirigida exclusivamente ao *NHS* (COLOMBO e TAPAY, 2004; BOYLE, 2011; GIOVANELLA e STEGMÜLLER, 2014).

Esses números confirmam haver, entre os britânicos, maior coesão social em torno da definição do modelo de proteção social no componente da saúde, tendo resistido aos ataques conservadores e à onda neoliberal de austeridade fiscal nos anos 1980. A configuração original do *NHS* se manteve praticamente intacta até a década de 1990, quando as reformas ocorridas em 1991 e 1997 trouxeram a reorganização do sistema e introdução de mecanismos privatizantes na gestão de unidades de saúde e na provisão dos serviços. Sucede que muitas das inovações propostas por essas reformas, em especial a conservadora de 1991, não foram implementadas ou não se sustentaram. Assim, ainda que as reformas tenham trazido mudanças na organização do *NHS*, sua configuração institucional, fundada na oferta pública de serviços e acesso universal, permanece no formato original (FAVARET FILHO e OLIVEIRA, 1990; TANAKA e OLIVEIRA, 2007; GIOVANELLA e STEGMÜLLER, 2014).

A origem foi determinante para a atual constituição do *NHS*. ARRETICHE (1996) lembra que os traços centrais de um sistema, mesmo sujeito a contínuo movimento, são pouco influenciados pelas alternâncias de poder entre trabalhistas e conservadores. No caso inglês

foram as forças sociais emergentes dos períodos da Depressão e das duas Grandes Guerras que forjaram a evolução lógica do sistema, por criar um sentimento nacional de solidariedade.

A importância e o papel político do *NHS* no Reino Unido ficam assim evidenciados. Pesquisas de opinião mostram que a maioria da população inglesa se diz satisfeita com o atendimento recebido e que os britânicos têm imenso orgulho de seu serviço universal de saúde. De acordo com o instituto Ipsos MORI⁴⁴, na última pesquisa realizada em 2013, 75% dos britânicos concordam que o *NHS* é um dos melhores serviços de saúde do mundo, com alto nível de satisfação entre 66% da população.

Apesar de bem-sucedido, o *NHS* também enfrenta pressão crescente. Assim como nos demais sistemas de saúde, o modelo britânico encontra o desafio do envelhecimento da população e a incorporação de novas tecnologias, o que aumenta a demanda e amplia os custos *vis a vis* política de redução de gastos, por conta da política de austeridade fiscal dos últimos anos, em especial após a crise econômica⁴⁵ pela qual passa a Europa desde 2008.

Em 2012, o governo da coalizão conservadora liberal realizou nova reforma no *NHS*, para fixar, entre outras medidas, política de cortes, no prazo de cinco anos, e retomar tendências de privatização dos serviços (GIOVANELLA e STEGMÜLLER, 2014). Ainda que a oferta pública e universal permaneça inalterada, as recentes mudanças puseram o *NHS* como tema central da última campanha eleitoral britânica. Para o professor Gonzalo Pozo, do *King's College* de Londres, “o *NHS* transformou o país e muitos britânicos se sentem profundamente orgulhosos dele. É por isso que o debate sobre seu futuro é prioritário, pois de alguma forma também está ligado ao que significa ser britânico no século XXI, e se esta identidade vai continuar incluindo um firme compromisso com a solidariedade social e a redistribuição econômica”⁴⁶.

3.2.2 A saúde do liberal Tio Sam

Os Estados Unidos, ao contrário da maioria dos países de economia desenvolvida, não oferece sistema público de atenção à saúde. Fundado no paradigma liberal, o acesso aos

⁴⁴ Ipsos MORI, *Social Research Institute* (2013). *Public Perceptions of the NHS Tracker - Spring 2012 Final Report UK Government*. (<https://www.ipsos-mori.com/Assets/Docs/sri-health-nhstracker-report-winter2013.pdf> - visitado em 12/9/2015).

⁴⁵ Isso sem se levar em conta a questão da absorção dos refugiados dos confrontos no Oriente Médio.

⁴⁶ Cf. “Saúde pública, a grande briga ideológica do Reino Unido”. *El país*, em 06/05/2015 <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/05/internacional/1430850229_139505.html> Acesso em: 12 set 2015.

serviços de saúde tem sido visto como questão de caráter individual, a ser suprido segundo a lógica de mercado, priorizando, portanto, organizações que oferecem maior eficiência econômica em lugar da intervenção estatal que vise garantir princípios de equidade e solidariedade social. (NORONHA e UGÁ, 1995; RIBEIRO, 2006).

Ressalta ARRETCHE (1996) que o individualismo como regra de conduta social – que se resume no imperativo do mérito pelo esforço pessoal, tal como a crença na propriedade privada e na competição em livre mercado – constitui valor cultural que impôs barreiras ao desenvolvimento do *welfare* na sociedade norte-americana. Nem mesmo após o *New Deal*, a questão da proteção social, no componente saúde, passou a ser atribuída ao Estado (NORONHA e UGÁ, 1995).

Segundo VIANNA (1998), é baixa a mobilização política da sociedade. No parlamento norte-americano predomina a atuação sob influência de grupos de *lobby*, voltados à intermediação de reivindicações pontuais, em vez das negociações em amplo escopo por grandes organizações representativas dos diferentes interesses sociais, em particular do capital e do trabalho.

NORONHA e UGÁ (1995) assinalam, nessa linha, que a ausência de modelo de cobertura universal em saúde na pauta de reivindicações dos trabalhadores norte-americanos pode estar relacionada ao fato de que, na emergência do *welfare* no pós-Guerra, os segmentos da força de trabalho com maior poder de pressão já estavam cobertos pelos melhores planos privados de saúde. Já RIBEIRO (2006) anota que, nesse período, houve elevado subsídio público, via dedução fiscal, sobre o financiamento desses planos para empregados, o que também favoreceu empresas e seguradoras, bem como sindicatos, que tinham interesse em atrair a adesão de filiados. Além disso, partidos políticos representantes da social-democracia que defendessem a criação de sistema nacional de saúde não cresceram de forma significativa.

Dessa feita, a origem dos mecanismos de acesso aos serviços de assistência à saúde, nos Estados Unidos, concentrou-se em iniciativas não governamentais em nível local, sob financiamento por recursos privados. O regime norte-americano sempre privilegiou o setor privado na oferta dos serviços, em detrimento de políticas estatais de caráter universal. A cobertura de eventos em saúde está, portanto, assentada em rede fundamentalmente privada. É suportada por desembolso direto ou de alguma forma de plano privado de assistência à saúde. Contratados para cobertura individual ou coletiva, os planos de saúde estão majoritariamente a cargo de corporações que mantêm planos de saúde para seus empregados, o que perfaz quase a metade da população norte-americana (COSTA *et al*, 2005; RIVBEIRO, 2006; RICE *et al*, 2013).

Não bastasse isso, o sistema político-administrativo norte-americano, calcado em vigoroso federalismo, também se interpõe como obstáculo ao desenvolvimento de um sistema nacional de saúde nos moldes da política social europeia. COSTA *et al* (2005) observam que a legislação americana, à exceção de alguns assuntos reservados à esfera federal, reforça alto grau de autonomia administrativa e competência legislativa nos Estados da Federação. Dessa feita, a organização das ações e programas de saúde fica a cargo de esferas subnacionais, com reflexos de fragmentação da autoridade pública e da burocracia estatal no debate da macropolítica.

Vale lembrar que o modelo liberal apregoa a não intervenção do Estado sobre os agentes econômicos, ficando à sorte de cada um os efeitos das relações negociais, a ser resolvido pelo ambiente concorrencial. Em contrasenso, a regulação do mercado norte-americano de planos de saúde é marcada por forte presença estatal intervencionista e reguladora sobre o setor. Segundo RIBEIRO (2006), só em relação aos programas públicos de saúde, há três mil agências ou departamentos voltados para prover ou regular ações e serviços na área.

Como se disse, a matéria é, a rigor, de competência estadual. Há diferentes regras estaduais para disciplinar questões como vedação à discriminação de indivíduos por seleção de risco, padronização de coberturas mínimas obrigatórias, garantia de renovação dos contratos e manutenção da cobertura, formação de fundos para cobrir riscos de insolvência, entre outros assuntos (ALMEIDA, 1998; COLOMBO e TAPAY, 2004). A regulação varia entre governamental ou auto-regulação, que atua sobre as organizações que operam planos e seguros-saúde ou provedores de serviço. Mostram-se razoavelmente eficientes no controle de custos, mas nem tanto no tocante à qualidade dos serviços (RIBEIRO, 2006).

No entanto, o federalismo norte-americano é marcado por frequentes embates em torno da competência legislativa entre as esferas estadual e federal. COSTA *et al* (2005) destacam as seguintes medidas federais que tiveram impacto sobre a conformação dos planos de saúde: a Lei de Americanos com Deficiência de 1990 (*Americans with Disabilities Act – ADA*), a Lei de Segurança de Renda para Funcionários Aposentados (*Employment Retirement Income Security Act – ERISA*); e a Lei de Acesso e Portabilidade de Seguro Saúde (*Health Insurance Portability and Accountability Act – HIPAA*). Logo esse mercado é disciplinado por um cipoal de legislações específicas, com acentuado contraste regional e por disputas federativas.

A opção por modelo de proteção à saúde ancorado no mercado faz dos Estados Unidos caso singular. Trata-se de sistema plural, complexo e fragmentado, composto por miríade de

corporações de naturezas diversas e em múltiplos arranjos organizacionais. Tudo isso ainda combinado com formas diversificadas de condições de ingresso, padrão de cobertura, acesso à rede de serviços e meios de financiamento dos subsistemas em que se enquadra cada segmento populacional (NORONHA e UGÁ, 1995; ALMEIDA, 1998; COSTA *et al*, 2005; RIBEIRO, 2006).

No setor privado, encontram-se as instituições sem finalidade de lucro, originárias de ações de caridade e outras com fins filantrópicos, voltadas para grupos específicos, em geral portadores de patologias severas. Há, ainda, as autogestões (*self-insured plans*), que são planos administrados pelas próprias empresas para seus empregados. Já no segmento lucrativo, além dos tradicionais planos *Blue Cross* e *Blue Shield*⁴⁷ e as seguradoras ligadas ao setor financeiro, destacam-se as organizações de atenção gerenciada (*Managed Care Organizations – MCOs*). Estas se definem como empresas que negociam contratos com prestadores individuais ou em grupo e introduzem incentivos financeiros para controlar a utilização da assistência à saúde pelos pacientes, assim como os custos por parte dos prestadores. Entre as *MCOs* predominam as *Health Maintenance Organizations – HMOs*, que funcionam com diferentes arranjos organizacionais: *staff* (ambulatórios próprios); *group* (rede credenciada) ou *IPAS* (associações de prática independente, semelhante às cooperativas médicas); *network* (redes de modelos de grupo) e híbridos. Também integram o *managed care* as *Preferred Providers Organizations – PPOs* e *Exclusive Providers Organizations – EPOs*, além dos planos *Point-of-Service – POS*. As principais diferenças operacionais estão nos mecanismos de acesso à rede de serviços, nas formas de pagamento de prêmios e coparticipação e nas modalidades de vínculo e remuneração dos prestadores (NORONHA e UGÁ, 1995; ALMEIDA, 1998; RICE *et al*, 2013).

RIBEIRO (2006) adverte que a elevada diversidade de organizações, a acelerada dinâmica de inovações corporativas e a combinação de soluções por arranjos de diferentes modelos formam mosaico de situações que torna cada vez mais difícil se elaborar a tipologia organizacional dessas estruturas de acesso aos serviços de saúde. Aponta, ainda, que a variedade de estratégias de controle de custos, com destaque para a restrição ao livre acesso e à utilização de serviços pela interposição de *gatekeepers*⁴⁸, são fatores que comprometem a qualidade da atenção.

⁴⁷ Quando surgiram, nos anos 1930, as *Blue Cross* e *Blue Shields* eram organizações sem finalidade lucrativa (FOLLAND *et al*, 2008).

⁴⁸ Privilegia-se, para tanto, o atendimento básico como “porta de entrada” do sistema, o que se faz mediante a obrigatoriedade de passagem pelo médico generalista (semelhante ao clínico geral), a quem cabe gerenciar o acesso a procedimentos médico-hospitalares de dado grupo de consumidores.

À conta do Estado estão programas de atenção à saúde dirigidos a grupos sociais específicos, particularmente idosos, crianças⁴⁹ e população de baixa renda. Estes, por serem considerados incapazes de competir no mercado, necessitam de proteção estatal. Sua operacionalização se dá, não pela prestação direta dos serviços, mas por meio de financiamento público, o *Medicare* e o *Medicaid*. Esses programas são resultado da reforma da política de saúde norte-americana, implementada no governo de Presidente Lyndon Johnson em 1965, com níveis de cobertura e modos de financiamento diferenciados. O *Medicare*, concebido sob o espírito do seguro social, é administrado pelo governo federal, já o *Medicaid*, instituído nos moldes típicos da política assistencialista de ajuda aos pobres, tem gestão na esfera estadual, com a participação de recursos federais (NORONHA e UGÁ, 1995; RIBEIRO, 2006; RICE *et al*, 2013).

O *Medicare* se destina a financiar a cobertura assistencial a idosos a partir dos 65 anos de idade ou por invalidez permanente. Está organizado em quatro formatos (*Parts A, B, C and D*), sendo o primeiro de adesão obrigatória, financiado por contribuições de empregados e empregadores, e que cobre basicamente a assistência em ambiente hospitalar em rede privada credenciada pelo governo federal. Os demais são de adesão voluntária, para a cobertura de serviços complementares que incluem, entre outros serviços, a assistência ambulatorial, odontológica e farmacêutica.

De outra parte, o *Medicaid* está voltado exclusivamente à população de baixa renda, inscrita mediante teste de meios⁵⁰ para elegibilidade de crianças, gestantes, idosos, portadores de deficiência e pais de crianças dependentes. Os serviços assistenciais a ele vinculados são majoritariamente prestados por setor privado credenciado pelos governos estaduais. Os níveis de atenção e cobertura são bastante heterogêneos, dado que dependem da capacidade de financiamento e das diretrizes de cada Estado, mas há mínimo de cobertura obrigatória definido em âmbito federal.

O financiamento desse sistema é suportado por combinação de recursos privados e públicos, estes oriundos de impostos diretos e indiretos e de contribuições de empregados e empregadores à seguridade social (ALMEIDA, 1998; RICE *et al*, 2013)

⁴⁹ O *Children's Health Insurance Program – CHIP* é programa destinado a crianças de famílias de baixa renda que não se enquadram nas exigências do *Medicaid*. É gerido pelos Estados, mas segundo critérios definidos em nível federal.

⁵⁰ A medida do nível de renda é definida anualmente pelo índice federal de pobreza (*Federal Poverty Level - FPL*), usado como critério elegibilidade para certos programas e benefícios. Em 2014, o FPL foi calculado entre 11.770 dólares, para um indivíduo, a 40.890 dólares, para famílias de oito membros (Fonte: *U.S. Department of Health and Human Services - HHS*).

COLOMBO e TAPAY (2004) assinalam a participação do Estado por meio de incentivos fiscais para permitir o acesso de todos aos serviços privados de saúde, sem comprometimento de parcela elevada da renda, em geral pela dedução de imposto. Nos Estados Unidos isso foi determinante para o desenvolvimento de significativo mercado de planos coletivos, patrocinados por empresas para seus empregados. Ainda na linha dos incentivos estatais, vale destacar a recente concessão de crédito fiscal para subsidiar a compra de plano de saúde para as camadas de rendimento médio⁵¹.

Os números da OMS dão conta de que os Estados Unidos despendem 39% dos gastos globais em saúde, para o correspondente a apenas 4,5% da população mundial. O financiamento se dá, na maior parte, à conta de recursos privados, como se observa na Tabela 7 a seguir.

Tabela 7 - Financiamento em saúde nos Estados Unidos – 2013

População (em mil)	Gasto total		Gasto público		Gasto privado (% gasto total)	
	(% PIB)	<i>per capita</i> (PPP ¹)	(% gasto total)	(% orçamento)		
314.067	17,10	9.145,83	47,09	20,71	52,91	
					Planos privados	Desembolso direto
					63,28	22,33

Fonte: WHO, 2013.

Nota: (1) No gasto público, 87,64% advém de recursos do seguro social.

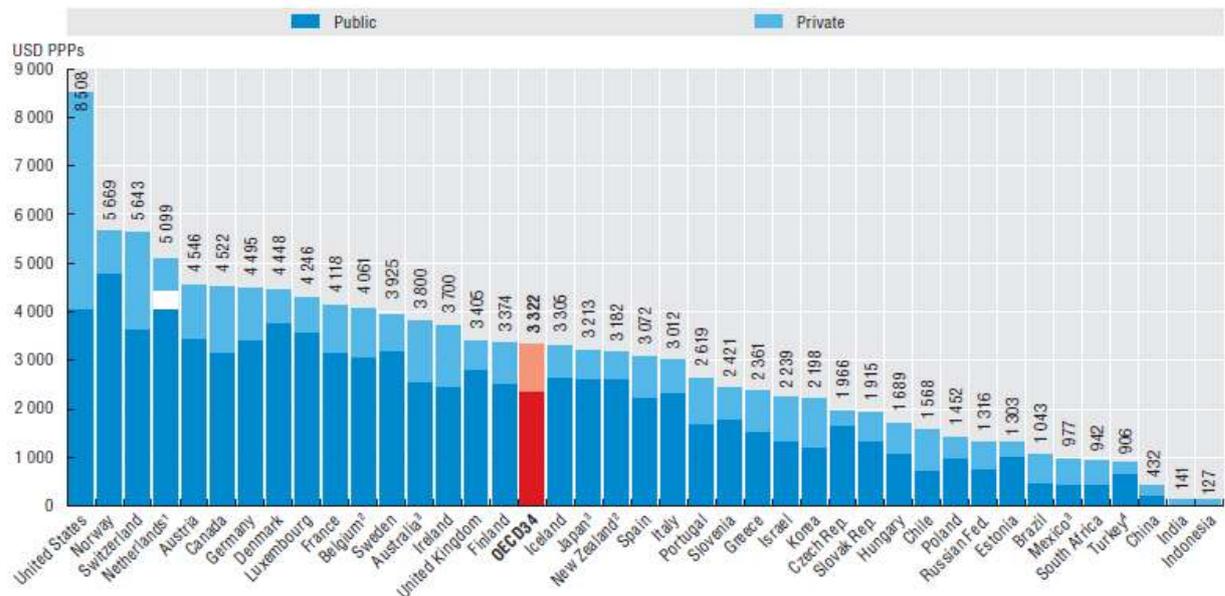
ALMEIDA (1998) informa, ainda, ser frequente a sobreposição de coberturas pública e privada e, ainda assim, em 1995 mais de 20% da população que contratou plano privado de assistência à saúde tinha cobertura insuficiente. Dos filiados ao *Medicare*, 80% complementavam seus benefícios com planos privados de saúde, chegando a cerca de 50% o gasto com assistência médica por desembolso direto pelos idosos.

Há, ainda, contingente sem cobertura (*uninsured*), em geral imigrantes ilegais, trabalhadores autônomos ou de pequenas empresas, que não têm condições de saúde (paciente de alto risco) ou capacidade financeira para se vincular a seguros privados e tampouco são elegíveis para os programas públicos (ALMEIDA, 1998). Essa parcela representa aproximadamente 16% da população norte-americana, que não têm acesso a qualquer tipo de serviço médico-hospitalar, inclusive em situações de emergência (RICE *et al*, 2013). COSTA *et al* (2005) anotam, também, que metade das insolvências de pessoas físicas declaradas em 2001 se deu em razão da inadimplência com despesas de saúde.

⁵¹ A concessão de subsídios para a contratação de planos de saúde é um dos itens da reforma conhecida por Obamacare (*Affordable Care Act - ACA*) e teve sua constitucionalidade confirmada pela Suprema Corte.

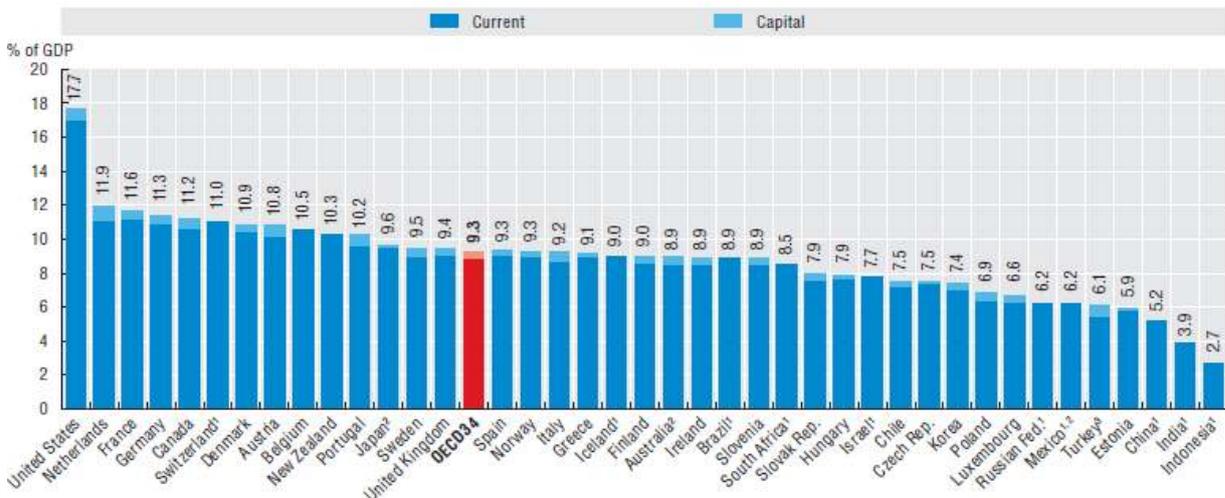
Trata-se de proteção das mais ineficientes do mundo em termos de taxas de cobertura e indicadores epidemiológicos, além de apresentar o custo mais elevado do que qualquer outra nação industrializada. Os Estados Unidos exibem o maior gasto *per capita* e em percentual do PIB dentre os países da OCDE e, ao mesmo tempo, fortemente insatisfatórios (NORONHA e UGÁ, 1995; ALMEIDA, 1998), como se pode verificar nos Gráficos 2 e 3 a seguir:

Gráfico 2 - Gasto *per capita* em saúde dos países da OCDE - 2011



1. Na Holanda não é possível distinguir, com clareza, despesas de investimento públicas e privadas.
 2. Despesas correntes em saúde.
 3. Dado se refere a 2010.
 4. Dado se refere a 2008.
- Fonte: OCDE (2014).

Gráfico 3 - Gasto em saúde em percentual do PIB (GDP) dos países da OCDE - 2011



1. Somente gasto total.
 2. Dado se refere a 2010.
 3. Dado se refere a 2008.
- Fonte: OCDE (2014).

Apesar dessa disparidade, enquanto os demais países mencionados alcançaram níveis de cobertura universal, a atenção à saúde, nos Estados Unidos, é a que apresenta baixíssimo grau de “desmercadorização”. É formada pela pluralidade de subsistemas, segmentada em diversos grupos sociais, com acesso a planos de saúde de cobertura também diferenciada, e financiada por fontes diversas, como se pode depreender na Tabela 8 a seguir:

Tabela 8 - Principais fontes de cobertura em saúde nos Estados Unidos – 2010

Fonte	Financiamento	Elegibilidade	Escopo da cobertura	População coberta
Medicare				
Parte A	Contribuição de empregadores e empregados – 1,45% cada	Idosos a partir de 65 anos, invalidez permanente e renais terminais	Hospitalar	38 milhões na parte A ou C (12%)
Parte B	Prêmios e receitas federais		Ambulatorial	95% dos inscritos no Medicare
Parte C	Tipo de seguro privado vinculado às outras partes		Em geral: Hospitalar e ambulatorial Opcional: medicamentos, óculos, aparelhos de surdez, odontologia	25% dos inscritos no Medicare
Parte D	Prêmios e receitas federais e estaduais para dupla elegibilidade		Medicamentos	60% dos inscritos no Medicare
Medicaid	Combinação de receitas estaduais e federais	Varia nos Estados, mas, em geral, grávidas, crianças de até 6 anos com até de 133% FPL ou entre 6 e 18 anos com até 100% FPL, deficientes e idosos de baixa renda, e pais de crianças dependentes	Em geral: hospitalar, ambulatorial, atenção prolongada Variável por Estado: odontologia, óculos, medicamentos	48 milhões (16%)
Outras fontes públicas	Veteranos, população indígena, militares em serviço e família, entre outros, financiados por receitas federais	Principalmente veteranos e militares em serviço e família	Hospitalar, ambulatorial, medicamentos, óculos, aparelhos de surdez, odontologia	4 milhões (1%)
Seguros privados				
Financiados por empregadores	Prêmios de empregadores e empregados	Varia segundo to tamanho da empresa, posição no trabalho, tempo de serviço, mulher e filhos dependentes	Hospitalar, ambulatorial, medicamentos, óculos, aparelhos de surdez, odontologia	150 milhões (49%)
Individuais	Prêmios	Nenhum	Hospitalar, ambulatorial, medicamentos, óculos, aparelhos de surdez, odontologia	15 milhões (5%)
População descoberta	Desembolso direito e ações de caridade	Nenhum	Nenhum	50 milhões (16%)

Fonte: Adaptado de Kaiser Family Foundation, 2013 (RICE *et al.*, 2013).

Todo esse contexto em que se constituem os arranjos de atenção à saúde nos Estados Unidos, centrado maciçamente em serviços privados, conduz, para além da iniquidade desse

modelo de proteção, à elevação de seus custos, em vista de típicas imperfeições de mercado. Consta-se, assim, que as forças do mercado deixadas por si só são incapazes de produzir cobertura universal ou garantir custos mais baixos e maior eficiência econômica.

Relatório de 2014 da *Commonwealth Fund*⁵² aponta que, embora seja o mais caro, o sistema de saúde norte-americano é considerado, pela quinta vez consecutiva, pior dentre onze países desenvolvidos do mundo em termos de eficiência, equidade e resultados. A pesquisa se baseou nos dados da OCDE e da OMS para concluir que as disparidades no acesso aos serviços sinalizam a necessidade de se ampliar a cobertura a todos os norte-americanos.

Na tentativa de universalizar a cobertura, o Presidente Barack Obama elegeu como marca de seu governo a reforma do sistema de saúde. Em 2010, foi aprovada a Lei de Proteção e Cuidado ao Paciente (*Patient Protection and Affordable Care Act – ACA*), mais conhecida por *Obamacare*. As principais medidas propostas na nova lei federal pretendem, em síntese, expandir planos de saúde à parcela maior da população por meio de subsídio governamental, ampliar a elegibilidade para o *Medicaid*, estabelecer coberturas mínimas obrigatórias e vedar a seleção de risco em razão da condição de saúde. No entanto, ainda é prematuro – assim como não constitui objetivo deste estudo – traçar avaliação de seu impacto sobre o modelo de atenção à saúde norte-americano, até porque o *Obamacare* tem sido alvo de fortes questionamentos judiciais⁵³.

3.3 A construção (a golpes de marreta) do *welfare* brasileiro

No Brasil, o *welfare* teve origem e desenvolvimento entre as décadas de 1930 e 1980. Antes disso, os conflitos entre capital e trabalho eram resolvidos por normas esparsas, com intuito de exercer controle sobre a pressão da classe trabalhadora (SANTOS, 1979; DRAIBE, 1989; MEDEIROS, 2001; KERSTENETZKY, 2012).

⁵² Organização que realiza pesquisas sobre sistemas de saúde em países desenvolvidos. Cf. <<http://www.commonwealthfund.org/publications/fund-reports/2014/jun/mirror-mirror>> Acesso em: 12 set 2015.

⁵³ A Suprema Corte norte-americana já declarou a constitucionalidade do *Obamacare* no tocante à compra compulsória de planos de saúde (*individual mandate*) e à extensão do *Medicaid*, em 2012, e aos subsídios federais para aquisição de plano de saúde em 2015. Cf. <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf> e http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-114_q011.pdf> Acesso em: 12 set 2015.

DRAIBE (1989) propõe três cortes temporais no processo de consolidação. O primeiro período corresponde a 1930, pela criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs e pela Consolidação das Leis do Trabalho em 1943. A segunda fase se dá a partir de 1964, com a consolidação institucional da previdência social. Já 1985 se refere ao início do processo de redemocratização do país. KERSTENETZKY (2012) menciona esses mesmos marcos como as três ondas da construção do *welfare* no Brasil, a que denominou de bem-estar corporativo, universalismo básico e universalismo estendido.

O surgimento do *welfare* brasileiro é, assim, marcado pelo autoritarismo, fortemente centralizado no Executivo Federal, como forma de reprimir movimentos sociais. É a partir de 1930 que começou a ser montada a estrutura corporativista de organização sindical que, ao deixar para a esfera do Estado a solução de conflitos entre capital e trabalho, criou empecilhos à livre manifestação das reivindicações de trabalhadores (SANTOS, 1979; MEDEIROS, 2001).

O período 1930-1943 se caracteriza pela política de desenvolvimento econômico a partir de intensivo protagonismo do Estado. Na esfera da acumulação do capital, a estratégia para lidar com as reivindicações da força de trabalho pela distribuição de benefícios se deu pela via da regulação das profissões, mediante processo de estratificação ocupacional.

A origem do *welfare* brasileiro está, assim, atrelada a uma política social que vincula cidadania à profissão. SANTOS (1979:75-6) afirma que a Era Vargas é marco da implementação de uma “cidadania regulada”, tendo na carteira profissional a expressão da “certidão de nascimento cívico”. A ideia de cidadania, no Brasil, foi forjada no seio das relações de trabalho e, com efeito, os direitos sociais nasceram em contexto de alta “mercadorização” e baixa coalizão da classe trabalhadora.

A concepção do modelo de proteção social se deu pela via previdenciária conservadora, com a peculiaridade de que as garantias do cidadão estavam umbilicalmente atreladas ao direito das profissões definidas em lei e à estrutura sindical. Mais ainda, era voltada exclusivamente para a população urbana e segmentada por categoria profissional, com grave prejuízo para a unidade de poder da mobilização de classe. Quem não ocupasse lugar no processo produtivo legalmente reconhecido estava à margem do mercado formal de trabalho, o que correspondia, segundo KERSTENETZKY (2012), a mais de 70% da população. Isso gerou segundo efeito perverso da política social pela criação de barreira de acesso do movimento popular à arena política, dado que as reivindicações de classes dependiam da identificação prévia de sua legitimidade ocupacional via sindicatos. Os trabalhadores deixaram de formar base de sustentação dos grupos de oposição; *contrario sensu*, serviram, de certo modo, como ponto de apoio do regime autoritário (SANTOS, 1979).

Assim, diversamente da lógica bismarkiana das economias avançadas da Europa continental, a introdução do seguro social deriva da complexa combinação entre iniciativa autoritária e demanda operária, o que levou ao deslocamento da ação reivindicatória independente para atividade colaborativa com o aparelho estatal. Promoveu-se, então, o exercício de espécie de “cidadania sindical”, em vez da garantia de direitos políticos plenos e universais KERSTENETZKY (2012: 178).

A previdência social, voltada para atender aos setores organizados da classe trabalhadora urbana, favoreceu a criação de estruturas corporativistas, com a formação de mentalidade individualista dos trabalhadores, essencialmente dependentes do clientelismo do Estado. Ante os aspectos particularistas das políticas e sob regime autoritário, a celebração de compromisso de classe, no Brasil, não teve as mesmas características das democracias capitalistas europeias (MEDEIROS; 2001; MINECUCCI, 2007; KERSTENETZKY, 2012).

Instalou-se, com isso, a clivagem entre trabalhadores e não trabalhadores e, mais ainda, entre categorias ocupacionais. Nesse sentir, assinala VIANNA (1998) que as limitações do caráter universal e redistributivo do *welfare* brasileiro tem raízes na incorporação errática de atores no cenário político. Em lugar de se mobilizarem por meio de partidos políticos, as categorias mais fortes se incrustaram dentro do aparelho do Estado e, ao despolarizar os canais reivindicatórios, inviabilizaram a solidariedade social.

KERSTENETZKY (2012) destaca, nesse período, o nascimento de elite burocrática autônoma pela criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, que, pautado na eficiência e racionalidade administrativa e insulada da política partidária, influenciou significativamente os rumos das reformas sociais.

DRAIBE (1989) chama atenção para a meritocracia como base sobre a qual se erigiu o modelo brasileiro de proteção social, sendo escassos os aspectos redistributivos e universais, uma vez que a políticas sociais, em grande parte, reproduziram o sistema de desigualdades predominante na sociedade. No período entre 1930 a 1945, o Estado autoritário brasileiro buscou legitimidade pela contenção dos conflitos sociais nos limites da sobrevivência da comunidade.

Ainda que no pós-Estado Novo tenha se configurado ambiente de relativa ordem democrática, no campo da proteção social quase nada se alterou até 1964. Fracassadas algumas tentativas de introdução de políticas sociais⁵⁴ na direção da universalização, manteve-se o padrão seletivo de beneficiários, heterogêneo em termos de benefícios e

⁵⁴ Destaquem-se o Instituto de Serviços Sociais do Brasil (1945), a Lei Orgânica da Previdência Social (1960) e o Estatuto do Trabalhador Rural (1963) e as reformas de base do Presidente João Goulart.

fragmentado na intervenção do Estado tanto no plano institucional, quanto financeiro (SANTOS, 1979; DRAIBE, 1994; KERSTENETZKY, 2012).

A distribuição de bens e serviços sociais continuava vinculada à previdência e administrada de forma centralizada pelo Executivo Federal, aliada à burocracia sindical, que manteve comportamento dúplice nesse período, uma vez que a cidadania regulada favorecia a manutenção do poder perante seus representados. SANTOS (1979: 80) ressalta que as taxas aceleradas de crescimento econômico, de urbanização e de inflação, nos anos 1950, acentuaram as distorções entre benefícios previdenciários destinados a diferentes categorias ocupacionais, “reforçando o poder burocrático das distintas oligarquias sindicais”, o que as conduziu, “por um lado, a cristalizar suas posições de reivindicação crescente, na esfera da acumulação, e de reacionarismo e corrupção, na esfera distributiva e compensatória”.

Mas é com o retorno do Estado autoritário, em 1964, pelas mãos dos militares, que se inicia a consolidação do *welfare* brasileiro, o que ainda não se traduzia por direito social. A partir de então se deu a unificação da previdência social, com orientação universalizante, ainda que não redistributiva. Foi nesse momento que se estruturaram os sistemas nacionais voltados à oferta de bens e serviços sociais, com a expansão massiva para trabalhadores não regulamentados e rurais (DRAIBE, 1994; MEDEIROS, 2001; KERSTENETZKY, 2012).

Marcado por características coercitivas e tecnocráticas, os governos militares romperam com a estratégia de cooptação de grupos corporativistas ao suprimir a participação da oligarquia sindical nos processos decisórios. A negociação controlada e desigual deu lugar à repressão a ações coletivas. Assumiu a formulação das políticas sociais burocracia técnica, despolitizada e sem o mínimo controle social. Tinha, contudo, forte inclinação clientelista, ao se relacionar com a sociedade civil pela interação direta com grupos de interesses privados, em lugar dos canais formais de representação da sociedade, em particular movimentos organizados de trabalhadores. Formavam-se os “anéis burocráticos” pela articulação entre a tecnocracia e interesses empresariais no processo decisório, o que deixou esvaziado o espaço da política tradicional (DRAIBE, 1994; VIANNA, 1998; KERSTENETZKY, 2012).

Nesse particular, COHN (2006) chama atenção para o fato de ser tradição, na sociedade brasileira, fazer prevalecer, na sua relação com o Estado, não a condição de cidadãos, mas os atributos pessoais, seja de parentesco, amizade, compadrio, poder econômico ou posição de influência. Isso significa o próprio oposto da cidadania, pois o costume conduz à busca por privilégios no atendimento, em vez da garantia de mesmo padrão de tratamento.

VIANNA (1998) destaca o enfraquecimento da esfera parlamentar como instância de conciliação de múltiplos interesses. A participação política, no pós-1964, dispensou

intermediários políticos e, com efeito, facilitou a atuação direta dos interesses econômicos no interior da máquina burocrática do Executivo. Essa privatização da política social, a despeito de sua expansão, tornou-a regressiva, ao transferir recursos para estratos de maior renda, dada sua maior capacidade de mobilização política e influência nos processos decisórios. Dessa feita, as políticas sociais eram orientadas para atender a seus interesses (MEDEIROS, 2001).

O modelo de desenvolvimento adotado no Brasil nos governos militares baseava-se na premissa de que o progresso social seria resultado natural do crescimento econômico, o que implicava a necessidade de acumular renda para garantir as bases do crescimento. Esse modo de interação entre a política econômica e a social acabou por manter, se não acentuar, a hierarquia do *welfare* corporativista, dada a expansão desigual da proteção social, o que revelou nova segmentação sobre a estratificação pautada em categoria profissional. Esse universalismo básico não surtiu efeitos redistributivos, dada a manutenção da estrutura de benefícios diferenciados, além da formação de parceria com o setor privado para atender a população de média e alta de renda (MEDEIROS, 2001; KERSTENETZKY, 2012).

Assinala, ainda, DRAIBE (1989 e 1994) que, o modelo brasileiro de proteção social avançou mais na trilha de se suplementar por esquemas de corte assistencialista do que caminhou na direção de oferecer os mínimos sociais de cunho universal. Ressalta, a par disso, que as distorções naturais decorrentes da expansão acelerada da cobertura entre as décadas de 1970 e 1980, além do vultoso tamanho da população-alvo, impuseram problemas no financiamento, baseado em contribuições sociais, e na gestão dos programas sociais, com evidente descontrole e precarização dos serviços. Já no final dos anos 1980 o modelo enfrentava seu esgotamento e crise tanto nos aspectos financeiros, quanto organizacionais e sociais.

O quadro de sucateamento do aparelho produtor de serviços públicos impulsionou o crescimento de mercado dedicado à seguridade, voltado para a classe média e assalariados formais. A pauta de reivindicações presente nas negociações trabalhistas passou a ver no mercado o substituto do Estado na provisão do bem-estar. Sobre isso, VIANNA (1998) mostra que as demandas por cesta de benefícios, como salário indireto, foi crescente nos pleitos de movimentos grevistas entre 1978 a 1987.

COSTA (1996) observa que, em contraste com o discurso institucional publicista, predominava, nas ações sindicais, a estratégia particularista de negociar atenção diferenciada por planos de assistência à saúde e previdência complementar, de modo semelhante à organização de interesses norte-americana.

Diante desse quadro, DRAIBE (1994) propõe a classificação do desenvolvimento do *welfare*, no Brasil, como tipo meritocrático-particularista-clientelista, ou conservador na linguagem de ESPING-ANDERSEN (1991). Destaca que, desde sua introdução, as políticas de bem-estar se deram sob relações privilegiadas, corporativistas e clientelistas, entre as burocracias sindical e estatal. Ainda que rompido esse padrão a partir de 1964, outras formas de clientelismo continuaram a influenciar o sistema de proteção social, tendendo a feudalizar a máquina estatal e, com isso, manter a estrutura estratificada de alocação de recursos e distribuição dos benefícios. Ressalta, ainda, que o pós-1985 deixou transparecer, com mais nitidez, a característica clientelista e a dimensão corporativista.

Acrescente-se que as conquistas registradas na Carta Política de 1988 sofreram desde então considerável pressão fiscal. KERSTENETSKY (2012) aponta que, em pouco mais de vinte anos, os gastos sociais praticamente triplicaram e cresceram quase duas vezes mais rápido em relação a PIB e população. Nesse mesmo período, porém, o comportamento dos gastos sociais é demarcado por sequência alternada de expansão e contenção⁵⁵.

Em que pesem inegáveis avanços no sentido da expansão da cobertura, a provisão de bens e serviços sociais permanece estratificada, pelo que pouco contribui para “desmercadorizar” o bem-estar. KERSTENETSKY (2012) identifica que, em 2009, mais de 40% da população economicamente ativa continuavam sem proteção previdenciária direta e apenas parcialmente alcançáveis pela rede de assistência social. Ainda não se vislumbra ruptura da estrutura institucional das políticas sociais com a tendência que demarcou a origem e consolidação do *welfare* brasileiro, rumo não a uma universalidade de efeito estendido, mas de vocação inclusiva (DRAIBE, 1994; VIANNA, 1998; MEDEIROS, 2001).

Assim é que, até o fim da primeira década deste Século, esse modelo de proteção social não mostrou intenção de ser instrumento redistributivo do produto da economia. As raízes da construção do *welfare* brasileiro se prestaram à legitimação dos regimes políticos vigentes, à despolitização das relações sociais e à defesa dos interesses privados. Na síntese de ABRANCHES (*apud* DRAIBE, 1994: 297), esse padrão se caracteriza “pela ausência quase total de ‘pressões de baixo’, pela absoluta centralização decisória e pela fragmentação do aparelho do Estado em inúmeros segmentos com forte autonomia e por uma acentuada tendência à privatização da política”.

Nas palavras ainda atuais de VIANNA (1998: 112):

Heranças meio que contraditórias dessas ditaduras longas e ativas chegaram aos dias que correm. De Vargas ficou a concepção corporativa da organização sindical – em

⁵⁵ A expansão ocorreu entre 1988-1990, 1993-1998, 2004-2009, considerados os gasto total e o *per capita*.

grande parte preservada pela Constituição de 1988 – e, principalmente, o teimoso projeto de constituir atores coletivos que “falam pelas bases”. Dos militares sobreviveram as conseqüências (dificilmente elidíveis) da “americanização pelo alto”: o exacerbado individualismo, o descrédito das instituições, a privatização do espaço público.

Esse é o pano de fundo em que se dá a discussão de direitos sociais na ordem constitucional vigente e que põe como desafio a inserção de modelo de proteção social com as características da social-democracia, já que desamparado de uma história de unicidade dos movimentos de reivindicação da classe trabalhadora, representada por base parlamentar umbilicalmente comprometida com esse ideário. A Constituição de 1988 projetou o estabelecimento de políticas sociais de alcance universal-redistributivo, em ambiente que ainda se ressentia do ranço da política repressiva, de estrutura institucional conservadora e da tradição individualista na defesa de interesses.

Recorrendo à síntese de VIANNA (1998: 11), a terminologia da seguridade social adotada pela Constituição de 1988, ainda que sob espírito progressista e democrático, não logrou “dar conteúdo à sua dimensão simbólica e, muito menos, fazer vigorar a solidariedade que lhe é inerente. Ficou o dito pelo não dito.”

3.3.1 Universalização versus focalização das políticas sociais

Uma vez presente a resiliência do *welfare* nos dias atuais, cumpre indagar que rumo vem tomando as políticas sociais, em particular as de saúde, para observar se o caminho é a garantia de mínimos sociais a todo cidadão, ou se prevalece a responsabilidade pública centrada em dada clientela.

Reconhece KERSTENETZKY (2012), que, nos países da América Latina, o processo de redemocratização trouxe a expansão do *welfare* após os anos 1990 e, particularmente, os 2000, com impulso semelhante ao desenvolvimento dos países europeus no pós-Guerra.

Sem embargo, cumpre examinar se essa expansão tem se dado no sentido da universalidade das políticas sociais ou na focalização sobre estratos mais pobres da população. Como já visto, o *welfare* no pós-anos dourados sofreu inflexões vindas da pressão neoliberal por ajustes macroeconômicos a partir da adoção de planos de austeridade fiscal, em particular nos países de capitalismo periférico, como o Brasil (RODRIGUES e KORNIS, 2013). A crise que afetou as principais economias nos anos 1970 chegou à América Latina, na década

seguinte, pelas mãos do alto endividamento externo. PEREIRA (1996) chama atenção para o fato de que países latino-americanos recém-redemocratizados serviram de laboratório de experiências neoliberais, cujo discurso difundido era de que a intervenção do Estado é fator de ineficiência econômica.

As novas exigências da economia globalizada levaram ao resgate de ações econômicas que privilegiassem instrumentos de livre mercado, ao pressupor maior eficiência do setor privado em ambientes concorrenciais. Foi essa a posição sustentada no Consenso de Washington⁵⁶, que, em síntese, pregou a adoção de conjunto de políticas de estabilização econômica e ajuste estrutural, baseadas na desregulamentação dos mercados, abertura comercial e financeira e redução do tamanho e papel do Estado. No âmbito das políticas sociais, defendeu-se a revisão dos programas para restringir medidas e orientar o gasto público de modo focalizado sobre grupos de baixa renda, pelo que restava a solução de mercado para os demais estratos da população (PEREIRA, 1996; RODRIGUES, 2003; COSTA, 2009).

As conclusões do Consenso de Washington se tornaram fórmula mágica, imposta pelas agências multilaterais como requisito para a concessão de créditos a países em crise. No caso do Brasil, os pilares da agenda neoliberal orientaram a política de estabilização monetária e ajuste fiscal, implementada pelo Governo FHC, nos anos 1990 e seguida na década seguinte. Com efeito, os programas de proteção social se puseram na contramão da universalidade prometida pela Constituição de 1988, para caminhar na direção da seletividade do gasto social (COHN, 2009; RODRIGUES e KORNIS, 2013).

COHN (2009: 1617) chama atenção para o “traço brasileiro de abraçar propostas neoliberais ‘pelo avesso’: adotar programas sociais que tenham como base de intervenção a família, fato tão ao gosto das agências multilaterais, exatamente porque no geral se configuram como políticas conservadoras, normativas do comportamento dos ‘pobres’”.

Na área da saúde, observa PEREIRA (1996: 16) que a universalização “foi substituída, inclusive como valor, pela natureza mais representativa e democrática das escolhas possíveis aos mais necessitados, não só quanto aos gastos a serem realizados, como também em torno das prioridades a serem implementadas e sacrificadas em um quadro de recursos escassos”.

Nesse sentir, afirma COSTA (2009: 698) que a política social, no Brasil, está entrincheirada entre o objetivo de disciplina fiscal e a busca de mais recursos para fins

⁵⁶ Assim denominado pelo economista inglês John Williamson ao se referir à reunião de economistas de instituições financeiras, como FMI e Banco Mundial, realizada em 1989, na cidade de Washington, que resultou na formulação de conjunto de medidas a ser adotado pelos países para promover o desenvolvimento econômico (RODRIGUES, 2014).

distributivos. Isso explica o fato de o sistema de proteção social brasileiro apresentar “imenso mosaico de arranjos organizacionais, fontes de financiamento e de clientelas”.

Mesma percepção é a de VIANNA (2011: 29), para quem os alicerces da nova concepção da política social estão na combinação de empreendedorismo e assistencialismo condicionado, que passaram a ser interpretados como fórmula capaz de “substituir com vantagens o supostamente jurássico Estado de bem-estar social e seu padrão universalista de proteção social”. Adverte que o predomínio da proteção social focalizada sobre a de natureza coletiva e universal leva ao desequilíbrio do orçamento fiscal, ao desperdício de recursos, além de não alcançar devidamente a população-alvo.

Na avaliação de FLEURY (1995: 90), os compromissos assumidos, com base em princípios neoliberais, fizeram com que a promessa de universalidade fosse superada pela realidade da política social que a chamou de “inclusão segmentada”. Assim, “diferentes mecanismos, lógicas diferentes, novos *mix* público/privado, sistemas sociais distintos vão tentar estruturar uma ordem social em que, pelo fato de todos poderem ser incluídos, não encaminha à igualdade, mas sim entronize a diferenciação”. Isso adia “o enfrentamento da questão fundamental da proteção social: a constituição plena de uma comunidade nacional democrática”.

3.4 Em síntese: entre *Beatles* e Carmen Miranda

O *welfare* fecha o circuito da cidadania, na medida em que vai das liberdades individuais, passa pela participação na vida política e chega à garantia de proteção econômica contra riscos e incertezas.

Na esfera econômica, é a força capaz de manter o desenvolvimento da economia capitalista, ao suavizar os efeitos deletérios do mercado pela redução das desigualdades nele geradas. Trata-se de função mais apropriada ao Estado, por sua capacidade de oferecer a dimensão inclusiva em sociedade de classes, ao passo que a lógica de mercado não consegue prover estratos marginais.

Tem-se que o *welfare* é instituição resiliente às investidas neoliberais, sobretudo nos países europeus. A América-Latina e, particularmente no que aqui interessa, o Brasil sofreram inflexões ante a imposição de medidas de estabilização monetária e ajuste fiscal. Assim, em que pese o registro da expansão do *welfare* a partir da redemocratização, os programas sociais

tenderam a assistir segmentos mais pobres da população, em contraste com a previsão constitucional de universalidade da proteção social, como atributo de cidadania. Pode-se arriscar a dizer que, passados mais de meio século, observa-se, no campo do simbólico, o câmbio da carteira de trabalho como expressão cidadã (SANTOS, 1979) para o “CPF que habilita o indivíduo a transitar numa instituição bancária” (VIANNA, 2011: 29).

ESPING-ANDERSEN (1991) traz a compreensão de que os direitos sociais de *welfare* de aceção universalista dependem da mobilização da classe trabalhadora, coesão social e integração político-institucional da sociedade, expressas pela força de representação no parlamento. Propõe, assim, a reconceituação do *welfare* a partir da ideia de “desmercadorização”, na medida em que a dependência do mercado para a provisão de bens e serviços sociais promove a competição entre grupos e, com isso, a estratificação de classes, o que dificulta a mobilização popular em perspectiva de coesão. Agrega à tipologia de TITMUS (1974), os critérios da “desmercadorização”, da estratificação de classes sociais e das estruturas institucionais de poder político-institucional, para analisar a morfologia de três modelos de proteção social: social-democrata, conservador e liberal-assistencialista, o primeiro de feição universal-redistributiva e este último de caráter residual.

Adverte, ainda, que a eficiência do *welfare* não pode ser aferida segundo o tamanho do gasto social, dada a diferença entre os modelos de proteção social dos Estados nacionais, quando comparados. Gastar muito ou pouco não significa, em conclusão imediata, redução ou reprodução de desigualdades.

Atendo-se ao espectro da proteção social na saúde, elegeram-se aqui os modelos polares que influenciaram a atual configuração do sistema de saúde brasileiro. De um lado, está o sistema nacional de saúde inglês, assentado em base universal-redistributiva e, de outro, o esquema norte-americano, de natureza umbilicalmente residual.

Observa-se que, no Reino Unido, o *NHS* representa conquista da sociedade como atributo da cidadania, fundado no espírito de coesão social. O financiamento é maciçamente público e a cobertura se estende a toda a população. A responsabilidade estatal na oferta desses serviços expressa o sentimento de orgulho do povo inglês, historicamente mobilizado em torno de sua integridade.

Já nos Estados Unidos não há sequer definição de sistema nacional de saúde. As ações e serviços nessa área estão basicamente a cargo do setor privado, por miríade de corporações de naturezas diversas e em múltiplos arranjos organizacionais. Na esfera pública, tem-se o financiamento, de forma residual, para estratos não absorvidos pelo mercado e, ainda assim, há população descoberta em número considerável. O gasto em saúde também provém, em

grande medida, de recursos privados. Praticamente, metade dos serviços de assistência à saúde decorre de benefício trabalhista, concedido por empregadores, com apoio em subsídio público, o que revela alto grau de “mercadorização” e estratificação entre classes. Em contraste com o sentimento de solidariedade social que mantém vivo o *welfare* europeu, presente, na sociedade norte-americana, é o darwinismo social.

Como já dito, no Brasil, o desenvolvimento do *welfare* não é fruto de mobilização popular, em particular de “pressão de baixo” da classe trabalhadora pela redistribuição de renda da produção capitalista. Advém de movimentos “de cima” do aparelho do Estado, com forte protagonismo do Executivo, aliado ao acanhamento do Legislativo, em muito a conta de longos períodos autoritários vividos no último século, cujas marcas sociais e culturais são difíceis de apagar e contaminam a política ainda hoje.

As políticas de saúde não fogem à regra. Ainda que surgida de forças progressistas, a Reforma Sanitária foi gestada no interior da máquina burocrática autônoma e, mesmo após a conquista na Constituição de 1988, houve esvaziamento da dimensão política, que cedeu espaço à técnica, na formulação e implementação do SUS. Na percepção de COHN (2009: 1617), privilegiou-se “a dimensão da gerência em detrimento da dimensão da gestão, a dimensão da relação custo/efetividade em detrimento da dimensão da eficácia social, e das metas de cobertura em detrimento da dimensão do acesso e da acessibilidade aos serviços e produtos de saúde”.

Na gênese do *welfare* brasileiro, cidadania e mercado de trabalho estão intimamente correlacionados, elementos que se projetam sobre a acepção dos direitos sociais, na medida em que a política social ainda não conseguiu se desapegar da “mercadorização” da classe trabalhadora. Inserem-se nesse contexto os caminhos pelos quais percorreram as políticas de saúde no Brasil e desembocaram na definição das características atuais do sistema de saúde, como se tratará no capítulo seguinte.

4 ESPAÇOS DO PÚBLICO E DO PRIVADO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Something wicked this way comes.

W Shakespeare
(Macbeth, Act 4, Scene 1)

A definição do modelo de proteção social, segundo ESPING-ANDERSEN (1991), guarda relação direta com as variáveis capacidade de pressão da classe trabalhadora, força do movimento popular, estrutura de poder político e legado histórico da institucionalização do *welfare*. Em vista disso, busca-se verificar, em perspectiva histórica e político-institucional, a que ponto esses elementos influenciaram a atual conformação dos setores público e privado no sistema de proteção social brasileiro no componente saúde.

Essa trajetória ajuda a compreender o surgimento e consolidação do Mercado de Saúde Suplementar e de que modo sua estrutura e porte induziram o desenho das políticas de saúde. Tendo em mente os aspectos que conduziram o desenvolvimento do *welfare* no Brasil, parte-se da premissa de que o padrão institucional de assistência à saúde que hoje vige no país é dependente de escolhas anteriores, notadamente a partir das décadas de 1960 e 1970, de modo que as decisões tomadas desde então permanecem arraigadas àquele período.

Abordar as características da operação dos planos privados de assistência à saúde é relevante para se ter em conta a dimensão e a lógica de funcionamento desse Mercado, de tal forma a se perceber os entraves naturais de substituir o Estado, ou com ele fazer parelha, tanto em termos de financiamento, como na provisão dos serviços.

A comparação com os tipos inglês e norte-americano de atenção à saúde, tomando-se por base a classificação de ESPING-ANDERSEN (1991), ajuda a melhor compreender em que modelo se enquadra o sistema nacional de saúde brasileiro: se vingou o projeto social-democrata da Reforma Sanitária, ou se pende para o liberal-assistencialista. Descarta-se, de pronto, o modelo conservador, porque a saúde não está mais vinculada a seguro social compulsório desde a Constituição de 1988.

4.1 Das campanhas sanitárias ao SUS

Furto da evolução político-institucional brasileira, os anos 1980 assistiram a transformações no sistema de saúde, vindo a desempenhar papel histórico para a constituição

de nova ordem no campo da proteção social. Esse modelo vem romper com antecedentes marcados por políticas de saúde voltadas a atender à ordenação da cidade e aos processos de produção, que remontam à vinda da família real em 1808, quando a preocupação estava centrada na higiene do ambiente e do produto. Esse desenho se manteve até a proclamação da República.

NORONHA e LEVCOVITZ (1994) mostram que os serviços de saúde pública, em âmbito nacional, organizaram-se, desde a Primeira República, por meio das chamadas campanhas sanitárias⁵⁷, voltadas prioritariamente ao combate de epidemias nas áreas urbanas, ao passo que os primeiros passos da assistência médica no Brasil estiveram centrados na prática liberal e no surgimento de instituições de cunho filantrópico.

Já no início do século XX se observa o direcionamento da política de saúde que, ante a influência de ideologia campanhista, dirigia-se a ações de saneamento e combate de epidemias, primeiro nos centros urbanos, seguida da extensão para as áreas rurais. Os hospitais públicos, nessa fase, guardavam caráter de segregação e se restringiam aos casos terminais ou às doenças mentais. Não havia interesse na definição de política ampla de proteção social, pois as medidas sanitárias tinham por objetivo eliminar obstáculos à civilização (SCLIAR, 1987).

Com a institucionalização da Previdência Social pela Lei Eloy Chaves em 1923, pela criação das CAPs e, na década de 1930, dos IAPs, surgiram os primeiros esquemas de cobertura de riscos assistenciais, ancorados na lógica da solidariedade circunscrita às corporações profissionais (BAHIA, 2005). Segundo DRAIBE (1994), até meados da década de 1980, não havia sistema nacional de saúde organizado. Nesse período, as ações e serviços se estruturaram sobre a dicotomia entre saúde pública de caráter preventivo, atribuída ao então Ministério da Educação e Saúde Pública – MESP, e medicina previdenciária, a cargo do Ministério do Trabalho Indústria e Comércio – MTIC, que consagrou o modelo assistencial curativo, individual e especializado. Essa dualidade foi determinante para a formação dos contornos da política de saúde.

Esse arranjo, em boa parte, foi fruto do processo de industrialização acelerada que o Brasil viveu a partir da década de 1930, intensificado nos anos 1950, quando a indústria assumiu o setor primário da economia brasileira, deixando o país de ser efetivamente rural e

⁵⁷ As “campanhas sanitárias” por equipes de trabalho formadas para controle de processos epidêmicos, ao adotar um estilo repressivo de intervenção, favoreceram uma estrutura administrativa de saúde centralista tecnoburocrática e corporativista. Daí a surgir uma “ideologia campanhista” que sobreviveu por mais de 70 anos tanto na burocracia sanitária, quanto no ensino de saúde pública, sendo esse o vetor da formação dos planejadores e gestores das ações de saúde pública.

agrícola para se tornar predominantemente urbano e industrial, o que gerou massa operária que precisava ser atendida pelo sistema de saúde (BAHIA, 2005). MINECUCCI (2007) assinala que o desenvolvimento, no interior das instituições de previdência, da política de atenção à saúde acabou por lhe conferir caráter meritocrático, com inclusão corporativa de trabalhadores urbanos inseridos no mercado formal de trabalho. Posteriormente essa estratificação se agravará diante de diferentes padrões de cobertura, em que se privilegiavam segmentos de trabalhadores nos setores produtivos mais dinâmicos. O que se pôs em jogo, nessa arena, não eram apenas os interesses do agente privado provedor de serviços, mas também os da clientela por ela beneficiada.

Daí se deflagrou processo centralizador da assistência médica, no campo das ações de saúde, orientado pelo padrão urbano-industrial da sociedade brasileira e vinculado ao sistema de Previdência Social. MENDES (1993) observa ter sido movimento simultâneo de crescimento da assistência médica previdenciária e esvaziamento progressivo das ações campanhistas, o que acabou por levar à conformação do modelo assistencial privatista, consagrando a prática de medicina curativa e individualizada. As redes públicas estaduais e municipais estavam voltadas ao atendimento em situações de emergência, bem como da população marginal ao sistema previdenciário.

Esse cenário permaneceu quase que inalterado até 1964, quando o regime autocrático militar rompeu com qualquer possível tendência descentralizante dos serviços de saúde, criando sistema quase que unitário. A lógica centralista, aliada ao regime repressivo, afetaram profundamente os modelos de saúde pública, que passaram a se basear na generalização da medicina curativa e individualizada, e construíram as bases para o que se chamou de complexo médico-industrial, subsidiado pelo poder público.

A medicina previdenciária teve seu apogeu com a unificação das instituições previdenciárias pela criação, em 1966, do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS. A partir de então se acentuou a centralização da política de saúde nas mãos do Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS. Reorganizaram-se relações entre Estado e sociedade civil, a partir do aumento do poder regulatório central e do afastamento das classes trabalhadoras das instâncias decisórias, o que resultou na progressiva eliminação do modelo de gestão tripartite até a década de 1970.

A despeito do rompimento com o modelo anterior, remanesceu a tendência assistencialista na condução da política de saúde, até como forma de suavizar as tensões sociais e com intuito de forjar a legitimidade do regime autocrático militar (NORONHA e LECOVITZ, 1994; CORDEIRO, 1983). Reforça-se, no entanto, a estratificação da clientela

assistida, na medida em que se destinou provisão pública residual aos pobres, enquanto que se formou vigoroso arranjo privado para os estratos médios e altos de renda e contribuintes da previdência (KERSTENETZKY, 2012).

Além do mais, na Previdência unificada, optou-se pelo modelo tecnocrático do extinto Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários – IAPI, que se baseava na compra de serviços de saúde. Essa política, permissiva ao desenvolvimento do complexo médico-industrial sob financiamento público, foi determinante para a expansão do setor privado, na medida em que se deu prioridade à contratação de serviços de terceiros em lugar do investimento em rede própria. Essa opção tornou o sistema público dependente dos serviços privados (CORDEIRO, 1985; BAHIA, 2005; MENECCUCCI, 2007).

Assim é que os serviços de assistência à saúde se estruturaram e se desenvolveram sob forte interconexão com a rede privada, sob o incentivo da Previdência em três vertentes: incentivos à produção, pela adoção do mecanismo de compra como forma de garantir o escoamento da produção do serviço; incentivos à formação de preços, tidos como auxílios à produção, incentivos fiscais ou garantias de redução de custos; e incentivos ao investimento, pela oferta de linhas especiais de crédito (MÉDICI, 1992).

No tocante à produção, a própria estratégia da Previdência Social de ser a maior compradora dos serviços de assistência à saúde serviu de grande incentivo ao crescimento do setor. Sob a justificativa da insuficiência da rede própria para fazer frente à demanda crescente da população, lançou-se mão do credenciamento de serviços privados, mediante pagamento com base em unidades de serviço. Os serviços hospitalares comprados de terceiros representaram quase a totalidade de gastos com assistência à saúde (CORDEIRO, 1985; OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986). Entre 1969 e 1975, giravam em torno de 90% da despesa geral da Previdência, com a maior parcela repassada ao setor lucrativo (MÉDICI, 1992).

Vale realçar que o INPS passou a financiar, mediante convênio, a assistência médica mantida por empregadores para seus empregados, como se destacará no tópico seguinte, não sem antes registrar semelhanças com o arranjo norte-americano de assistência à saúde, em razão das deduções fiscais por despesas com saúde (KERTENETZKY, 2012).

Nesse ponto, observa MINECCUCCI (2007: 28) que a unificação da Previdência significou apenas ruptura formal da estratificação, pois a expansão da assistência promoveu outras formas de segmentação, diferenciando trabalhadores pelo tipo de provisão, ainda que sob financiamento público direto ou indireto. “Essa forma histórica de desenvolvimento da assistência não favoreceu a constituição de uma identidade coletiva entre o público-alvo da

política capaz de articular uma demanda universalista. Ao contrário, propiciou a particularização das demandas de saúde e a constituição de identidades corporativas.”

Quanto aos incentivos ao investimento, OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA (1986) anotam que o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS proporcionou grande impulso à remodelação e ampliação dos hospitais da rede privada e à realização de bens produzidos na indústria de equipamentos hospitalares. Observa-se que o FAS se prestou basicamente a financiar o setor privado, representando quase 80% das propostas de financiamento aprovadas pela Caixa Econômica Federal – CEF. Evidencia-se, com isso, o grau de distorção na utilização dos recursos de um fundo, já que o Conselho de Desenvolvimento Social recomendou que somente 30% dos recursos fossem destinados ao setor privado.

Efeito disso foi a formação de complexo esquema privado de prestadores de serviços médico-hospitalares e de empresas médicas, além de organizações próprias de atenção à saúde para empregados e servidores públicos. Essa rede constituída, sob fomento estatal, em torno da assistência privada e segmentada por categorias sociais se incrustou no tecido social a ponto de constringer mudanças de trajetória (*path dependence*⁵⁸), ante a inviabilidade de se romper radicalmente com a estrutura e cultura que se consolidaram nesse período. (CORDEIRO, 1984; OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986; MINECUCCI, 2007).

MINECUCCI (2007) argumenta o efeito *path dependence* nas políticas de saúde, em função do estabelecimento de mecanismos e formatos institucionais que induziram a prestação da assistência à saúde a comportamentos de difícil reversão. Aponta dois determinantes: a decisão do governo de ampliar cobertura para trabalhadores formais pela compra de serviços de prestadores privados via previdência social, em lugar de estruturar rede pública capaz de atender à demanda crescente; e a concessão de incentivos a empregadores que se responsabilizassem pela atenção à saúde de seus empregados, o que também se deu, em grande parte, pela compra de serviços. Dessa sorte, a política de saúde induziu a alocação de recursos econômicos pelo setor privado, que, a seu turno, foi incentivado a fazer investimentos para desenvolver sua capacidade de absorver a demanda gerada por serviços de saúde.

O final da década de 1970, no entanto, foi marcado pelo esgotamento desse modelo assistencial, em muito por força da crise fiscal do Estado, com repercussões diretas para a Previdência Social, como também pela própria inadequação que esse modelo apresentava perante a realidade sanitária nacional. Emergia, assim, a necessidade de se mudar o modelo de

⁵⁸ Etapas anteriores em dado sentido induzem ainda mais movimento na mesma direção (PIERSON, 2000).

atenção à saúde, dando-se início à disseminação da agenda da Reforma Sanitária, o que veio a ocorrer ao longo dos anos 1980, inserido na conjuntura da transição democrática.

A busca da ampliação dos recursos à disposição da população, bem como a equidade em sua distribuição e utilização destacavam-se como pontos centrais da agenda reformista. Sucede que, após o forte crescimento da oferta e produção dos serviços médico-hospitalares do final dos anos 1970, assistiu-se à grande retração entre 1982 e 1985, à exceção do atendimento ambulatorial, graças à ação dos Estados (NORONHA e LECOVITZ, 1994).

A partir do Governo Geisel é que a política de saúde adquiriu algum contorno universalizante e descentralizador dos serviços. Contribuíram para essa tendência a formação do Sistema Nacional de Saúde – SNS, a promoção do Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento – PIASS e a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, fruto da cisão das ações de assistência à saúde do INPS. Em função da crise previdenciária, intensificou-se a discussão sobre a reformulação do modelo de gestão da saúde pela criação, em 1980, do Conselho Consultivo de Administração da Saúde – CONASP. Dentre suas propostas, destaca-se o programa das Ações Integradas de Saúde – AIS, transformado em ação estratégica de integração e racionalização da gestão em saúde.

A partir da Nova República, a AIS ganhou expressão nacional, na tentativa de promover a integralidade das ações de saúde, universalizar o acesso e unificar os serviços, transformando-se, assim, em eixo fundamental da política de saúde na primeira fase do governo de transição democrática. No processo de redefinição da organização político-administrativa do Estado, viu-se crescente tendência descentralizadora e, entre as mais debatidas, estava a questão da saúde. Daí redundou a criação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde – SUDS, com objetivo de consolidar e aprimorar as AIS, sob a perspectiva induzir a gestão descentralizada. Com o SUDS, a execução direta dos serviços de saúde ficou a cargo de Estados e Municípios, cabendo à União as ações de coordenação política, planejamento, supervisão e regulamentação, além dos serviços de abrangência nacional.

Anota PEREIRA (1996) que a rede privada contratada do INAMPS, por ser dependente de recursos públicos – o Estado era seu maior cliente – tinha interesse em apoiar as políticas distributivas na saúde, a fim de obter parcela maior do orçamento pelo aumento de demanda. O SUDS, no entanto, obrigou esse setor a rearticular suas negociações, antes centralizadas na esfera federal, com múltiplas instâncias decisórias. Para vencer esse empecilho, a tática usada pela Federação Nacional de Estabelecimentos de Serviços de Saúde – Fenaess e pela Federação Brasileira de Hospitais – FBH foi de alardear falhas no processo de implantação do

SUDS como forma de deslegitimá-lo perante a opinião pública. Já para o setor privado autônomo, por ser independente dos recursos do INAMPS, manteve-se indiferente ao SUDS, na medida em que lhe favorecia a descentralização da regulação estatal. Registra ainda o autor a ampliação desse mercado, por conta do aumento da demanda por convênios com empresas médicas, inclusive por reivindicações de sindicatos de trabalhadores.

Esse movimento descentralizante foi determinante na conformação das características fundamentais do SUS, tendo sobrevivido até a aprovação da LOS, em 1990. Registrem-se, nesse período, medidas de caráter universalizante, entre elas a modalidade de convênio com as entidades filantrópicas, que permitiu a remuneração do atendimento prestado aos não-contribuintes da Previdência e a abolição da exigência de comprovação da condição de segurado pra atendimento na rede própria do INAMPS.

No entanto, paradoxalmente às conquistas obtidas pelo movimento da Reforma Sanitária, os anos 1990 marcam o início de novo declínio do financiamento público no setor, não só em razão dos imperativos de estabilização macroeconômica gerados pelo agravamento da crise, mas por opção do governo federal, o que provocou refluxo dramático na política de saúde de cunho universalizante. Lembra KERSTENETZKY (2012) que a previsão constitucional sobre o orçamento da seguridade social deixou de especificar a repartição de recursos entre suas três áreas, pelo que, além do ajuste fiscal, a saúde foi prejudicada pela conjuntura de expansão previdenciária.

Dos anos 1990 aos atuais, o sonho reformista da saúde como direito social ainda não se realizou plenamente, mesmo após alguns progressos na questão do financiamento pela vinculação constitucional de receitas, como já se viu. Medidas importantes também foram tomadas, como os Programas Agentes Comunitários da Saúde da Família, Saúde da Família, Saúde Bucal, Mais Médicos, Farmácia Popular, entre outras. Sem embargo, a política de assistência à saúde está centrada na atenção básica e voltada a estratos de menor renda. Média e alta complexidade continuam sendo gargalo do sistema, o que reduz a eficiência da atenção básica como mecanismo de porta de entrada.

Em que pesem inegáveis melhorias trazidas com a criação do SUS, as transformações organizacionais ocorridas não foram capazes de desmontar o modelo de gestão estruturado nos anos 1960. Dessa feita, a reforma constitucional da saúde não significou mudança de rota na assistência à saúde, e sim a continuidade da conformação mista de público e privado, pois que essa mudança é limitada pela antiga estrutura institucional (MENICUCCI, 2007; RIBEIRO, 2009).

Nessa mesma linha afirma KERSTENETZKY (2012: 245) que “os serviços públicos seguiram se especializando na ‘clientela’ pobre e talvez por esse motivo seja tão difícil revertê-los para a universalização almejada de 1987”. Esse quadro favorece o crescimento da oferta do chamado setor alternativo privado autônomo, contratado como bem de consumo.

4.2 Da caridade ao Mercado de Saúde Suplementar

Os serviços de assistência à saúde, em sua fase embrionária, estavam centrados na prática liberal e na formação de instituições de cunho caritativo e filantrópico, em particular as Santas Casas e Beneficências de imigrantes. Os serviços privados de assistência à saúde se ergueram a reboque do desenvolvimento industrial no país. Sua estruturação tem origem na institucionalização da Previdência, mediante financiamento da contribuição de empregados e empregadores. É a partir daí que surgem os primeiros esquemas de intermediação de serviços médico-hospitalares, mediante cobertura de riscos assistenciais, ancorada na solidariedade e no mutualismo (CORDEIRO, 1983; BAHIA, 2005).

Nos anos 1940, instituições do setor público e empresas privadas implantaram esquemas de assistência médico-hospitalar para seus trabalhadores. Nesse período, foi criada a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI e a assistência patronal para os servidores do antigo IAPI, que, mais tarde, daria origem ao Grupo Executivo Assistência Patronal – GEAP, órgão da Administração federal, depois transformado em entidade fechada de previdência complementar (BAHIA, 2001).

CORDEIRO (1983) também observa que é a partir desse período que se manifesta mais claramente a participação do setor privado lucrativo na assistência à saúde. As tradicionais instituições filantrópicas e religiosas foram perdendo a característica original, ainda que mantidas no âmbito jurídico, e entabularam moldes de empresa.

É durante os anos JK, em particular por conta da implantação das indústrias automobilísticas do ABC, na região metropolitana de São Paulo, que a estruturação de sistemas assistenciais autônomos tomou corpo. Esses arranjos nasceram em resposta à demanda, criada pela indústria, de provimento da assistência médica para sua força produtiva. O atendimento tendia a ser orientado para os casos de acidente de trabalho, no intuito de repor o trabalhador mais rapidamente à linha de produção (CORDEIRO, 1984; OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986).

É, no entanto, em meados da década de 1960 que tomou propulsão o setor privado autônomo de assistência à saúde, como resultado de mudanças operadas no componente da medicina previdenciária, muito em função do elo formado entre burocracia previdenciária e setor empresarial (CORDEIRO, 1984; BAHIA, 2005). A Previdência passou, mediante convênio e por dedução da contribuição patronal, a transferir para as empresas a responsabilidade pela atenção à saúde de seus empregados. Segundo VIANNA (1998), a participação do INPS nesse arranjo era bastante vantajosa para os empregadores, pois não só assumia parte do custeio, como fiscalizava os serviços prestados. Para os beneficiários, significava a oportunidade de atendimento de melhor qualidade.

A assistência à saúde ao trabalhador era prestada inicialmente por departamentos médicos da própria empresa e, mais tarde, pela terceirização desse serviço para organizações de grupos médicos, daí nascendo convênios entre entidades empregadoras e empresas médicas. OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA (1986) anotam que à conta da Previdência ficaram os procedimentos médicos mais complexos e lentos no tratamento de empregados cobertos pelos convênios. Muito embora o INPS estivesse desobrigado a prestar assistência a esses empregados, era frequente seu atendimento pela rede do Instituto, não havendo notícia da cobrança de ressarcimento por tais serviços.

É da chamada “medicina de fábrica” que surgiram as empresas médicas especializadas na venda de serviços assistenciais, inicialmente por redes próprias e, depois, por sistema de credenciamento de prestadores de serviço médico-hospitalar. Esses convênios propiciaram dinamismo próprio ao setor privado autônomo, independentemente de financiamento direto do Estado (OLIVEIRA e FLEURY TEIXEIRA, 1986; VIANNA, 1998; BAHIA, 2005; MINECUCCI, 2007).

Observa MINECUCCI (2007) que essa decisão contribuiu para que fosse criado mercado cativo de prestadores de serviços de saúde subsidiado por recursos públicos, o que levou ao desenvolvimento da prática empresarial voltada para a assistência à saúde dos trabalhadores formais. Esse mercado viria a se consolidar mesmo quando extintos esses incentivos governamentais.

Daí que o surgimento das medicinas de grupo, que se instituíram em torno de proprietários ou acionistas de hospitais, logo ampliando sua rede de serviços pela compra de consultas médicas realizadas por profissionais em seus próprios consultórios. Nesse mesmo período, observa-se movimento alternativo, formado em reação à ameaça de controle do ato médico por terceiros. Esse segmento se organizou em cooperativas de trabalho médico, as Unimed, inicialmente com objetivo de preservar a prática dos consultórios médicos, mas, em

seguida, complementou suas redes com credenciamento de hospitais e laboratórios (DUARTE, 2001; BAHIA, 2005).

Os anos 1970 foram marcados pelo significativo crescimento do complexo médico industrial, propiciado, entre outros fatores, pela expansão da cobertura pela Previdência Social, elemento esse decisivo para que empresas médicas, até então com presença tímida no mercado, tomassem fôlego e importância que lhes seriam conferidos na década seguinte. Aponta VIANNA (1998) que, em 1977, os convênios médicos chegaram a 4,5 milhões de beneficiários cobertos, o que significava 10% da população previdenciária.

Verifica-se também que o declínio da política de remuneração do INAMPS à rede privada de serviços levou à crescente deteriorização do sistema público de atenção à saúde e, com efeito, à busca crescente da classe média pela alternativa dos planos de assistência à saúde. Do mesmo modo, os trabalhadores passaram a exigir de suas empresas a inclusão de convênios médicos como item da cesta de benefícios. FAVERET FILHO e OLIVEIRA (1990) mencionam o fato de que passava a ser cada vez mais comum a incorporação, na agenda de reivindicação dos movimentos sindicais, de planos de assistência à saúde por empresas empregadoras. A pressão dos sindicatos, aliada à estratégia das empresas de aumentar os salários por via indireta, bem como das empresas médicas de se fortalecerem no mercado, propiciaram aumento significativo do potencial expansivo desse mecanismo de acesso aos serviços privados de saúde.

Resume PEREIRA (1996) que as organizações que operavam planos privados de assistência à saúde nasceram pequenas e descapitalizadas, mas essa precariedade capitalista inicial não impediu o empresariado de buscar nichos de mercado nas empresas empregadoras. Essa atividade, surgida à margem do planejamento estatal, integrou-se rapidamente à expansão da economia. VIANNA (1998: 139-140) também ressalta que, na década de 1970, a clientela potencial dos convênios médicos havia crescido e se diversificado à conta do crescimento econômico, formando-se, assim, significativa demanda por serviços médicos de boa qualidade. Com efeito, “o mercado engendrou a saída. Mas não sem o concurso do Estado [...] numa evidente demonstração de que o projeto de ampliação da cidadania social não contemplava o coletivo”.

A saúde passou, assim, a ser vista como bem de consumo, especificamente de consumo médico, fortemente induzido pela possibilidade de deduzir despesas com saúde no imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas empregadoras (MÉDICI, 1992; VIANNA, 1998; BAHIA, 2008; KERTENETZKY, 2012).

Nesse mesmo período, além do ambiente favorável ao mercado de planos de saúde, serviu de estímulo para a entrada das seguradoras no ramo saúde o processo de “financeirização” do seguro privado, em que as atividades financeiras de bancos e de seguradoras se concentraram em conglomerados, passando a atuar em larga escala e, com isso, diversificar seu portfólio de produtos (KORNIS e SICSÚ, 2000). Inicialmente as seguradoras não participavam da prestação do serviço, limitando-se a reembolsar as despesas, pois lhes cabia apenas a intermediação financeira, mas, a partir de 1989⁵⁹, são autorizadas a oferecer rede referenciada de profissionais e serviços de saúde. Formava-se, daí, articulação entre capital financeiro e prestação dos serviços médicos, o que impulsionaria a “capitalização radical dos serviços de saúde”, como vaticinado por CORDEIRO (1983: 29), e a formação do complexo médico-financeiro (VIANNA, 2002).

Assim é que a assistência à saúde, ao tempo em que tem natureza de bem público derivado de direito social, passou também a ser posta em mercado como bem de consumo privado. As interações no domínio público são compreendidas a partir da relação entre fornecedores e usuários, na condição de cidadãos garantidos pela proteção da seguridade social. Já as de domínio privado, bens e serviços são tomados como mercadoria a ser negociada entre fornecedor e consumidor, com base em escolhas e aptidões dos atores envolvidos (PEREIRA, 1996).

É esse o cenário que encontra o fim dos anos 1990, ocasião do marco regulatório do Mercado de Saúde Suplementar pela edição da Lei nº 9.656/1998 e, dois anos depois, pela criação da ANS.

4.2.1 Especificidades e imperfeições de Mercado

Não bastasse o Mercado de Saúde Suplementar operar com produto axiologicamente complexo – a saúde – por implicar a indisponibilidade e integridade da vida humana, a trajetória de crescimento desse Mercado já demonstra que sua estrutura não pode ser traduzida por modelos simplificados.

⁵⁹ Circular SUSEP nº 5, de 09/5/1989.

Na tentativa de se aproximar do conceito de plano de assistência à saúde, cabe tomar de empréstimo a definição ontológica de seguro. Pode-se dizer que sua natureza está intimamente ligada à necessidade de segurança e ao sentimento de solidariedade, ambos presentes no inconsciente coletivo do ser humano. A origem do seguro está na necessidade atávica do indivíduo de se proteger do perigo, da incerteza do futuro e do medo da perda de suas conquistas. Vale lembrar que, na hierarquia das necessidades de MASLOW (*apud* CHIAVENATO (1994), após satisfeitas total ou parcialmente suas necessidades fisiológicas, o homem busca a segurança física e psicológica. Desde os primórdios da organização da sociedade, quando se percebeu que era preciso amearhar reservas para se defender de eventuais adversidades no porvir, o indivíduo se viu na contingência de organizar grupos de assistência. O seguro surge, assim, da solidariedade espontânea do homem, o que o levou a condutas de ajuda mútua, ou de poupança coletiva, formada para a proteção de riscos naturais a sua existência. E esse mecanismo de defesa contra riscos, no princípio de forma elementar, tal como a própria estrutura societária primitiva, foi se aprimorando, em compasso com o desenvolvimento social, econômico, intelectual e tecnológico, até atingir a complexa atividade que hoje caracteriza o seguro moderno.

Pode-se, então, definir seguro como mecanismo que associa riscos de indivíduos pertencentes a dado grupo, mediante uso de recursos acumulados por contribuições de seus integrantes para pagar perdas ligadas a esses riscos. Sua finalidade essencial está em restabelecer o equilíbrio econômico perturbado. No plano individual, visa proteger pessoas e patrimônio e, no social, preservar condições de sustento, emprego e meios de produção.

Com efeito, a operação do seguro, tal qual o plano de assistência à saúde, estrutura-se sobre três premissas fundantes: a previdência, que se expressa pela prevenção do homem contra eventuais prejuízos econômicos; a incerteza, pela imprevisibilidade da ocorrência do evento em saúde; e o mutualismo, pela reunião de indivíduos para o rateio entre todos dos prejuízos sofridos por alguns.

CHOLLET e LEWIS (1997) explicam que a necessidade de assistência a saúde é bastante dispendiosa para qualquer pessoa, mas apenas alguns poucos vão fazer uso dos serviços em dado intervalo de tempo. Como resultado, a diluição do risco das despesas por muitas pessoas é o que torna o seguro ou plano de assistência à saúde acessível a todos. A lógica dessa operação consiste, portanto, em atividade fundada em técnicas atuariais e financeiras para administração do risco. Na mesma linha, DONALDSON e GERARD (1993) anotam que a imprevisibilidade da doença inviabiliza o planejamento individual do consumo futuro da assistência à saúde. A resposta do mercado é a oferta de planos que, além dos custos

assistenciais, paguem despesas administrativas e dêem margem de renda. Pelo lado do consumidor, tem ele consciência de que paga por outras despesas além das relacionadas aos gastos assistenciais, mas se dispõe a pagar o preço porque é avesso ao risco.

O Mercado de Saúde Suplementar atende, desse modo, à finalidade macroeconômica, eis que contribui para a geração de renda, a partir da acumulação de recursos financeiros pela captação das contraprestações pecuniárias pagas pelos consumidores e pela constituição de ativos garantidores das provisões técnicas. Daí porque as operadoras se submetem à regulação prudencial, aproximando-se da lógica que caracteriza o Sistema Financeiro Nacional, na medida em que suas atividades envolvem captação, intermediação, administração e aplicação de recursos financeiros de terceiros. Na operação, captam-se recursos dos consumidores como forma de lhes garantir a assistência à saúde pela intermediação com provedores de bens e serviços, mediante a administração e aplicação desses recursos (GADELHA, 2003).

A base técnica de operação do seguro e planos de assistência à saúde em nada difere. Em ambos, há captação e administração de recursos de grupos, em regime de mutualismo, para garantir a necessidade de provisões e gestão de risco para honrar coberturas contratadas. A diferença entre a forma clássica do seguro e a operada no Mercado de Saúde Suplementar está no fato de que, no plano de assistência à saúde, tal como no seguro-saúde, a cobertura obrigatória é ilimitada e variável de acordo com a incorporação de novas tecnologias em saúde. Não há teto financeiro para a indenização e a probabilidade de sinistro é maior do que o limite operacional (*break even point*) dos outros ramos⁶⁰, como se verá adiante.

A tríade prevenção-incerteza-mutualismo também aproxima o plano de assistência à saúde ao conceito de previdência, eis que, em ambos, o consumidor paga para ter direito à cobertura. No entanto, na previdência, o desembolso se dá ao longo de um espaço de tempo para recebimento do benefício em momento futuro. Já no plano de assistência à saúde, vencidas as carências, o benefício já é fruível no instante do pagamento; aqui não se trata de poupança futura, e sim de rateio de despesas, em tempo presente, entre dado grupo coberto.

Como se viu, a formação do Mercado de Saúde Suplementar se deu nos últimos 50 anos, mas com presença efetiva do Estado apenas na última década. Mais do que isso, surgiu a partir do fortalecimento de mecanismos privatísticos, promovidos pela própria atuação governamental, o que levou esse setor a expansão sem intervenção mais efetiva do Estado.

⁶⁰ (i) Enquanto o teto de sinistralidade praticado no mercado segurador é de 70%, a média do mercado de saúde suplementar ultrapassa a 80% (Fonte: BRASIL/SUSEP/MF, 2014 e BRASIL/ANS/MS, 2015); (ii) A sinistralidade é entendida como a relação entre a receita das contraprestações pecuniárias recebidas pela operadora e suas despesas assistenciais.

Além disso, a complexidade de sua estrutura, a relevância social do produto que nele se opera e a imbricada relação entre seus três principais agentes – operadoras, provedores de serviço e consumidores – já constituem *per se* fatores determinantes de sua singularidade. Os agentes, nessa interação triangular, confrontam interesses antagônicos: de um vértice, os consumidores esperam ter cobertura assistencial a preço mínimo; de outro, as operadoras buscam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da operação e a maximização da rentabilidade; e do terceiro, os provedores dos serviços assistenciais desejam melhor remuneração possível e integridade do ato médico (SILVA JUNIOR e GOUVEIA, 2012).

Chama-se atenção para o fato de o Mercado de Saúde Suplementar integrar o setor saúde e, por conseguinte, o complexo médico-industrial. Este abrange não só a provisão dos serviços, nela incluídos profissionais e estabelecimentos de saúde, como uma gama de setores ligados à indústria de medicamentos, insumos e equipamentos médicos, inclusive com uso intensivo de pesquisa e desenvolvimento. Esse Mercado recebe, assim, externalidades de outros mercados, de modo que a tomada de decisão em dado segmento pode causar impacto direto sobre os demais. Não bastasse, no setor saúde, a inovação tecnológica não implica, a rigor, redução do custo da produção ou aumento de produtividade em si, o que pressiona mais ainda o preço (TEIXEIRA, 2001; VIANNA, 2002; GADELHA, 2003).

As externalidades também estão presentes na interação do Mercado de Saúde Suplementar com as políticas públicas de saúde. MÉDICI (1992) observa que o consumo de cuidados de saúde está associado a efeitos externos. Assim é que, *e.g.*, ineficiências no controle de epidemias, de um lado, ou campanhas exitosas de vacinação, de outro, são fatores que impactam na demanda por serviços de assistência à saúde.

A complexidade do setor saúde não é própria do caso brasileiro, mas comum às nações, sendo, contudo, perversa nos países de economia periférica. O financiamento de serviços de saúde enfrenta desafios globais, em particular após a consolidação do modelo hegemônico de medicina flexneriana e do uso intensivo de tecnologias duras a partir da metade do último século. Desde então os gastos em saúde passaram a tomar mais espaço nos orçamentos públicos até mesmo dos países centrais.

A essas especificidades agregam-se as imperfeições típicas do Mercado de Saúde Suplementar que, em conjunto, concorrem para agravar a relação entre seus agentes, bem como para distingui-lo dos setores clássicos da economia (TEIXEIRA, 2001).

Entre as falhas de mercado descritas por DONALDSON e GERARD (1993), a assimetria informacional merece especial destaque. A própria natureza da operação, que envolve risco e incerteza do evento, faz com os agentes apresentem desequilíbrios de informações entre si. A

tendência é que a tomada de decisão ocorra em situação de desvantagem para o agente menos informado. Resultam daí alguns comportamentos oportunistas que caracterizam as interações no Mercado de Saúde Suplementar: seleção adversa, seleção de risco, risco moral (*moral hazard*), relação de agência (*principal-agent*) e custos de transação (BRASIL/CADE/MJ, 2015).

Como dito, o ser humano naturalmente é avesso a incertezas. A seleção adversa é, assim, fenômeno que expressa inclinação de demanda por plano de assistência à saúde pelo consumidor mais propenso ao risco. Como resultado, as operadoras tendem a incorporar grupos de maior risco, por desconhecerem suas reais condições de saúde (SILVA JUNIOR e GOUVEIA, 2012).

Como defesa da seleção adversa, as operadoras adotam estratégias de seleção de risco. Para tanto, procuram criar barreiras de entrada a grupos com maior potencial de risco, notadamente crônicos e idosos. Esses mecanismos de controle podem se dar pela restrição direta de acesso ao plano ou, se vedada essa discriminação de consumidores, pela estratificação de preços segundo o risco ou, ainda, pela transferência de custos para grupos de menor risco a partir da precificação pela média (SILVA JUNIOR e GOUVEIA, 2012).

O problema do risco moral se refere à mudança de comportamento do consumidor, em vista do conhecimento prévio da garantia de cobertura do risco. Há, por conseguinte, tendência a não se racionalizar o consumo, seja por negligência no cuidado com a saúde, seja por sobreutilização dos serviços, uma vez que o consumidor não tem de arcar com o ônus total dos custos assistenciais. A operadora, em reação, incorpora esse comportamento no custo da operação, com impacto sobre o preço do produto (SILVA JUNIOR e GOUVEIA, 2012).

O risco moral também se desdobra na relação de agência entre consumidor-paciente (principal) e provedor-médico (agente). Subsiste domínio técnico do provedor do serviço, que detém a oferta e pode induzir a demanda, ao passo que o consumidor é refém de suas decisões, por não ter a informação completa de sua condição de saúde, tampouco dos meios de diagnóstico e tratamento adequados. TEIXEIRA (2001) destaca que este aspecto do Mercado de Saúde Suplementar o diferencia da teoria econômica tradicional, em que a interação entre oferta e demanda é orquestrada por atores distintos.

Na relação entre operadoras e rede de serviços assistenciais a assimetria de informação também está presente sob a forma do chamado custo de transação. A insegurança quanto ao comportamento oportunista dos agentes na relação contratual eleva o custo de produção, dada a necessidade de planejar e monitorar estruturas de governança para maximizar a eficiência na negociação (*ex ante*) e no cumprimento (*ex post*) do acordo WILLIAMSON (*apud* FIANI, 2002).

A tensão entre auditoria médica e inviolabilidade do ato e do sigilo médico é exemplo que bem ilustra o fenômeno.

TEIXEIRA (2001) também menciona outra especificidade ao apontar, no caso brasileiro, problemas de capacidade de rede assistencial instalada, que adquirem contornos relevantes quando se tem em conta as profundas desigualdades regionais e as dimensões continentais do território nacional. Há regiões com alta concentração de equipamentos, instalações e serviços, já outras com vazio sanitário, o que se agrava pela dupla intermediação – pública e privada – que demanda, em geral, mesma rede de provedores se serviços. Dessa feita, planos de assistência à saúde com cobertura nacional podem significar, *in praxis*, conto de Alice.

Dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES (BRASIL/MS/DATASUS, 2015) dão conta de que é na Região Sudeste que se concentra cerca da metade de todos os estabelecimentos, postos de trabalho e equipamentos em saúde, em contraste com as Regiões Norte, e Centro-Oeste, cujos números não chegam a um décimo do total de recursos físicos e humanos, como se observa na Tabela 9 a seguir:

Tabela 9 - Rede de assistência à saúde, distribuição por Região (Brasil – 2015)

Região	Estabelecimentos		Postos de trabalho		Equipamentos	
	Absoluto	Relativo (%)	Absoluto	Relativo (%)	Absoluto	Relativo (%)
Norte	14.300	5,0	227.201	6,7	94.988	6,1
Nordeste	58.105	20,4	769.358	22,6	289.779	18,7
Sudeste	130.506	45,7	1.620.598	47,7	794.644	51,3
Sul	58.796	20,6	528.877	15,6	243.718	15,7
Centro-Oeste	23.658	8,3	250.896	7,4	125.155	8,1
TOTAL	285.365	100	3.396.930	100	1.548.284	100

Fonte: CNES/DATASUS/MS – 11/2015.

Esses dados confirmam o resultado da Pesquisa de Assistência Médico-Sanitária – AMS-2009 (BRASIL/IBGE, 2010) que apontou a desigualdade da distribuição de equipamentos e profissionais de saúde nas cinco regiões, em que metade da estrutura se concentra no Sudeste, com a maioria dos leitos, com 54,2% do total, e dos postos de trabalho, com 51,4%.

É importante ressaltar ainda o aumento da expectativa de vida e a mudança da pirâmide etária da população brasileira após a transição epidemiológica ocorrida nas últimas décadas. O perfil de morbimortalidade sofreu alteração significativa, dado que hoje prevalecem as doenças crônico-degenerativas, cujo cuidado é mais longo e intensivo (PASINATO e KORNIS, 2009). A par disso, o envelhecimento leva à redução da população

economicamente ativa, que é a base de sustentação das carteiras de planos de assistência à saúde, tal como na seguridade social.

O Mercado de Saúde Suplementar, como qualquer indústria, também é bastante sensível a distúrbios macroeconômicos. Cumpre remarcar, nesse campo, a taxa de desemprego, dada sua correlação direta com planos de assistência à saúde derivados de vínculos de trabalho, como se abordará adiante.

PEREIRA (1996: 3) correlaciona ainda as interações do Mercado de Saúde Suplementar com as ações e serviços públicos de saúde. Para o autor, o setor saúde é tido como arena institucional em que disputam espaço diversidade de coalizões de grupos de interesses nos domínios público e privado, pois mesmo bem ou serviço produzido nesse setor têm duplo e distintos destinos, em que, em um polo, está a transação em mercado de consumo e, em outro, a provisão de direito social. Apesar dessa polaridade, “há situações intermediárias proporcionadas por uma multiplicidade de arenas e atores que desenvolvem interações, conferindo ao setor saúde uma grande complexidade”.

A AMS-2009 (BRASIL/IBGE, 2010) dá conta que os estabelecimentos privados em saúde respondem por 44,7% da rede assistencial, contra 55,3% de unidades públicas. Contudo, o SUS ainda representa a fonte mais frequente de financiamento, com predomínio de 67,2% dos recursos sobre 42,7% dos planos de assistência à saúde. Em número de leitos, o setor privado supera o público, com 64,6% para 35,4%, entre eles 90,6% são vinculados estabelecimentos com fins lucrativos. RIBEIRO (2009) já confirmava essa prevalência ao comparar números da AMS de 1999 e 2002 com dados das Autorizações de Internação Hospitalar - AIHs pagas de 1984 a 2007 e do CNES para 2008. Observa a redução de leitos disponíveis para o SUS concomitante à expansão dos planos de assistência à saúde.

No entanto, a participação da rede privada ainda é bastante expressiva, pelo que permanece público o principal mecanismo isolado de financiamento desses serviços. Dados da AMS-2009 confirmam que o SUS representa a fonte financiadora mais frequente entre os estabelecimentos de saúde. Em que pese alguma queda em relação a 2005, quando a parcela à conta de recursos públicos era de 70,9%, ainda há o predomínio de 67,2%.

Dessa sorte, ainda que a finalidade da produção do Mercado de Saúde Suplementar seja a manutenção e recuperação das condições de saúde, os bens e serviços em saúde em que nele se operam são objeto de transação negocial, logo movidos pela lógica capitalista da maximização de vantagens econômicas.

4.2.2 Estrutura e porte

4.2.2.1 Tipologia de operadoras e produtos

O universo de operadoras de planos de assistência à saúde é bastante diversificado, tanto em termos de porte, quanto no modo de operação do plano. Organizam-se sob forma jurídico-institucional variada, podendo ser sociedade empresária ou não-empresária, dentre estas cooperativa ou fundação. Vão desde grandes grupos econômicos a pequenas associações. Atuam por meio de rede própria ou credenciada⁶¹ e oferecem produtos que variam da abrangência nacional ao âmbito local, em diferentes segmentações assistenciais: ambulatorial, hospitalar e odontológico.

Antes do marco regulatório a literatura apontava que o Mercado de Saúde Suplementar estava organizado, a rigor, em quatro modalidades organizacionais⁶²: medicinas de grupo, seguradoras, cooperativas e autogestões (MÉDICI, 1992; ALMEIDA, 1998; BAHIA, 2005). Com a regulação⁶³, estendeu-se o gradiente de operadoras, para dar conta das diferentes características dessas organizações tanto em virtude da forma de apuração de resultados, como em função do tipo de atenção prestada. Ressalte-se que as operadoras devem ter como atividade exclusiva as relacionadas à assistência à saúde⁶⁴, salvo alguns casos de autogestão, como se dirá adiante.

As operadoras passaram, assim, a estar classificadas nas seguintes modalidades: medicina ou odontologia de grupo, seguradora, cooperativa médica ou odontológica, filantropia, autogestão e administradora de benefícios (BRASIL/ANS/MS, 2012). A composição do mercado está assim representada na Tabela 10 a seguir.

⁶¹ Também chamada de rede referenciada, cooperada ou contratada (arts. 1, I; e 18 da Lei nº 9.656/1998).

⁶² Em que pese a operação no Mercado de Saúde Suplementar ser considerada atividade econômica, é preciso demarcar a presença de segmentos sem finalidade lucrativa, como, *e.g.*, associações e fundações, pois, mesmo submetidas a regime de direito privado, não se enquadram como empresas, por se organizarem com fins não econômicos (cf. arts. 44 a 69 do Código Civil). Pela mesma razão optou-se pelo termo rentabilidade, por representar o gênero que incorpora as espécies lucro e *superavit*.

⁶³ RDC nº 39, de 27/10/2000, da ANS.

⁶⁴ “Art. 9º O objeto social da pessoa jurídica deve ser exclusivamente o relacionado à assistência à saúde suplementar, em atenção ao disposto no art. 34 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.” (RN nº 85, de 7/12/2004, da ANS).

Tabela 10 - Número de beneficiários por segmento de operadora

Modalidade de Operadora	OPS		Beneficiários		Recursos	
	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%
<i>Segmento médico-hospitalar</i>	843		50.516.992		141.017.784.820	
Medicina de Grupo	284	33,7	16.997.454	33,6	37.254.424.028	25,9
Seguradora Especializada em Saúde	10	1,2	7.376.860	14,6	28.513.594.850	19,8
Cooperativa Médica	309	36,7	19.454.391	38,5	52.573.810.461	36,5
Filantropia	62	7,4	1.178.512	2,3	6.507.294.830	4,5
Autogestão	178	21,1	5.509.775	10,9	16.168.660.651	11,2
<i>Segmento médico-hospitalar</i>	220		16.592.906		2.889.553.184	
Odontologia de Grupo	110	33	13.385.920	80,7	2.176.839.920	75,3
Cooperativa Odontológica	220	67	3.206.986	19,3	712.713.264	24,7

Fonte: SIB/ANS/MS – 06/2015 e DIOPS/ANS/MS – 12/2014.

Nota: (1) As administradoras de benefício atuam nos segmentos médico-hospitalar e odontológico. Não têm beneficiários vinculados.

(2) Operadoras com beneficiários ativos.

As medicinas representam as sociedades originalmente conhecidas como convênios ou empresas médicas. Com a regulação, a medicina de grupo passou a se caracterizar como modalidade residual, uma vez que não guarda característica jurídico-institucional específica. Vale registrar sua semelhança com as *HMO* norte-americanas (MÉDICI, 1992; ALMEIDA, 1998). Na mesma natureza estão as odontologias de grupo, só que dedicadas exclusivamente à operação de planos de assistência odontológica.

Enquadram-se como seguradoras especializadas em saúde as sociedades anônimas constituídas para comercializar seguro voltado à cobertura de riscos em assistência à saúde. Em que pese sua entrada ser relativamente recente no Mercado de Saúde Suplementar em relação às demais operadoras (BAHIA, 2001), representem a modalidade que concentra o maior volume de recursos financeiros e de beneficiários por seguradora.

A regulação do seguro saúde é anterior à da saúde suplementar⁶⁵. As seguradoras, de início, apenas indenizavam despesas assistenciais por sistema de reembolso, já que não dispunham de rede assistencial e atuavam pela intermediação financeira da provisão dos serviços⁶⁶. Em segundo momento, foi autorizado a referenciar rede de profissionais e estabelecimentos de saúde como estratégia de competição no mercado.

⁶⁵ O seguro saúde era regido pelo Decreto-lei nº 73/66 e fiscalizado pela SUSEP, sob a regulamentação do CNSP. Com a edição das Leis nºs 9.656/98 e 9.961/2000, o seguro saúde passou a se enquadrar como plano de assistência à saúde e, por corolário, as seguradoras como operadoras de plano de assistência à saúde, conforme art. 2º da Lei nº 10.185/2001, que determina a especialização dessas sociedades e disciplina sua subordinação às normas e à fiscalização da ANS.

⁶⁶ “Art 130. A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado. [...] § 2º A livre

Vale dizer que, após o marco regulatório⁶⁷, não há praticamente diferença entre planos de assistência à saúde e seguros-saúde, já que este passou a ser apenas segmento operado por seguradoras especializadas. O único detalhe que os distingue é a liberdade de escolha do profissional ou estabelecimento de saúde como condição obrigatória nos contratos de seguro-saúde, apenas por definição conceitual que remanesce do Decreto-lei nº 73/1966. Pela mesma razão, as seguradoras não dispõem de rede própria. A livre escolha se dá por meio de reembolso ao consumidor. No entanto, os valores pífios atualmente fixados demonstram a indução ao uso restrito a sua rede credenciada.

As cooperativas médicas são conhecidas pela marca Unimed. Tratam-se das sociedades constituídas na forma da Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, para operar planos de assistência à saúde. Além dos serviços médicos dos próprios cooperados, mantêm rede credenciada de serviços médico-hospitalares, sendo verificado recente processo de verticalização. Mesma definição é válida para as cooperativas odontológicas, as Uniodonto, que operam somente planos odontológicos. Nas sociedades cooperativas, os profissionais médicos ou odontologistas são, a um só tempo, provedores dos serviços e sócios, pelo que, ao final do exercício financeiro, participam do rateio da rentabilidade ou respondem pelas perdas ocorridas.

DUARTE (2001) anota que as cooperativas se inserem no chamado “complexo Unimed”, sistema multicooperativo que congrega, além das cooperativas de trabalho médico (Unimeds), as de economia e crédito mútuo (Unicreds) e as de consumo para os integrantes do sistema Unimed (Usimeds), bem como arranjos empresariais que englobam instituições não cooperativistas. Exemplo disso é a Unimed Seguros, operadora enquadrada como seguradora especializada em saúde.

Na modalidade de filantropia estão as instituições sem finalidade lucrativa que operam planos de assistência à saúde. Para se enquadrar como tal, devem obter certificado de entidade filantrópica e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal pelas competentes autoridades administrativas. Notório exemplo das filantrópicas são as Santas Casas de Misericórdia. Os planos de assistência à saúde operados pelas filantropias, em geral, permitem acesso à rede assistencial restrita ou a único estabelecimento hospitalar, geralmente localizados em Municípios de pequeno e médio portes (BAHIA, 2001). Como já havia alertado

escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nos contratos referidos no artigo anterior.” (Decreto-lei nº 73/1966).

⁶⁷ O termo seguro-saúde não foi expressamente citado na Lei nº 9.656/1998, porque, até a Emenda Constitucional nº 40/2003, as normas sobre regulação de seguros eram matéria objeto de lei complementar (art. 192).

CORDEIRO (1983), observa-se a tendência, sob o ângulo econômico, ao comportamento empresarial dessas instituições, que passaram a atuar como agente de mercado e sob influência da financeirização do capital.

As autogestões são instituições que operam planos de assistência à saúde voltada à população assistida específica, que deve ter vínculo com organizações públicas ou privadas, nela incluídos trabalhadores, gestores, associados, aposentados, pensionistas e respectivo grupo familiar predefinido⁶⁸. É a única modalidade que pode exercer outras atividades além da assistência à saúde, mas apenas em duas hipóteses: as que operam o plano por meio de departamento interno, normalmente o de recursos humanos, e as entidades fechadas de previdência complementar que já operavam planos antes do marco regulatório do regime de previdência complementar⁶⁹.

O grande diferencial das autogestões, no entanto, é que não comercializam seus planos no mercado, pois apenas operam planos para grupos fechados, que pode ser patrocinado por um ou mais empregadores, ou mesmo sem patrocínio, caso em que são custeadas apenas por seus associados. Assemelham-se aos *self-insured plans* norte-americanos. Recorda BAHIA (2001) que as autogestões se originam da mais tradicional forma de proteção social aos trabalhadores, pela assistência direta das entidades.

Por último, as administradoras de benefícios são o segmento mais recente no Mercado de Saúde Suplementar e, com isso, no ambiente regulado pela ANS⁷⁰. Fruto da tendência de coletivização dos planos de assistência à saúde, são sociedades voltadas, na qualidade de estipulante, para a gestão de contratos, e não de planos, entre operadoras e grupos de consumidores. Essas administradoras não oferecem planos próprios, nem dispõem de rede assistencial. Sua finalidade é intermediar carteiras com as operadoras que comercializam planos no mercado.

Já em relação ao produto em torno do qual funciona o Mercado de Saúde Suplementar, a primeira distinção que se precisa fazer é a coexistência entre os planos de assistência à saúde regulados e não regulados.

Tomando-se em conta que a efetiva operação do produto se inicia a partir da assinatura do contrato⁷¹, tem-se dois tipos de planos de assistência à saúde ativos: os firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/1998, conhecidos por planos antigos, e os celebrados depois de sua

⁶⁸ RN nº 137, de 14/11/2006, da ANS.

⁶⁹ Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

⁷⁰ RN nº 196, de 14/07/2009, da ANS.

⁷¹ Ao se mencionar contrato, deseja-se aludir a todas as formas de celebração de um acordo entre partes, podendo se concretizar por diferentes instrumentos jurídicos, como estatutos, regulamentos etc.

vigência⁷², os planos novos. Os planos antigos não estão sob a tutela da Lei nº 9.656/1998 e seguem a disciplina jurídica vigente na época de sua celebração, em particular o Código de Defesa do Consumidor (SILVA JUNIOR e GOUVEIA, 2012).

Observa-se predominância de planos novos, que representam quase 90% dos produtos em operação no mercado. Vale dizer que a Lei nº 9.656/1998 proibiu a oferta de planos antigos, mas não obrigou os consumidores a adaptá-los. Com efeito, até hoje se convive com planos não regulados, pelo que, mesmo que residual, ainda há contingente de consumidores à margem da proteção contratual da nova legislação, sujeitos a contratos que prevêem exclusão de coberturas assistenciais e limitação de procedimentos.

Até o marco regulatório não havia padrão de cobertura assistencial para planos antigos, sendo amplo o leque de variações quanto ao acesso à rede de serviços. Também não era uniforme a extensão da cobertura. Essas diferenças, no entanto, não descaracterizavam o mercado, já que essa heterogeneidade era relativizada pelo traço comum da limitação de tecnologias de alto custo e da exclusão de patologias crônico-degenerativas. Os produtos eram, de certo modo, substitutos entre si. A Lei nº 9.656/1998 trouxe a garantia da integralidade da cobertura assistencial, que passou a abranger todas as patologias catalogadas na Classificação Internacional de Doenças – CID, mantida, de certo modo, a configuração de produtos já sedimentada no mercado ao admitir a segmentação das coberturas segundo o nível de atenção. Os planos de assistência à saúde podem ser oferecidos nas segmentações ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, odontológico, ou sua combinação, sem limitações de procedimentos correspondentes a cada nível de atenção, conforme Tabela 11:

Tabela 11 – Padrão de coberturas assistenciais segundo segmento do plano

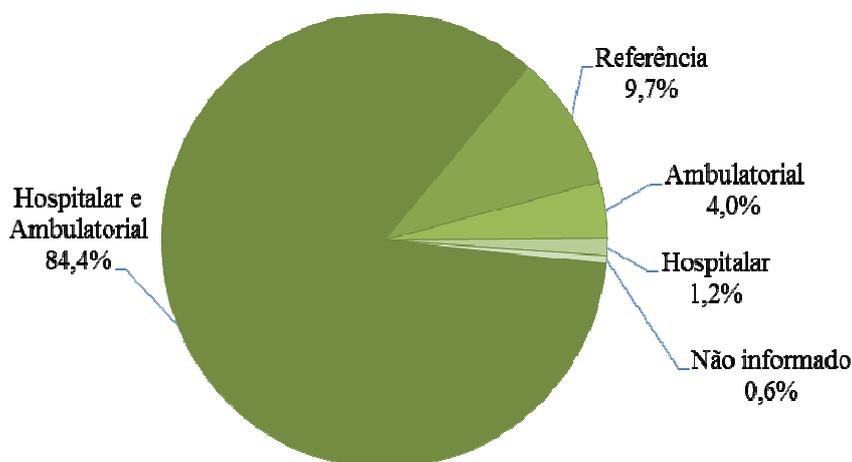
	Consultas	Exames	Procedimentos ambulatoriais	Internações	Partos	Cirurgias	Procedimentos odontológicos
Referência	x	x	x	x	x	x	
Ambulatorial	x	x	x				
Hospitalar sem Obstetrícia				x		x	
Hospitalar com Obstetrícia				x	x	x	
Odontológica							x

Fonte: A autora, 2016. Lei nº 9.656/1998

A participação no mercado de cada segmento assistencial está distribuída conforme Gráfico 4, predominando a cobertura combinada dos segmentos ambulatorial e hospitalar:

⁷² O marco dos planos novos é 2 de janeiro de 1999, sendo isso o que se extrai da contagem prevista no art. 12, § 1º da Lei nº 9.656/1998, que determina a oferta obrigatória de planos novos após 120 dias de vigência da Lei. As alterações trazidas pelas sucessivas Medidas Provisórias não afetaram esse prazo.

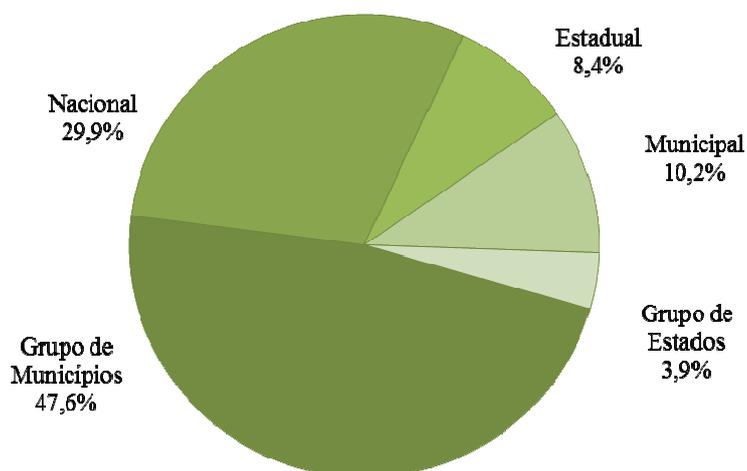
Gráfico 4 – Beneficiários segundo a segmentação assistencial do plano de assistência à saúde – 2015



Fonte: SIB/ANS/MS - 06/2015 e RPS/ANS/MS - 06/2015

A área geográfica de abrangência da cobertura assistencial desses produtos também é variável na extensão do território nacional. O plano de assistência à saúde pode contar com rede assistencial em todo país, ou limitada a um ou mais Estados, ou at a um ou mais Municípios, sendo esta a forma de contratação predominante, como se vê no Gráfico 5:

Gráfico 5 – Beneficiários segundo a área de abrangência geográfica do plano de assistência à saúde – 2015



Fonte: SIB/ANS/MS - 06/2015 e RPS/ANS/MS - 06/2015

Para os arranjos contratuais também consolidados no mercado, a regulação⁷³ definiu as formas de contratação de planos de saúde em três espécies: planos individuais ou familiares, planos coletivos empresariais e os por adesão.

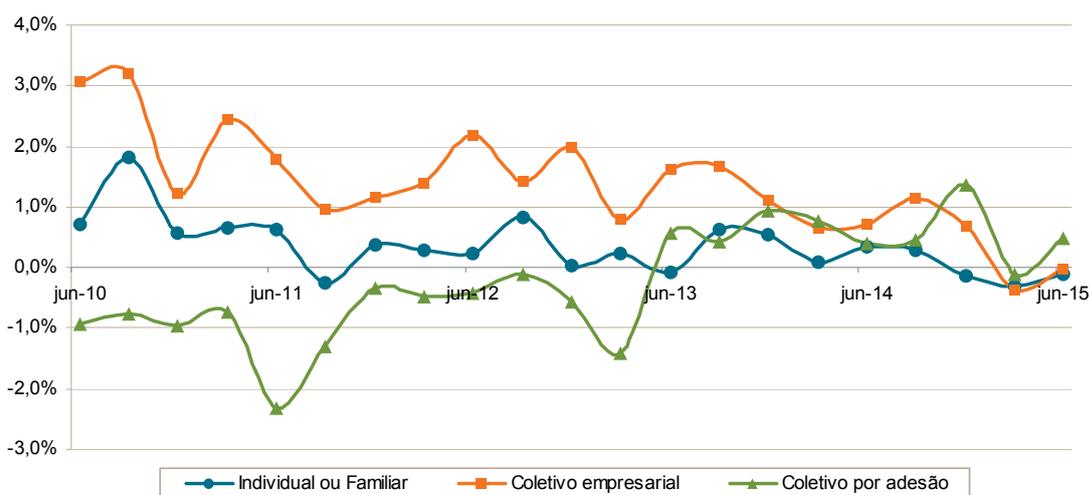
⁷³ RN nº 195, de 14/07/2009.

Entende-se por contratação individual ou familiar aquela em que o consumidor pessoa física contrata para si plano de assistência à saúde oferecido no mercado. Pode ou não incluir grupo familiar ou dependentes. São esses os planos que receberam maior atenção da Lei nº 9.656/1998, diante do evidente desequilíbrio de poder econômico em relação à operadora. São exemplos de proteção contratual, no plano individual ou familiar, a vedação de discriminação de consumidores, a rescisão unilateral do contrato pela operadora e a submissão a índices de reajustes autorizados pela ANS.

O contrato coletivo empresarial, por sua vez, é o que oferece cobertura à população vinculada a dada pessoa jurídica, por conta de relação de trabalho. A adesão ocorre na data da contratação do plano ou no ato da vinculação à pessoa jurídica contratante, pertimida a inclusão dos dependentes legais dos titulares. Já o coletivo por adesão é o que cobre massa delimitada de consumidores, em função de vínculo de natureza profissional, classista ou setorial mantido com dada pessoa jurídica. A adesão é opcional e podem ser incluídos dependentes legais do titular.

Vê-se também predominância dos planos coletivos sobre os individuais ou familiares, em especial os empresariais. Isso se explica pela própria história do surgimento e expansão do Mercado de Saúde Suplementar, cujas raízes estão na “medicina de fábrica”. Sem embargo, é de se observar, nos últimos anos, retração dos planos individuais ou familiares em relação aos coletivos, conforme aponta o Gráfico 6:

Gráfico 6 - Variação de beneficiários por tipo de contratação do plano de assistência à saúde – 2010-2015



Fonte: SIB/ANS/MS - 06/2015

Observa-se tendência das operadoras em dar preferência à comercialização de planos coletivos, uma vez que a negociação do contrato é mais flexível. As seguradoras

especializadas em saúde, por exemplo, deixaram de comercializar apólices individuais, porque o dirigismo contratual imposto por lei e pela regulação restringiu a margem de transação, sobretudo quanto a regras de ajuste de preço e manutenção do contrato.

4.2.2.2 Dimensões e representação econômica

Os números atuais da ANS dão conta de que o Mercado de Saúde Suplementar engloba cerca de 72 milhões de beneficiários, deles mais de 21 milhões em planos exclusivamente odontológicos, para um total de 1.390 operadoras ativas, sendo 377 odontológicas⁷⁴. A ordem de grandeza do setor também é percebida pela movimentação de recursos nele gerada, que gira em torno de R\$143,9 bilhões, o que corresponde a cerca de 2,6% do PIB nacional⁷⁵.

Antes do marco regulatório, estimava-se haver algo em torno de 40 milhões de beneficiários vinculados. Com o aprimoramento dos sistemas de informação, dados mais consistentes demonstraram que esse mercado ainda não sofreu retração substantiva. Ao revés, observa-se aumento linear de beneficiários, ao passo que o volume de receita, no mesmo período, apresenta-se três vezes maior, como acena a Tabela 12 adiante:

Tabela 12 – Evolução do volume de beneficiários e receitas – 2001-2014

Ano	Beneficiários			Receita		
	Médico-Hospitalar	Exclusivamente odontológico	Total	Contraprestações	Outras operacionais	Total
2001	31.727.080	3.062.681	34.791.762	-	-	22.392.354.176
2002	31.513.309	3.677.782	35.193.093	-	-	26.105.255.989
2003	32.074.667	4.325.568	36.402.238	-	-	28.743.370.347
2004	33.840.716	5.312.915	39.155.635	32.629.463.596	-	32.668.619.231
2005	35.441.349	6.204.404	41.647.758	37.270.266.053	-	37.311.913.811
2006	37.248.388	7.349.643	44.600.037	42.626.707.014	-	42.671.307.051
2007	39.316.313	9.164.386	48.482.706	52.194.429.515	8.589.403.113	60.832.315.334
2008	41.468.019	11.061.362	52.531.389	60.677.545.630	9.151.457.115	69.881.534.134
2009	42.561.398	13.253.744	55.817.151	65.806.993.367	9.151.457.115	75.014.267.633
2010	44.921.064	14.507.721	59.430.795	74.597.934.688	14.005.747.220	88.663.112.703
2011	46.145.515	16.931.998	63.079.524	84.655.292.240	15.306.673.405	100.025.045.169
2012	47.894.565	19.016.669	66.913.246	95.439.780.221	14.487.271.787	109.993.965.254
2013	49.545.919	20.275.966	69.823.898	111.068.227.812	15.128.412.321	126.266.464.031
2014	50.809.249	21.410.359	72.221.622	127.903.821.811	16.003.516.193	143.979.559.626

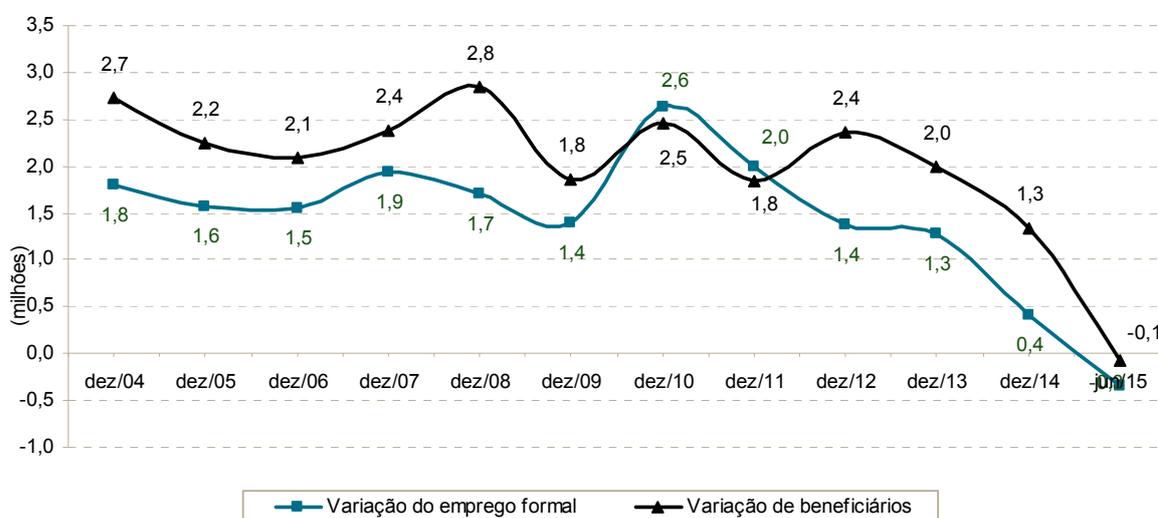
Fonte: SIB/ANS/MS e DIOPS/ANS/MS – 06/2015 e FIP – 12/2006

⁷⁴ SIB/ANS/MS - 06/2015, CADOP/ANS/MS e DIOPS/ANS/MS - 06/2015.

⁷⁵ Pelos dados do IBGE, o PIB brasileiro, em 2014, alcançou R\$ 5,521 trilhões.

O crescimento do Mercado de Saúde Suplementar guarda estreita ligação com o mercado formal de trabalho e o processo de industrialização. Os planos de assistência à saúde se concentram na região Sudeste, com taxa de cobertura assistencial de 38,5% contra 26,0%⁷⁶ da média do país, sendo a forma de contratação majoritária a modalidade coletiva empresarial, como já se viu. Com efeito, o elo entre plano de assistência à saúde e postos de trabalho deixa esse mercado bastante vulnerável a desequilíbrios macroeconômicos, conforme Gráfico 7:

Gráfico 7 - Variação de beneficiários em planos de assistência médica e de empregos formais - 2004-2015

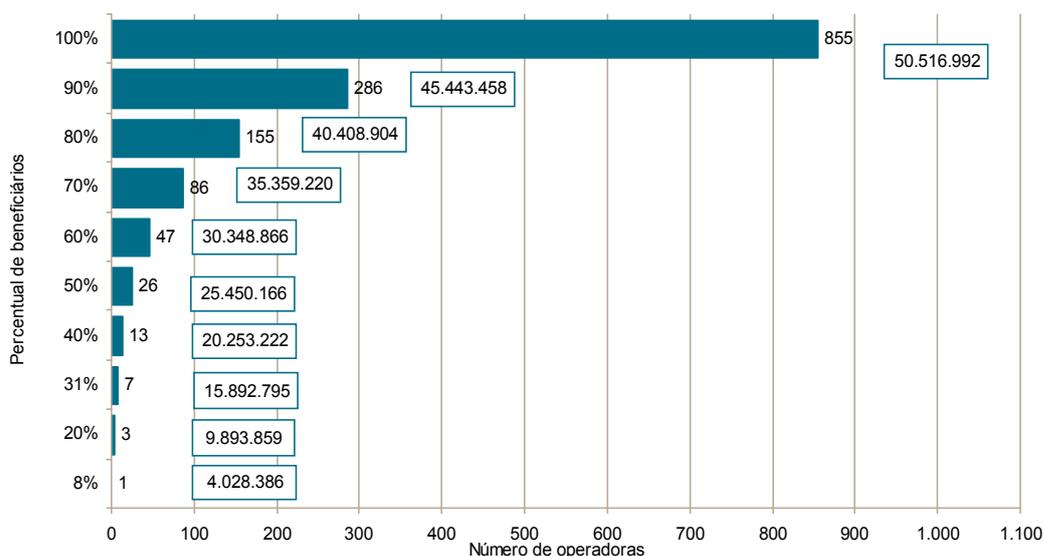


Fonte: SIB/ANS/MS - 06/2015 e CAGED/MTE

É importante salientar que as peculiaridades da operação dos planos de saúde aqui comentadas são determinantes para afirmar que quanto maior a massa de beneficiários assistidos por uma operadora maior será a pulverização do risco assumido e, portanto, menor é a variação do custo operacional. Esse tipo de atividade naturalmente impõe barreiras à entrada de pequenas empresas concorrentes, pelo que o mercado tende à concentração. O Gráfico 8 a seguir confirma essa assertiva ao demonstrar que a maior parte dos beneficiários está concentrada em poucas operadoras.

⁷⁶ Taxa de cobertura se refere a percentual da população coberta por plano de assistência à saúde (Fonte: SIB/ANS/MS - 06/2015 e IBGE/Datasus/2012).

Gráfico 8 - Distribuição de beneficiários em planos de assistência médica por operadora – 2015



Fonte: SIB/ANS/MS – 06/2015

Vê-se que 31% dos beneficiários estão vinculados a sete operadoras com carteira de um milhão de vidas, como se extrai da Tabela 13 adiante, quando há cinco anos mesmo percentual correspondia a doze operadoras⁷⁷.

Tabela 13 - Número de beneficiários nas maiores operadoras

Operadora	Beneficiários
Bradesco Saúde S.A.	4.023.943
Amil Assistência Médica Internacional S.A. ⁽¹⁾	3.800.125
Hapvida Assistência Médica Ltda.	2.042.139
Sul América Seguro Saúde S.A.	1.710.057
Central Nacional Unimed – Cooperativa Central de Trabalho Médico	1.705.673
Notre Dame Intermédica Saúde S.A. ⁽¹⁾	1.630.227
Unimed Belo Horizonte – Cooperativa de Trabalho Médico	1.216.633

Fonte: SIB/ANS/MS – 06/2015 e CADOP/ANS/MS – 06/2015

Nota: Controladas por grupos econômicos de capital estrangeiro⁷⁸.

⁷⁷ Fonte: SIB/ANS/MS – 12/2010 e CADOP/ANS/MS – 12/2010.

⁷⁸ Cf. (i) “ANS aprova compra da Amil pela americana UnitedHealth Group” (*In*: <http://www.valor.com.br/empresas/2875520/ans-aprova-compra-da-amil-pela-americana-unitedhealth-group>); (ii) “Bain Capital compra Intermédica por R\$ 2 bilhões”; (ii) “Bain Capital compra Intermédica por R\$ 2 bilhões”. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/intermedica-e-vendida-por-r-1-8-bi-ao-fundo-bain-capital>> Acesso em: 21 dez 2015.

Vale salientar que essas operadoras estão ligadas a outras de menor porte, o que sugere se elevar ainda mais o número de beneficiários vinculados a dados grupos econômicos.

O segmento odontológico ainda é mais concentrado. Ainda que as barreiras de entrada sejam menores do que no segmento médico-assistencial, em razão do menor risco, verifica-se que 28,8% dos beneficiários estão vinculados a apenas uma operadora, a Odontoprev S.A.

4.2.2.3 Custo operacional

As especificidades do setor saúde, em particular no tocante aos custos crescentes, não são um caso isolado brasileiro, mas algo que afeta todos os países, em especial os ditos emergentes. Dada a complexidade do setor, vê-se que a provisão dos serviços de saúde enfrenta problemas em todo o mundo, em particular após a metade do último século, como já dito. A definição de despesa em saúde é bastante complexa, dadas as variáveis que impedem que sejam determinados os limites do conceito. Em muitos países a interpretam segundo o objetivo da política pública, qual seja: melhorar a qualidade da saúde da população ou prevenir a deterioração do padrão sanitário. Diante disso, a delimitação das fronteiras do gasto em saúde resulta de decisões tomadas pelos atores sociais (MANSUR, 2001).

A tendência do aumento dos gastos em saúde também pode ser observada no Mercado de Saúde Suplementar. Dados colhidos da ANS dão conta de que também é progressivo o aumento de despesas em saúde. Em média, a sinistralidade nesse mercado é de 85%⁷⁹. A importância desse indicador se dá na medida em que demonstra o percentual da receita que se destina ao pagamento de eventos em saúde.

Para analisar o custo das coberturas em saúde na iniciativa privada, não se levou em consideração a receita que circula no Mercado de Saúde Suplementar, pois que nela está incluído o *spread* da operação do plano. Tomou-se em conta, por conseguinte, as despesas operacionais, que englobam despesas assistenciais propriamente ditas, bem como as administrativas e comerciais do produto, por ser este o conjunto que representa a estrutura de custo para garantir a cobertura dos eventos em saúde. A Tabela 14 traz a descrição dessas despesas nos últimos anos.

⁷⁹ Fonte: SIB/ANS/MS - 06/2015.

Tabela 14 - Despesa operacional das operadoras de planos de assistência à saúde – 2004-2014

Ano	Despesas				
	Assistencial	Administrativa	Comercial ⁽¹⁾	Outras ⁽¹⁾⁽²⁾	Total
2004	26.351.229.503	5.926.463.365	-	-	32.277.692.868
2005	30.108.382.117	6.588.542.782	-	-	36.696.924.899
2006	33.697.080.752	7.507.404.666	-	-	41.204.485.418
2007	41.720.919.728	9.994.783.792	1.387.054.482	8.145.465.111	61.248.223.113
2008	48.401.291.268	10.706.808.554	1.734.944.417	8.650.560.950	69.493.605.189
2009	48.401.291.268	10.706.808.554	1.734.944.417	8.650.560.950	69.493.605.189
2010	59.943.407.134	12.266.213.577	2.328.511.209	12.453.620.336	86.991.752.256
2011	69.092.778.532	13.196.822.925	2.752.664.358	14.199.396.193	99.241.662.008
2012	80.231.990.172	14.047.055.312	3.155.895.436	13.602.423.978	111.037.364.898
2013	92.068.052.821	14.826.018.313	3.603.737.260	13.914.079.906	124.411.888.300
2014	107.565.835.336	16.545.831.119	4.182.159.764	15.345.165.626	143.638.991.845

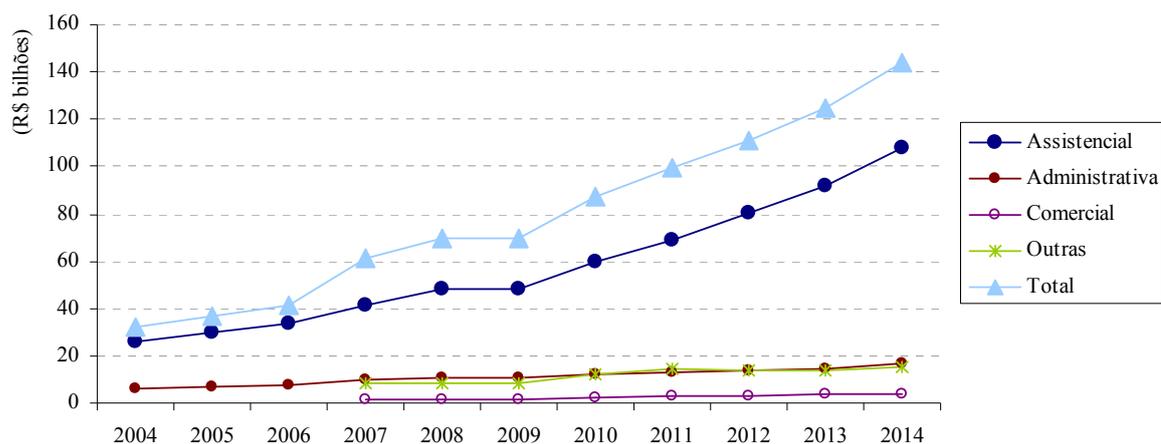
Fonte: DIOPS/ANS – 06/ 2015 e FIP – 12/2006

Notas: (1) Até 2007 a despesa administrativa não estava desagregada.

(2) Despesa desvinculada da operação do plano de assistência à saúde, como, a exemplo, gasto com a logística da rede própria.

Como presumível, as despesas em saúde nos últimos dez anos também apontam tendência de crescimento, em grande parte por conta do peso do aumento dos custos assistenciais. O Gráfico 9 a seguir melhor representa a correlação entre despesas operacionais.

Gráfico 9 - Evolução das despesas operacionais na estrutura de custos das operadoras – 2004-2014



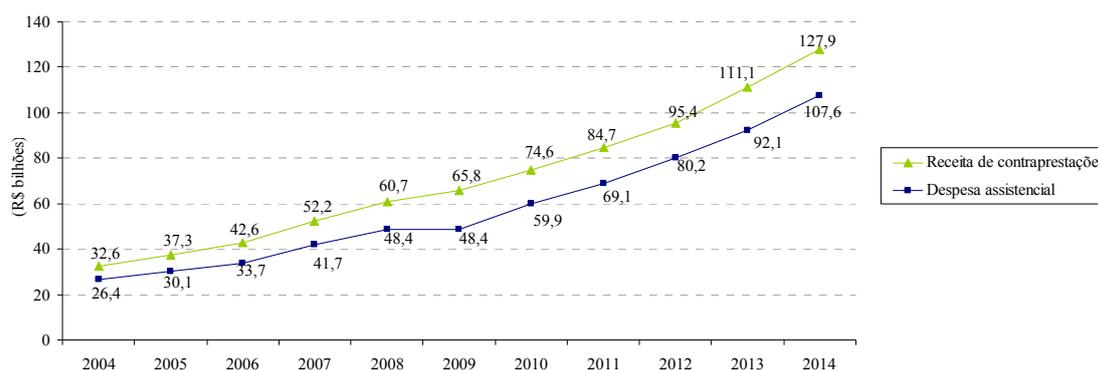
Fonte: DIOPS/ANS – 06/2015 e FIP – 12/2006

Nota-se que o gasto se acentua, notadamente a partir dos últimos cinco anos, sendo explicação possível a ampliação do rol de coberturas assistenciais determinada pelo regulador.

As demais despesas operacionais, por sua vez, permanecem constante, o que indica estabilidade com elevação decorrente apenas do processo inflacionário.

Na mesma linha, o Gráfico 10 demonstra terem receita de contraprestações e despesa operacional mesmo comportamento, o que acena para a possibilidade de serem as despesas assistenciais o fator determinante para a definição do preço dos planos de assistência à saúde.

Gráfico 10 – Relação entre receitas e despesas operacionais das operadoras – 2004-2014



Fonte: DIOPS/ANS – 06/2015 e FIP – 12/2006

Vê-se que a despesa assistencial é a que pressiona toda a estrutura de custo de uma operadora, pelo que seu comportamento é determinante para a evolução da receita das operadoras. É possível, assim, afirmar que o padrão de cobertura assistencial traçado na formulação da macropolítica de saúde é fator mais do que sensível para a definição dos rumos do Mercado de Saúde Suplementar.

4.3 A saúde brasileira entre dois mundos da proteção social

Como já se disse, analisar modelos de proteção social com recorte centrado em gastos sociais consiste abordagem arriscada. No que aqui interessa, o montante da despesa não revela, *per se*, a conformação da produção em saúde, tampouco sua eficiência alocativa. Sem embargo, o exame da composição desse gasto, especialmente da participação do Estado, mercado e sociedade no financiamento das ações e serviços de saúde, é medida que contribui para se observar o rumo para onde se dirige a política social.

4.3.1 Gasto em saúde no Brasil

Os sistemas de monitoramento de contas em saúde disponíveis permitem algumas inferências sobre a relação público e privado na composição do gasto em saúde. Sobre despesa pública tem-se em mãos os dados consolidados pelo Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS/SUS. Já no tocante à despesa privada, há estimativas sobre os gastos das famílias, com base nas Pesquisas de Conta-Satélite de Saúde/IBGE, mas ainda pouco se sabe sobre a participação das empresas empregadoras no financiamento da saúde. Em relação às despesas com saúde no Mercado de Saúde Suplementar, dados da ANS contribuem para as informações sobre o setor, como já se viu.

Dados extraídos do SIOPS/SUS dão conta do aumento de investimentos em ações e serviços públicos de saúde, ainda que considerada correção inflacionária dos últimos dez anos, como exposto na Tabela 15.

Tabela 15 – Despesa com ações e serviços públicos de saúde por esfera federativa - 2004-2014

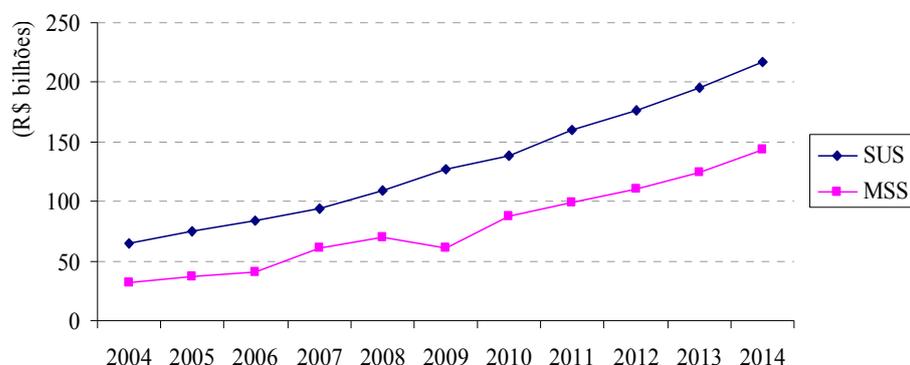
Ano	Esfera			Total
	Federal	Estadual	Municipal	
2004	32.703.495.250	16.028.248.840	16.409.097.835	65.140.841.925
2005	37.145.778.551	17.236.138.485	20.285.389.250	74.667.306.286
2006	40.750.154.623	19.798.769.836	23.598.502.923	84.147.427.381
2007	44.303.496.626	22.566.270.359	26.428.146.111	93.297.913.096
2008	48.670.190.022	27.926.885.300	32.268.989.401	108.866.064.723
2009	58.270.260.599	32.258.750.023	36.506.267.353	127.035.277.974
2010	61.965.198.068	37.264.003.318	39.290.643.698	138.519.845.083
2011	72.332.283.365	41.487.250.209	46.005.793.439	159.825.327.013
2012	80.063.148.493	44.819.205.522	52.040.467.486	176.922.821.501
2013	83.053.255.548	52.153.541.809	59.943.037.082	195.149.834.439
2014	91.898.530.759	57.333.065.528	67.383.376.949	216.614.973.236

Fonte: SPO/MS (Esfera Federal) e SIOPS/MS (Esferas Estadual e Municipal) - extraídos em 12/6/2011 e atualizados em 12/12/2015.

Nota: Para 2012 a 2014 na esfera federal, os valores se referem a despesas executadas declaradas no Relatório Resumido da Execução Orçamentária Demonstrativo das Despesas com ASPs.

Traçado paralelo entre gasto público e despesas operacionais no Mercado de Saúde Suplementar, constata-se, de pronto, crescente elevação dos custos de produção nos serviços de saúde, que pressiona tanto orçamento público, quanto o privado, como se pode observar no Gráfico 11.

Gráfico 11 – Evolução da despesa em saúde no SUS e no MSS – 2004-2014



Fonte: Tabelas 14 e 15.

Constatação também possível é a de que o volume de recursos que circula no Mercado de Saúde Suplementar não é superior ao do SUS, ao menos em termos absolutos. Tomando como base o ano de 2013, a fim de alinhar informações consolidadas nos setores público e privado, tem-se que os gastos em saúde nesse período alcançaram 8% do PIB, segundo as Contas-Satélite de Saúde Brasil de 2010-2013 (BRASIL/IBGE, 2015). Desse percentual, o gasto público representou 3,67%, enquanto que as despesas operacionais do Mercado de Saúde Suplementar responderam por 2,34%⁸⁰. Ainda que considerada toda a receita que circula nesse mercado, que chegou a 2,37% do PIB⁸¹, o gasto público ainda é superior.

Há, contudo, elementos complementares que merecem ser ponderados. Cabe levar em consideração primeiramente a população coberta. No SUS, por ser direito social garantido a todo cidadão, as ações e serviços de saúde se estendem a toda a população brasileira, pelo que o gasto *per capita* acaba por ser bem inferior ao da massa assistida por planos de assistência à saúde. Pelas Contas-Satélite de Saúde de 2010-2013, o gasto público *per capita* com consumo final de bens e serviços de saúde, em 2013, foi estimado em R\$ 946,21. Já a participação *per capita* do Mercado de Saúde Suplementar, por sua vez, aproxima-se de R\$ 1.615,50⁸². Sem

⁸⁰ Considerando o PIB de 2013 em R\$ 5,316 trilhões (Fonte: Brasil/IBGE, 2015).

⁸¹ Receita total do MSS em 2013: R\$ 126, 2 bilhões (Fonte: DIOPS/ANS/MS - 31/08/2015 e FIP - 12/2006).

⁸² Correlação entre a receita de contraprestações em 2013 (R\$ 111,06 milhões) e número total de beneficiários (68,75 milhões), inclusive os de planos odontológicos. O resultado é aproximação, uma vez só se dispõe desse dado por modalidade de operadora, e não por tipo de plano. Isso impede se estratificar a receita dos planos médico-hospitalares e dos odontológicos, pois há número expressivo de operadoras naquele segmento que também oferecem plano odontológico. A estimativa, então, inclui 19,67 milhões de beneficiários de planos exclusivamente odontológicos.

deixar de reconhecer as diferenças metodológicas entre ambos os cálculos, apenas para efeito de comparação, pode-se afirmar que, a grosso modo, o gasto com planos de assistência à saúde, que abrange somente um quarto da população brasileira, é quase o dobro do gasto médio da população como um todo.

Segundo ponto é o fato de que o gasto público engloba ações e serviços de saúde, cujo escopo é bem mais amplo do que as despesas relativas à assistência médico-hospitalar e odontológica propriamente dita. As ações de produção e distribuição de medicamentos⁸³, equipamentos e outros insumos de interesse para a saúde e as de vigilância sanitária e epidemiológica não se incluem, por exemplo, na cesta de coberturas obrigatórias do Mercado de Saúde Suplementar.

Tem-se, pois, que, em perspectivas de escala e escopo, a despesa no Mercado de Saúde Suplementar é mais elevada do que no setor público. Isso não significa, no entanto, afirmar sua eficiência, uma vez que a segmentação das coberturas assistenciais e a abrangência da rede assistencial são elementos que inibem a integralidade da atenção e, mais importante, a assistência à saúde não representa o universo de ações em saúde necessário para a garantia do bem-estar.

Acrescente-se, nessa trilha, que dados das Contas-Satélite de Saúde Brasil de 2010-2013 dão conta de que da participação no PIB do total de despesas com consumo final de bens e serviços de saúde, 4,4% refletem gastos das famílias e instituições sem fins lucrativos, pelo que, se subtraída a participação do Mercado de Saúde Suplementar, chega a mais de 2% os gastos por desembolso direto. Vale registrar, nesse ponto, que o Brasil não alcançou o piso de 8% do PIB sugerido pela OMS para o gasto público em saúde.

Vê-se que tem sido crescente a participação direta da sociedade no financiamento dos serviços de saúde. Dados da última Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF/IBGE 2008–2009 (BRASIL/IBGE, 2010) já demonstravam o aumento do peso da assistência à saúde nas despesas de consumo (7,2%), com indicativos de maior aceleração nos últimos anos, quando comparado à POF 2002–2003 (6,5%) e ao Endef⁸⁴ 1974–1975 (4,2%). A mesma pesquisa também indica que o peso dos planos de assistência à saúde é maior nas classes de maior renda familiar (acima de 10.375 reais), com 2,4% de participação nas despesas de consumo, ao passo que, na classe oposta (até 830 reais), alcança 0,3%.

⁸³ Exceto medicamentos para tratamento antineoplásico, após a Lei nº 12.880/2013.

⁸⁴ Estudo Nacional da Despesa Familiar.

4.3.2 Perfil do gasto: Brasil *vis a vis* Estados Unidos e Reino Unido

Dados da OMS, em 2013, confirmam o levantamento da Conta-Satélite de Saúde sobre perfil do gasto, ao reconhecer a composição quase que paritária do Estado, Mercado e sociedade no financiamento da saúde, conforme demonstrado na Tabela 16 a seguir.

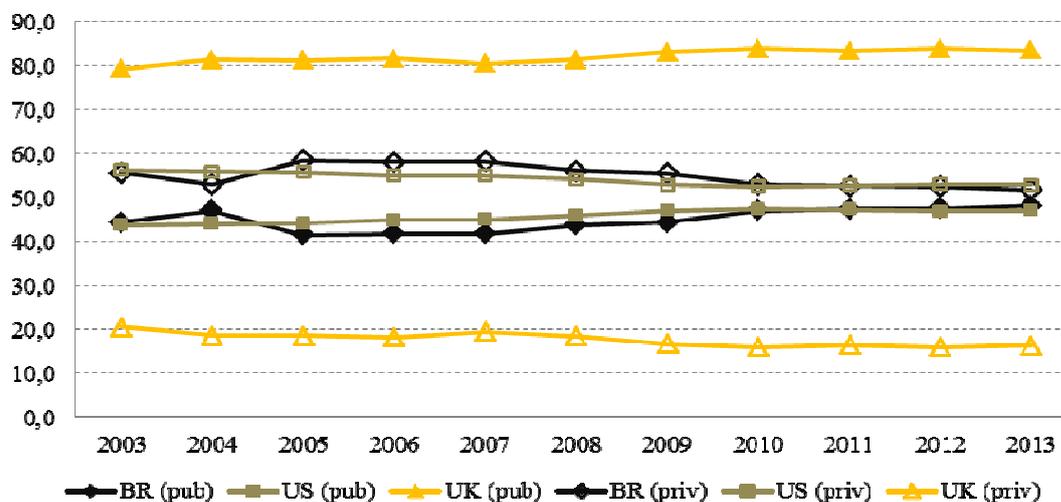
Tabela 16 - Financiamento em saúde no Brasil – 2013

População (em mil)	Gasto total		Gasto público		Gasto privado
	(% PIB)	<i>per capita</i> (PPP ¹)	(% gasto total)	(% orçamento)	(% gasto total)
200.362			48,19		51,81
	9,67	1.453,90		6,93	
					Planos privados
					Desembolso direto
					40,40
					57,76

Fonte: WHO, 2013.

Assim como no NHS, a população coberta pelo SUS é, ao menos teoricamente, de cem por cento. No entanto, o gasto público em saúde, no Brasil, tal como nos Estados Unidos, tem sido menos da metade do total do gasto em saúde ao longo dos últimos anos, como acena o Gráfico 12 a seguir:

Gráfico 12 – Participação do financiamento público e privado no gasto em saúde (BR-US-UK) – 2003-2013



Fonte: WHO, 2013.

Em que pese a semelhança com os Estados Unidos no tocante à participação quase que paritária de recursos públicos e privados no financiamento da saúde, não há outro ponto de tangência relativo que aproxime a composição do gasto brasileiro com a norte-americana ou inglesa, conforme se pode extrair da Tabela 17 adiante:

Tabela 17 – Composição do público e privado no gasto em saúde (BR-US-UK) – 2013

	<i>Brasil</i>	<i>Estados Unidos</i>	<i>Reino Unido</i>
Gasto público			
% Sobre gasto total	48,19	47,09	83,54
% PIB	4,66	8,05	7,62
<i>Per capita</i> (\$PPP)	700,61	4.306,58	2.765,87
% Participação no orçamento	6,93	20,71	16,18
Gasto privado			
% Sobre gasto total	51,81	52,91	16,46
% PIB	5,01	9,05	1,50
<i>Per capita</i> (\$PPP)	753,29	4.839,25	544,83
% Plano de assistência à saúde	40,40	63,28	17,07
% Desembolso direto	57,76	22,33	56,44

Fonte: WHO, 2013.

Tem-se que seja em termos *per capita*, em percentual do PIB ou, ainda, no peso dos programas de saúde nos orçamentos públicos, o gasto público em saúde em nada se aproxima dos modelos paradigmáticos institucional-redistributivo ou liberal-assistencialista de política social no componente da saúde. Passados mais de vinte anos da conquista constitucional da saúde como direito social, esses números acenam para a distância entre SUS e *NHS*. Ainda que se observe algum aumento no investimento público nesse setor, os avanços são tímidos para conter a participação do mercado na provisão dos serviços, pelo que a ele recorre quem tem poder aquisitivo para dele dispor, tal como na sociedade norte-americana.

Bastante atual é o diagnóstico de VIANNA (1998) ao anotar que, na prática, a universalização dos serviços de saúde redundou no direcionamento do setor público para as camadas mais carentes. Dessa feita, a assistência à saúde, via mercado, invadiu os orçamentos domésticos das classes de maior renda e as pautas reivindicatórias dos assalariados mais estáveis.

COHN (2009) confirma essa análise, ao atestar que a saúde se revela componente de sistema de proteção social híbrido. Além de ser financiada por várias fontes de natureza distinta, estrutura-se sob oferta fragmentada, o que promove a segmentação da população-alvo.

Acrescenta KERTENETZKY (2012: 244) que “parte do gasto público líquido em saúde se desloca para o gasto tributário, típico do *welfare* fiscal (deduções do imposto de renda

sobre gastos em saúde das famílias) e do *welfare* ocupacional (isenções tributárias para empresas proverem diretamente ou via terceiros assistência à saúde a seus empregados). Como é de amplo conhecimento, essa forma de uso de recursos públicos, em políticas sociais privadas, acaba sendo muito regressiva: ela financia majoritariamente os que têm renda para declarar e os que têm bons empregos, com planos de saúde.”

Nessa linha, observa PEREIRA (1996), que as mudanças que o *welfare* tem passado no mundo desenvolvido guardam condições de relativa homogeneidade do espaço econômico-social, reflexo este de alguma solidariedade entre os indivíduos, o que facilita a convergência para solução de natureza consensual. Já no Brasil, os números aqui trazidos são indícios da difícil manutenção da solidariedade social.

A composição dos gastos em saúde indica a estratificação das políticas de saúde e, com efeito, a clivagem entre classes sociais. Em termos formais, o sistema de saúde brasileiro se espelha no modelo universal inglês, mas as informações do financiamento traduzem a clivagem entre classes sociais, tal como o modelo residual norte-americano. O mais cruel, entretanto, é que o resíduo representa 75% da população brasileira.

Como já dito, dados da AMS-2009 (BRASIL/IBGE, 2010) indicam a prevalência do fosso que marca as desigualdades na atenção à saúde tanto em relação ao acesso a serviços, quanto à distribuição de recursos e equipamentos. Essa realidade dá contexto à crítica de COHN (2009: 1615) ao conceito em voga de “SUS-dependente”⁸⁵, que se “remete exatamente à exclusão social, uma vez que se refere àqueles sujeitos sociais que não têm acesso à atenção à saúde que não seja por meio dos serviços públicos de saúde, quando o SUS se propõe a ser universal e equânime”.

4.4 Em síntese: *brazilian health care of life*

Os argumentos aqui expostos sugerem que da prática liberal ou filantrópica que deu origem ao Mercado de Saúde Suplementar, a cobertura dos serviços de assistência à saúde, em especial no segmento médico-hospitalar, passou a requerer comportamento empresarial semelhante à produção industrial, inclusive em termos de escala. O ciclo atual do capitalismo financeiro exige das operadoras que, a par da capacidade técnica para atuar no campo dos

⁸⁵ Termo relativo à população não coberta por planos de assistência à saúde, utilizado para tomada de decisão sobre em que região implantar novo serviço de saúde, em vista de sua maior vulnerabilidade social.

serviços de saúde, tenham de se alicerçar em rígida estrutura profissionalizada de gestão corporativa e financeira. Ao que tudo indica, a operação de planos de assistência à saúde deixou de ser atividade típica de profissionais da saúde, pois as finanças tomaram espaço institucional tão importante quanto a gestão do cuidado, quiçá mais até.

Além da integração com outros setores que compõem os complexos industrial e financeiro da saúde, o elo entre planos de assistência à saúde e postos formais de trabalho deixa o Mercado de Saúde Suplementar bastante vulnerável a fatores macroeconômicos, notadamente a taxa de desemprego, esta, por sua vez, sensível a crises internacionais. A regulação enfrenta o desafio adicional de conciliar estabilidade do mercado e concorrência. A necessidade de garantir a higidez das operadoras e a segurança dos consumidores pela manutenção dos serviços assistenciais tem, como efeito reverso, a tendência de se privilegiar as corporações sólidas e de grande dimensão, o que acaba por inibir a competição.

No paralelo entre gasto público e despesas com planos de assistência à saúde, é possível observar que serviços adquiridos pela via do consumo têm gasto *per capita* superior aos do setor público. Isso não significa dizer, contudo, que a massa assistida pelo Mercado de Saúde Suplementar possa dispensar a proteção do SUS, muito menos que esse mercado consiga se candidatar a substituto do sistema público.

É preciso se ter em mente que o custo privado se define pela apropriação individual em relação ao consumo ou produção de bem ou serviço, enquanto que, no custo social, as ações e serviços se voltam para a sociedade em seu todo. Assim é que, no setor saúde, o custo social pode ser menor do que o privado, na medida em que mais indivíduos podem ser beneficiados por dada ação ou serviço.

O campo de atuação do Mercado de Saúde Suplementar é bem mais limitado do que o do SUS. Ainda que não se tenha um acompanhamento mais fino dos gastos público e privado em saúde, os dados extraídos dos sistemas de informação e pesquisa disponíveis apontam no sentido de que a adesão a plano de assistência à saúde em si não dispensa desembolso direto em saúde.

Passados vinte anos do início do processo de mudança do modelo de atenção à saúde, ainda não se pode afirmar que o ideal de reforma sanitária tenha sido alcançado. De lá para cá, embates políticos, financeiros e administrativos serviram de entraves para a operacionalização do SUS, condição para a sobrevivência do setor público de saúde e, portanto, para a garantia desse direito social à população.

O que conduz este bloco não é questionar o salto qualitativo do SUS, mas é patente o crescimento do Mercado de Saúde Suplementar, como vaticinado por CORDEIRO (1983: 29-

30), ainda que sob o descrédito do movimento sanitário⁸⁶. O que está em questão é a implantação do modelo social-democrata, de natureza universal-redistributiva. Ainda que se cogitasse o SUS como sistema de excelência, evidencia-se que seus serviços de assistência à saúde são voltados para quem não pode pagar (KERTENETZKY, 2012).

Dessa feita, a reforma constitucional não significou mudança de rota na assistência à saúde, e sim a continuidade da conformação híbrida de público e privado, pois que essa mudança é limitada pela antiga estrutura institucional, mas consolidada em dupla trajetória: a da saúde pública e a da medicina individual privada.

⁸⁶ “Se esta tendência prevalecer e se for mantido o processo de empresariamento, poderíamos supor uma progressiva fusão entre o setor hospitalar privado e as medicinas de grupo, completando-se o processo de oligopolização do complexo médico-empresarial. Esse processo de capitalização é *sui generis*, pois, dependendo da existência de uma clientela cativa – uma espécie de reserva de mercado para o setor médico-empresarial (a clientela previdenciária) – o processo torna-se muito dependente do tipo de política social desenvolvido.” (Hésio Cordeiro) [...] “se analisarmos a população atendida pela medicina de grupo, em comparação com a população previdenciária, de modo geral, verificaremos que o salário médio, o nível de vida e o nível de renda da população atendida pela medicina de grupo são maiores do que os da não-atendida. Portanto, essa ideia de que a medicina de grupo vai se ampliar e se universalizar é, evidentemente, fora de propósito, em minha opinião.” (Carlos Gentile)

5 O DIFÍCIL BALANÇO ENTRE OS TRÊS PODERES

Let's kill all the lawyers.

W. Shakespeare
(Henry VI, Part 2, Act 4, Scene 2)

Pensar o sistema de saúde brasileiro não é questão limitada a políticas de governo. A história deixou impregnada a cultura de um Executivo forte; sem embargo, as ações e serviços de saúde são – ou deveriam ser – resultado de construção articulada entre Poderes, com destaque para o Legislativo, na fixação ou revisão dos marcos legais. No entanto, a correlação fragilidade do Parlamento brasileiro e hipertrofia do Executivo abre margem à judicialização das políticas públicas. O Judiciário deixa, então, de ser órgão técnico para entrar na arena pública.

Neste Capítulo procura-se examinar em que base se apoia o processo decisório das ações relativas a planos de assistência à saúde, com objetivo de investigar a *ratio* que envolve a definição dos direitos dos demandantes na relação com o Mercado de Saúde Suplementar, tomando-se por hipótese ser ele considerado pelos órgãos judiciais setor inafastável na responsabilidade pela provisão dos serviços. Procura-se, com isso, avaliar se o SUS, *in praxis*, está se orientando para dar efetividade ao disposto na Constituição de 1988, que o afirma como tipo universal-redistributivo, ou se caminha na direção do modelo liberal-assistencialista.

A judicialização pode ser vista, nesse aspecto, como espécie de marcador da direção do modelo de proteção social para o qual se encaminha a sociedade brasileira, a despeito do que preconiza a ordem legal. Não se pode subestimar essa fonte de referência, dados seus efeitos práticos e imediatos. Como adverte SANTOS (2006: 46), “entender a saúde pública como um serviço que assegura serviços *latu sensu*, sem nenhuma regulamentação, planejamento, previsão dos recursos financeiros, epidemiologia é um despropósito e uma utopia que poderá levar a sua falência.” Mesmo raciocínio vale para a regulação do Mercado de Saúde Suplementar.

5.1 Democracia e Judicialização

O processo de redemocratização fez acender, na sociedade brasileira, a descoberta do exercício de seus direitos, entre eles os sociais e, para o que aqui interessa, os relativos à saúde. Não obstante, a restauração da ordem democrática tem o condão de libertar demandas antes reprimidas, que, somadas às já inscritas na pauta decisória, produzem sobrecarga na agenda prática do Estado (ABRANCHES, 1988; BARROSO, 2015).

Desde outubro de 1988 o país volta a experimentar a vida cívica em ambiente de Estado Democrático de Direito, cuja formação se dá por vasos comunicantes que mesclam poder e ordem legal. Em outras palavras, para além de o Estado expressar seu poder segundo o império da lei, deve também ser esta a expressão da soberania popular. No entender de CANOTILHO (2003), a democracia confere dimensão política ao Estado de Direito, na medida em que dá resposta à origem do poder e, com isso, legitima e limita seu exercício.

BARROSO (2015: 448) relativiza a separação entre direito e política no Estado Democrático de Direito. Enquanto que na política prevalece a soberania popular e o princípio majoritário, no direito, vigora a primazia da lei (*the rule of the law*) e o domínio da razão. Entretanto, o direito é cria da política, um de seus principais produtos, “o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas”. A aplicação do direito é, então, o momento – possível e desejável – de sua separação da política. O princípio da segurança jurídica⁸⁷ é exemplo que enuncia essa premissa.

O Brasil não diverge da maioria das democracias consolidadas ao imprimir essa premissa logo no primeiro artigo da vigente Carta Constitucional. Para esse desiderato, adota o modelo republicano, com separação horizontal entre os poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – como preconiza o segundo artigo, que leva *status* de cláusula pétrea⁸⁸.

⁸⁷ É a garantia da estabilidade nas relações jurídicas, indispensável à ordem social, pela qual o indivíduo tem a certeza da adequada aplicação dos valores de justiça absorvidos pelo ordenamento em determinada sociedade. Na Constituição de 1988 esse princípio se traduz pelo direito fundamental, inscrito no art. 5º, XXXVI, que assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁸⁸ Preceito que não é passível de modificação por Emenda Constitucional (art. 60, §4º da CRFB/1988).

Segue, assim, o tradicional esquema montesquiano⁸⁹ de tripartição funcional do poder entre distintos órgãos de soberania, a fim de conferir-lhes incompletude como força isolada. Por esse princípio os Poderes constituídos são independentes, mas devem atuar harmonicamente entre si, pautados em sistema de controles estatais cruzados, mais conhecidos por *checks and balances* ou freios e contrapesos, com o fim de evitar que um prepondere sobre o outro. A lógica da separação dos Poderes, além da ideia de contenção, está ligada à especialização de funções. Essa limitação sempre esteve ligada à hipertrofia do Executivo, originalmente associada às estruturas sociais do absolutismo e à sociedade feudal estamental (CANOTILHO, 2003; MENDES *et al*, 2008; MOREIRA NETO, 2008).

No Estado Democrático de Direito, a ordem constitucional orbita em torno dos princípios de liberdade, igualdade e direitos fundamentais, ao passo que a democracia se expressa pela soberania da vontade do povo e pelo governo da maioria, de que emana a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Já o Judiciário, cujos membros não são escolhidos por sufrágio, mas por critérios, a rigor, técnicos, deve agir sempre que vulnerados os valores da sociedade, expressos nas normas jurídicas.

MOREIRA NETO (2008) bem define a origem da separação dos Poderes como expressão da democracia. Observa que o processo de fragmentação do poder emerge dos ideais pós-renascentistas de Locke, Rousseau e Montesquieu, afirmados nas três Revoluções Liberais da Idade Moderna, que introduziram avanços no controle do poder político. Herdou-se da Revolução Inglesa a instituição do Poder Legislativo; da Americana, a autonomia do Judiciário; e da Francesa, a estruturação do Executivo. Adverte, contudo, que sua evolução não se deu de forma homogênea. Se os organismos parlamentares desenvolveram rapidamente sua autonomia e função controladora, o mesmo não ocorreu com os órgãos judiciais, pois é recente a disseminação do mecanismo norte-americano de controle jurisdicional.

No caso brasileiro, deve-se dizer que a separação dos Poderes sempre esteve presente nas Cartas Constitucionais. Mesmo que assim prescrito, vê-se que a história, marcada por longos períodos autocráticos, deixou ranço de concentração de poderes no Executivo e o consequente acanhamento do Legislativo e do Judiciário.

Para ABRANCHES (1988), o conflito entre Executivo e Legislativo sempre representou ponto crítico para a estabilidade democrática no país, corolário, em boa medida, da fragmentação na composição das forças políticas no Congresso, assim como da agenda

⁸⁹ Montesquieu, em seu *L'Esprit de lois*, de 1748, caracteriza o Judiciário como poder neutro, a quem cabe aplicar a letra fria da lei. Essa premissa guardava relação com a institucionalização de garantias da liberdade individual diante dos abusos do Estado (SADEK, 2011).

inflacionada de demandas sobre o Executivo. Nessa linha, remarca que das liberais-democracias estáveis do pós-Guerra a única puramente presidencialista é a norte-americana, para chamar a atenção para a especificidade do regime brasileiro, que se caracteriza pelo presidencialismo associado ao multipartidarismo e à representação proporcional. Esses elementos identificam ordem política forjada pelo grau de heterogeneidade estrutural da sociedade e a conseqüente propensão ao conflito, o que requer gestão apoiada em grandes acordos de sustentação partidária, a fim de garantir a governabilidade. Por tais razões confere ao modelo democrático brasileiro a alcunha de "presidencialismo de coalizão", o que demanda a existência de corte constitucional capaz de intervir em momentos de tensão entre Executivo e Legislativo, a fim de resolver impasses de conjuntura política que levem à ruptura do regime. Nos Estados Unidos esse papel sempre coube à Suprema Corte.

Raciocínio semelhante desenvolve SARTORI (1996) para quem a lei passou a servir de instrumento de governo, pelo que decisões políticas passaram a ser traduzidas em normas. Dessa feita, a atividade executiva depende da edição de leis, o que torna indispensável o apoio parlamentar para viabilizar as ações governamentais. Em sistemas presidencialistas baseados na separação de Poderes, em particular, enfrenta-se o fantasma das divisões no Legislativo, pois governar por leis requer maiorias unidas e apoio parlamentar disciplinado. Isso se agrava ainda mais no multipartidarismo, já que obter maioria por coalização é mais difícil do que obter o voto de membros individuais do mesmo partido.

Nessa mesma esteira, CANOTILHO (2003) avalia que o presidencialismo brasileiro guarda particularidades que desviam da matriz norte-americana e apontam para disfunções político-organizativas. Os amplos poderes do Presidente, por ser, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e de Governo, geram certa confusão e concentração de funções executivas e legislativas, que se exprimem por medidas provisórias, com prejuízo para a mecânica do *checks and balances* e, assim, levam à ineficiência dos controles institucionais.

MOREIRA NETO (2008), por sua vez, observa que o papel da formulação e execução de políticas públicas se encastelou no Executivo, por força da concepção político-administrativa que lhe foi atribuída e dela subtraída a dimensão jurídica. Daí a histórica resistência ao controle externo, sob o argumento da suficiência do processo democrático formal, pelo voto, para legitimar suas decisões.

Como visto, o regime republicano brasileiro vive permanente tensão na divisão dos Poderes constituídos, em vista da histórica hegemonia do Executivo (SARTORI, 1996; BOSHI e LIMA, 2002; BARROSO, 2015). Melhor exemplo disso é a profusão de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República desde a ordem constitucional de 1988, cujo número

supera o dobro dos decretos-leis editados ao longo dos vinte e um anos de regime militar. Esse “cesarismo representativo”, na expressão de CANOTILHO (2003), é modelo que suscita desequilíbrio pela centralização do poder⁹⁰.

A Carta Política de 1988 ainda reúne nas mãos do Chefe do Executivo, além das medidas provisórias, a reserva de iniciativa para propor regras sobre temas centrais para estruturação do aparelho do Estado⁹¹. Só a ele é atribuído iniciar o processo legislativo de matérias relativas às leis orçamentárias e à organização e funcionamento das Forças Armadas e da Administração Pública, direta ou indireta. É prerrogativa sua, portanto, a proposta de criação de órgãos e entidades estatais e paraestatais e o regime jurídico dos servidores públicos e de militares, o que engloba, entre outras, normas sobre provimento de cargos e empregos públicos, remuneração, promoção, estabilidade, aposentadoria ou reforma e transferência para a reserva. Cabe-lhe, também, os poderes de veto a proposições de normas e de agenda, esta por meio de pedidos de urgência para apreciação de assunto de seu interesse, como também pela faculdade de contingenciar a execução orçamentária (SARTORI, 1996; AVRITZER, 2013).

De outra parte, o Legislativo, maior vítima da ditadura militar, retoma suas prerrogativas com a redemocratização, mas não se mostra maduro o bastante. É patente seu acanhamento para enfrentar dadas questões, ante o custo político da aprovação de normas sobre temas polêmicos. A maior parte das leis de relevo, na história recente, origina-se de medidas provisórias ou de projetos de iniciativa executiva. Assiste-se, assim, ao esvaziamento das funções legislativas e até mesmo suas prerrogativas de controle são precariamente exercidas, ante a crise de legitimidade e representatividade. Como afirma BARROSO (2015: 511), “não é possível negar a falta de sintonia entre sociedade civil e órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país”.

Aponta BARROSO (2015) algumas disfunções de cunho estrutural no sistema político brasileiro, notadamente na representação desproporcional na Câmara dos Deputados na razão do contingente populacional de cada Estado-membro, pelo que há regiões super e sub-

⁹⁰ No julgamento da ADIn nº 4048, em que se questiona a constitucionalidade da Medida Provisória nº 405, de 2007, que trata da abertura de créditos extraordinários, advertiu o Ministro Decano Celso de Mello que “esse comportamento dos vários chefes do Poder Executivo da União, além de concentrar indevidamente na Presidência da República o foco e o eixo das decisões legislativas, tornou instável o ordenamento normativo do estado brasileiro que passou, em consequência, a viver sob o signo do efêmero”.

⁹¹ Na Constituição de 1967, matéria tributária era de iniciativa privativa do Presidente da República. Hoje, em que pese ser tema concorrente com o Legislativo, a este é defeso apresentar projeto de leis que tenha repercussão sobre o orçamento corrente.

representadas⁹². Essa regra de alocação de cadeiras parlamentares influi, de igual forma, na distribuição partidária daquela Casa, o que não só distorce a justa participação de cada um, mas também dificulta a formação de maiorias e consensos no processo decisório. Favorece esse arranjo a organização centralizada, definida internamente pelas próprias Casas Legislativas, que põem nas mãos dos líderes partidários o poder de negociação em nome de seus partidos, inibindo a livre atuação dos parlamentares e provocando, assim, conflito político. A isso se agrega a forma de estruturação do apoio legislativo à agenda do governo, forjada a partir da formação de base aliada, mediante a distribuição de cargos estratégicos da estrutura do Executivo. E, como se não bastasse, faz-se presente o jogo de forças e de poder entre diversos grupos de interesse que operam nos bastidores do processo de negociação política (ABRANCHES, 1988; SARTORI, 1996).

Na interpretação de BOSHI e LIMA (2002), o Poder Executivo, dado seu protagonismo, confunde-se com a própria noção de Estado, e essa visão reduzida tem se projetado ao longo das diversas fases de desenvolvimento econômico desde os anos 1930. A isso corresponde a tendência à baixa institucionalização dos partidos políticos e, portanto, à tímida atuação do Legislativo como arena autônoma para produção de políticas públicas, que acabou por se entrenchear nas esferas decisórias da burocracia ligada ao Executivo.

O Legislativo ainda exerce, portanto, papel coadjuvante no sistema político, pelo que sua inoperância tem levado à superatividade do Judiciário, instado a resolver conflitos entre Poderes, o que acaba por revestir decisões políticas de viés judicial, promovendo a chamada judicialização.

Fenômeno comum nas principais democracias avançadas, a judicialização da política pode ser entendida como o exercício pelos órgãos judiciais do controle da constitucionalidade das leis e da atuação estatal. Sua origem está ligada ao sistema de governo dos Estados Unidos, em que, há mais de dois séculos, compete à Suprema Corte a revisão constitucional em decisão de última instância, como parte da estrutura de equilíbrio de Poderes. De lá para cá se vê a expansão do poder dos juízes perante a atuação dos políticos e administradores, em especial em países em que o Poder Executivo é culturalmente hegemônico (AVRITZER, 2013).

A judicialização tem provocado mutação institucional nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pela ampliação do diálogo entre a política e o direito, o que revela abalo ao princípio republicano do império da vontade da maioria, quando ponderados com valores consagrados pela ordem constitucional. Como poder soberano, figura

⁹² Segundo o autor, o equilíbrio federativo já se resolve pela composição paritária do Senado.

o Judiciário, na prática democrática, como elo entre direito e política, uma vez que a prevalência da lei, no esquema de separação de Poderes, apresenta-se como solução mais apropriada para conter os riscos de abuso e desvio de poder (MOREIRA NETO, 2008; SADEK, 2011; VIANNA, 2013; AVRITZER, 2013; BARROSO, 2015).

SADEK (2011) chama atenção para o fato de que, nos Estados Unidos, a força política do Judiciário não decorreu, de imediato, da promulgação do texto constitucional, mas de conquista da sociedade, que se consolidou ao longo de tempo⁹³. Na Europa continental, em contraste, optou-se, de início, pelo deslocamento do poder do monarca para o parlamento. Ao Judiciário, com espaço mais restrito, cabia prestar o serviço público de aplicar a lei para compor conflitos e garantir direitos, sem adentrar na arena pública da definição do ordenamento jurídico.

No entanto, esse desenho original perdeu sua característica para se aproximar do modelo norte-americano, em especial após a emergência dos direitos sociais e do *Welfare-State*. Para VIANNA (2013) essa migração advém de largo processo de democratização, escorado por movimentos sociais decorrentes do capitalismo moderno, o que levou o direito a invadir a vida política e social. A presença do Judiciário na cena republicana tem, portanto, raiz na afirmação da agenda de igualdade.

Argumenta MOREIRA NETO (2008, p. 53) que o controle judicial vem dar outra tônica ao conceito clássico de democracia, tido como produto da expressão censitária da vontade do eleitorado, independentemente de sua forma de composição, que deu azo a regimes totalitários e levou o mundo a grandes confrontos mundiais. No pós-Guerra, transmutou-se em acepção material de democracia, para moldá-la segundo a carga de valores fundamentais. Assim é que a mera vontade da maioria não ilide os direitos da minoria; a legitimidade da origem do poder cede lugar à do desempenho, pelo que a manifestação da vontade estatal, ainda que democraticamente escolhida, deve sucumbir aos primados constitucionais. A representação política do cidadão no governo e no parlamento, quando não mais traduzir eficientemente seus anseios, tem espaço de resposta na participação direta ou indireta nos processos decisórios pela via judicial. Na síntese do autor, “os modelos de democracia encontrados até o final da Segunda Guerra Mundial, com poucas exceções, voltavam-se à obtenção de consensos apenas formais – eleitorais e representativos –, enquanto que os modelos desenvolvidos a partir de então prestigiam a obtenção dos consensos substantivos – procedimentais e participativos.”

⁹³ Tem-se por marco histórico a decisão, em 1803, da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury versus Madison*, pela possibilidade de revisão judicial contra atos e leis que atentassem contra a Constituição.

Nessa mesma linha pensam VIANNA *et al* (1999) que a sociedade encontrou no Judiciário nova arena para dar limites à vontade da maioria. Nesse sentir, a judicialização, longe de implicar perda do ideal republicano, representa seu fortalecimento, ao promover a democracia participativa em articulação com o tradicional sistema representativo.

Sustenta o mesmo autor que a ampliação da participação do Judiciário tem origem com o surgimento do *welfare*. O Estado Social, ante suas características de previdência, deve se orientar para tempo futuro, o que leva as normas definidoras de políticas públicas a assumir certo grau de indefinição. Essa indeterminação se reflete nas relações entre os Poderes constituídos, pois a lei, oriunda do Legislativo, passa a exigir aperfeiçoamento pela interpretação do Judiciário. A democratização social trazida pelo *welfare*, aliada à afirmação da democracia política que deu ensejo a Constituições norteadas pelos direitos fundamentais, propiciou ambiente para a ação direta da sociedade, em substituição à de partidos e instituições políticas. Nesse cenário, o Judiciário se apresenta como meio de solucionar conflitos, alinhar o tecido social e adjudicar a cidadania. Em suas palavras (VIANNA *et al*, 1999: 22-3):

Em torno do Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, de *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético, do justo.

E como ressalta MOREIRA NETO (2008: 63), “o direito não tolera o arbítrio”, de modo que o controle judicial das políticas públicas não deve ser percebido como forma de substituição do político ou administrador pela figura do juiz, haja vista que este se limita a zelar não apenas pela lei, mas pelo direito em si.

BARROSO (2015) traz importante ressalva para distinguir processo de judicialização de ativismo judicial. Expressão que deriva da atuação da Suprema Corte norte-americana desde 1954⁹⁴, o ativismo judicial é empregado para designar a participação ampliada do Judiciário na concretização dos primados constitucionais, ocupando espaços de atuação dos dois outros Poderes. Enquanto a judicialização é fato decorrente do desenho institucional do Estado, o ativismo judicial é atitude, porque revela a opção por forma proativa de expandir sentido e

⁹⁴ Quando a Suprema Corte passou a ser presidida por Earl Warren e, a partir de então, firmou-se jurisprudência progressista em termos de direitos fundamentais. Por conta de reação conservadora, ativismo judicial assumiu, desde então, conotação negativa para se referir ao desborde da função jurisdicional.

alcance da lei quando de sua interpretação. Inclui o autor o caso brasileiro ao afirmar que o ativismo judicial se instala em situações de retração do Legislativo ou de certo deslocamento entre classe política e sociedade civil, que inviabiliza o atendimento efetivo de determinadas demandas sociais. Já a judicialização não pode ser confundida com espécie de usurpação da esfera política pela autoridade judicial, mas revela que temas controversos que, se inseridos no espectro de alcance da Constituição, podem dar ensejo a postulações de direitos subjetivos, pretensões coletivas ou processos objetivos.

Lembra ainda o autor que a legislação, como produto da vontade humana, é expressão dos interesses da maioria, em dado tempo e lugar. A jurisdição, a seu turno, é sua interpretação final, pela qual o juiz ou tribunal aplicará sua compreensão particular do sentido da norma. Direito e política são elementos distintos, mas não estanques. Suas fronteiras podem ser transponíveis ou, quando não, colidentes, neste caso com prejuízos para ambos: seja pelo lado da justiça, seja pelo da soberania popular.

Vale dizer que o Judiciário é instituição inerte em seu papel jurisdicional⁹⁵, se não provocado pelo cidadão na busca da tutela de seus direitos. Assim, é no universo das demandas judiciais que se pode refletir a vocalização do que a se espera do Estado. Como afirmam VIANNA *et al* (1999: 43), “a mobilização de uma sociedade para a defesa de seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhes são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos”.

Há de se reconhecer, portanto, o papel inovador do Judiciário no cenário democrático. Ao passo em que Executivo e Legislativo emergem da democracia representativa, o Judiciário, que só age sob provocação do interessado, apresenta-se como expoente da democracia participativa. A jurisprudência toma, assim, importância curial no desenvolvimento dos sistemas de direito escrito, notadamente como instrumento de adequação da lei estática à dinâmica das evoluções políticas e sócio-econômicas da sociedade.

BARROSO (2015) aponta ainda três causas determinantes do processo de judicialização: o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente para a democracia levou à ascensão institucional de juízes e tribunais; a desilusão com o sistema de representação majoritária, dada a crise dos parlamentos; e a estratégia dos atores políticos de forçar que o Judiciário aja como instância moral razoável da sociedade, para evitar seu

⁹⁵ “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (art. 2º do Código de Processo Civil).

desgaste institucional em deliberar temas polêmicos. No Brasil esse processo se potencializa pelo sistema de controle da constitucionalidade, como também pela constitucionalização abrangente em todos os temas jurídicos, como se verá mais adiante.

5.1.1 Centralidade do direito na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 não diverge do modelo presente nas democracias contemporâneas, que seguem o padrão constitucional norte-americano, pautado na submissão de todo o ordenamento jurídico aos primados constitucionais, na unidade jurisdicional e na centralidade dos direitos fundamentais (BARROSO, 2015).

As Cartas Constitucionais, antes concebidas como documento eminentemente político, declaratório da conformação do Estado e norteador da atuação dos Poderes constituídos, passaram a ser repositório de normas de aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário. Esse movimento do direito, que caminha do positivismo jurídico, calcado no estrito respeito à letra da lei, para ser interpretado a partir dos valores constitucionais, é conhecido por neoconstitucionalismo. Não se trata de instrumento de defesa do texto constitucional meramente em si, mas do sentido dos valores sociais e políticos que por ele se expressam (CANOTILHO, 2003; SILVA, 2008; MOREIRA NETO, 2008; BARROSO, 2015).

Segundo VIANNA *et al* (1999), o Estado do Bem-Estar trouxe o dirigismo no estilo keynesiano e, ao promover a redução das desigualdades na regulação da economia, provocou a mudança de orientação do direito privado, antes assentado na autonomia individual, para incorporar os princípios de justiça social. Afirma que a consequência do *welfare* é a aproximação entre Poder Público e mercado, pelo que as relações sociais passam a ser mediadas por instituições democráticas. O direito público vai paulatinamente invadindo o terreno da esfera privada, a partir do momento em que a ideia da propriedade privada e da autonomia da vontade, pilares do liberalismo, é colocada em xeque pela magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, ante a necessidade de desenvolvimento da sociedade em seu conjunto.

Constata, assim, que a expansão dos valores democráticos tem implicado a crescente institucionalização do direito na vida social e, portanto, a tomada de espaços da esfera privada, até então inacessíveis. A emergência de novos portadores de direitos, notadamente a

partir do movimento operário em meados do século passado, deu fim à dissociação entre Estado e sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade negativa.

Observa-se o câmbio de perspectiva sobre os referenciais da sociedade após a crise do liberalismo, em especial pela influência do *welfare*. A concepção smithiana do interesse coletivo como a simples soma das vontades individuais cede espaço à preocupação com a redução de desigualdades, a proteção do hipossuficiente e a harmonização entre interesses privados e coletivos, a partir da construção de relações de solidariedade e de responsabilidade social.

É sob esse contexto que a Constituição de 1988, a par de definir a forma do Estado e do sistema econômico, consagra direitos fundamentais, cujo centro é a dignidade da pessoa humana, que irradiam sobre todo o ordenamento jurídico. Assim é que, além da clássica supremacia formal, a Constituição passou a desfrutar da material e axiológica. Observa BARROSO (2015) que a nova ordem constitucional demarcou alguns espaços privados merecedores de proteção especial.

Assiste-se, com isso, a processo de constitucionalização do direito privado, especialmente o direito civil, em função dos novos valores trazidos pela Lei Maior, pelo que ganha primazia a solidariedade social onde antes reinavam, de forma absoluta, a liberdade individual e a autonomia da vontade. O Código Civil, antes tomado por Constituição do direito privado, deixa, então, de ser o epicentro do direito comum, para dividir cena com uma profusão de leis especiais, voltadas a normatizar novas figuras que emergem da complexa realidade econômico-social que se apresenta, impondo deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, que visa à tutela constitucional da dignidade da pessoa humana e da fruição social da propriedade (TEPEDINO, 2001; BARROSO, 2015).

MOREIRA NETO (2008: 56) afirma ser dúplice a constitucionalização dos direitos fundamentais, pois, no aspecto substantivo, traduz os valores básicos da sociedade, enquanto que, no adjetivo, prescreve o marco regulatório de proteção dos direitos subjetivos deles decorrentes, sejam eles políticos, civis ou sociais, sejam individuais, coletivos ou difusos. A Constituição passou, portanto, a representar “estatuto do poder estatal dotado de máxima normatividade, com efetividade de seus comandos”, exigíveis direta e imediatamente das instituições públicas ou do particular, pelo que passíveis de demanda judicial se violados.

Advertem VIANNA *et al* (1999: 40-1) que a concretização dos direitos fundamentais inscritos na Constituição é “obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio de recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto”. No caso brasileiro, cabe relembrar

que ampla coalização formada para dar conta do processo de redemocratização foi empecilho para um Texto Constitucional identificado com conquistas substantivas de alcance imediato, de modo que a solução foi compensá-las por incisiva e generosa declaração de direitos fundamentais, a ser consolidada pelo arranjo de forças subsequente.

Nessa linha, assinala BARROSO (2015: 455) que a linguagem jurídica se utiliza de signos a ser interpretados, em diferentes graus de consenso ou controvérsia. A Constituição, com efeito, lança mão de cláusulas abertas, que incluem princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que transmitem ideia inicial de sentido e, por conta disso, devem ser integrados a partir dos elementos do caso concreto. Em suas palavras, “na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o Direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete”.

SADEK (2011) chama atenção, nesse ponto, para o fato de o processo decisório, por vezes, exigir confrontação de princípios, *prima facie*, antagônicos e expor a oposição entre grupos sociais com interesses colidentes. A ponderação de valores, como intimidade *versus* publicidade, religião *versus* ciência, moralidade administrativa *versus* presunção de inocência, põe em campos oponíveis instituições, corporações e atores sociais de distintas categorias ideológicas.

5.1.2 Função do Judiciário na ordem constitucional brasileira

Constitucionalismo democrático significa, como visto, limitação do poder e supremacia da lei sobre a vontade da maioria, na defesa dos direitos fundamentais, eis que expressão da vontade geral se manifesta nos valores constitucionalmente consagrados (VIANNA, 2013). Nas palavras de BARROSO (2015: 439) “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”. O papel do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é, assim, o de interpretar a Constituição e as leis, a fim de assegurar, por meio da função jurisdicional, o respeito ao ordenamento jurídico.

Na história republicana brasileira, a opção consagrada de sistema de governo foi, em regra⁹⁶, a presidencialista, o que, pela lógica da separação dos Poderes, confere ao Judiciário

⁹⁶ Em 1961, o Brasil vivenciou lampejo parlamentarista, com Tancredo Neves como Primeiro-Ministro, para que João Goulart pudesse assumir a Presidência da República, por conta da renúncia de Jânio Quadros.

status de Poder constituído. Em que pese esse desenho constitucional, sua identidade não foi preservada, em particular durante os períodos de regime autoritário, máxime após 1969, quando o Judiciário não tinha, de fato, independência. Para SADEK (2011), a instabilidade política quase que crônica, aliada à histórica hipertrofia do Executivo, são elementos que opuseram barreiras ao desenvolvimento das potencialidades de protagonismo judicial típicas do sistema presidencialista.

É a partir da Constituição de 1988 que o Judiciário foi guindado a autêntico poder soberano, dotado de autonomia administrativa e financeira e prerrogativas funcionais (arts. 92 a 99). A par dos formuladores e executores das políticas públicas, a institucionalização do aparelho da justiça veio converter os magistrados em atores estratégicos, por serem eles intérpretes da nova ordem constitucional.

Como pedra angular do sistema de proteção de direitos, vigora o princípio da jurisdição única, pela qual não haverá lesão ou ameaça a direito excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Para tanto, não só se conceberam novos instrumentos de garantia da ordem constitucional objetiva e dos direitos subjetivos, também assim se ampliaram os mecanismos de proteção já existentes, mediante ações de controle incidental ou concentrado⁹⁷ da constitucionalidade das leis e de atos governamentais⁹⁸. O estabelecimento do princípio da revisão constitucional ancorou o Judiciário na arena política, uma vez que as deliberações do Executivo ou do Legislativo são passíveis de apreciação judicial, a quem cabe a decisão final sobre a matéria (art. 102). Além disso, a Constituição de 1988 também passou a permitir que outros atores, além dos tradicionais no processo constitucional, pudessem propor ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade (art. 103), sendo esses os meios jurídicos de controle concentrado da legislação infraconstitucional, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*⁹⁹ (MENDES *et al*, 2008; AVRITZER, 2013).

Não há dúvida do protagonismo do Judiciário na ordem constitucional vigente. No entanto, o desenho constitucional para sua atuação não é a única fonte que alimenta seu papel na arena política.

⁹⁷ Nas ações de controle concentrado, não se discutem casos concretos (controle incidental ou difuso), mas a lei em tese.

⁹⁸ A exemplo, cite-se a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental como formas de controle de constitucionalidade; e a ação popular, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, inclusive coletivo, direcionados a atos ou omissões manifestamente inconstitucionais perpetrados por autoridade pública.

⁹⁹ *Erga omnes* significa que a decisão judicial atinge a todos, e não só as partes litigantes no processo, e *ex tunc* se traduz por efeito retroativo, pelo que alcança todas as situações, até mesmo as anteriores à decisão judicial.

A redemocratização levou os direitos civis, políticos e sociais a bases universais, pela constitucionalização de garantias individuais e coletivas, tendo ampliado o rol de assuntos que deixaram de ser objeto de decisão política. Daí a mudança na relação entre Estado e sociedade, a partir de novos critérios de legitimação política, em que o direito se investe de relevância singular, ao se interpor como mediador estratégico para o cumprimento do programa constitucional, mediante mecanismos judiciais à disposição da sociedade para assegurar sua efetividade (SADEK, 2011; VIANNA, 2013).

O sistema jurisdicional se tornou mais visível não só para o cidadão, que nele reconheceu o *locus* para a garantia de seus direitos e solução de conflitos, mas também para o agente político, que o descobriu como novo interlocutor a confrontar a decisão das maiorias legislativas ou das políticas governamentais. AVRITZER (2013) aponta, ainda, a expansão do poder dos juízes para além do campo constitucional, tomando espaço de políticos e administradores. Ressalta, nessa linha, que debates tipicamente parlamentares têm sido levados à discussão em sede judicial, em boa parte como estratégia para mobilizar a opinião pública. O Judiciário passa a figurar, assim, como arena decisória alternativa no processo de disputa político-partidária¹⁰⁰. Não bastasse, questões de alçada característica do Legislativo têm sido transpostas para deliberação judicial, com sérios reflexos para a estrutura de equilíbrio dos Poderes. Esse estímulo tornou crescente a busca pela prestação jurisdicional. SADEK (2011) identifica que, entre 1990 e 2003, a multiplicação do volume de ações judiciais foi de 8,36 vezes, comparado ao crescimento da população em 1,22 vez no mesmo período.

O Poder Judiciário passou, a partir da restauração do regime democrático, a exercer papel político, em parêntese com o Legislativo e Executivo. BARROSO (2009b: 373) observa que “o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar papel simbólico no imaginário coletivo”.

Como já dito, esse fenômeno não é novo na interpretação norte-americana, cuja tendência tem influenciado os países europeus, há algum tempo, com a institucionalização de cortes constitucionais. O caso brasileiro não é, pois, exclusivo, mas recente, intenso e singular, se comparado com outras modernas democracias. Segundo VIANNA (2013: 211), a imersão do Judiciário na política “nasce a partir de um processo de modernização imposto assimetricamente à sociedade pelo Estado, então formado segundo uma modelagem

¹⁰⁰ Só em 2014 o STF registrou aumento de 351% no número de ADIns, ADCs e ADPFs julgadas em relação ao ano anterior.

corporativa, exercendo funções de tutela e controle social da vida associativa dos trabalhadores”.

BARROSO (2015) observa outra particularidade brasileira, que é a adoção de modelo de constitucionalização abrangente e analítica, associado ao sistema de duplo controle de constitucionalidade que, ao combinar as matrizes americana e europeia, acaba por admitir variedade de ações, somada a amplo direito de propositura.

O neoconstitucionalismo, inaugurado no Brasil com a promulgação da Carta de 1988, promoveu uma “viragem jurisprudencial”, em que “o direito constitucional é aquilo que os juízes dizem que é”, na afirmação de CANOTILHO (2003: 26).

Vale salientar que, em contraste com o sistema inglês e norte-americano de direito consuetudinário (*common law*), em que o precedente judicial (*stare decisis*) é a fonte primária no ordenamento jurídico, com efeito vinculante sobre decisões futuras (*leading case*), o direito brasileiro segue a tradição românico-germânica da Europa continental, que se funda na ideia do direito escrito, positivado e sistematizado na lei (*civil law*), pelo que a jurisprudência tem função limitada à interpretação centrada no texto legal. O papel do juiz, nesse caso, é o “da boca que pronuncia a vontade da lei”, pelo que lhe cabe apenas aplicá-la conforme concebida pelo legislador. Contudo, a partir da constitucionalização do direito, no Brasil, observa-se certa aproximação com o sistema do *common law*. A irradiação dos primados constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico faz com que a função jurisdicional leve em conta fatores externos à letra da lei, em que prevalece a interpretação judicial orientada pela ponderação de valores.

Cabe, assim, ao magistrado a construção do sentido das normas, em especial quando se tratar da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Há casos até em que se faz necessária a ponderação entre valores aparentemente colidentes, a fim de harmonizá-los ou, quando não for possível, confrontá-los na composição do conflito concreto que ali se apresenta. Na assertiva de VIANNA (2013: 210) “confia-se ao Judiciário o papel de ‘legislador implícito’, uma vez que a ele, diante do caso concreto, cabe completar a lei”.

Para o autor, a convergência entre os sistemas de *civil law* e *common law* já teria alcançado o direito brasileiro. Diante disso, indica que esse processo, ainda em curso, pode vir a favorecer mútuo enriquecimento da democracia representativa e da participativa.

Sem embargo, ressalva BARROSO (2015) não ser desejável a formação de um Poder Judiciário hegemônico, tampouco usurpador da função legislativa. Dessa feita, chama atenção para as críticas, na literatura, ao movimento de expansão do Poder Judiciário nos Estados

constitucionais contemporâneos, dentre as quais destaca a forma de investidura dos membros da magistratura, a elitização do debate e a limitação do espectro no ofício da jurisdição.

No campo político-ideológico, cumpre repisar que o ideário republicano de democracia tem por base a soberania popular, que se concretiza pelo sistema representativo em que Chefe do Executivo e integrantes do Legislativo são mandatários políticos, fruto de escolha pelo voto popular. Já os membros do Poder Judiciário não são ungidos pela representação democrática, mas por critérios técnicos ou circunstanciais¹⁰¹, podendo, assim, figurar como força contramajoritária do sistema, quando a jurisdição se contrapuser à vontade do povo, traduzida em norma e outros atos de seus representantes.

Na mesma linha, anota o autor que o Judiciário é visto como instituição conservadora sob o aspecto da distribuição de riqueza e poder na sociedade. É inegável que seus integrantes pertencem minimamente a uma casta intelectual, pelo que o ingresso do sistema jurisdicional na arena política pode operar como reação das elites contra a democratização.

Pondera SADEK (2011) que a atuação, seja conservadora, seja progressista do Judiciário, irá depender do desenho institucional dos Tribunais, em especial da Corte Constitucional, assim como da característica de seus integrantes, já que traços individuais não podem ser desprezados. A origem profissional e a experiência pessoal do magistrado, seja juiz ou membro dos Tribunais, imprimem perfil perceptível em sua atuação jurisdicional, o que inviabiliza posição asséptica no processo decisório, pois, a par da dogmática jurídica, presentes estão variáveis extrajudiciais. Como anota o autor, “estão em jogo tanto a força relativa das diferentes instituições, quanto a distribuição de poder no interior de cada instituição, a manutenção de privilégios e a efetivação de projetos políticos”.

Último ponto que interessa trazer à tona diz respeito à formação do magistrado. BARROSO (2015) ressalta dois aspectos estruturais, quais sejam, a capacidade institucional e o efeito sistêmico das decisões judiciais. No primeiro, discute-se o fato de que, em matérias que envolvem elementos técnicos ou científicos complexos, não se pode ter no juiz de direito o ator mais qualificado para produzir a melhor decisão. Já, no segundo, põe-se em questão o impacto das decisões judiciais. O juiz é ator social que tem a vocação e treinamento para compor casos concretos, o que exprime a microjustiça, e não a macrojustiça, cujo gerenciamento compete aos parlamentares, na produção de normas, e às autoridades administrativas, na implementação de políticas públicas. Não há dúvida de que a formação de

¹⁰¹ O ingresso na carreira da magistratura se dá por concurso público de provas e títulos, salvo o provimento dos cargos de Ministro do STF e dos Tribunais Superiores, inclusive o STJ, que são nomeados pelo Presidente da República, observados os critérios constitucionais de composição. A evolução na carreira se dá por nomeação do Presidente da República, ou Governadores dos Estados no caso dos Tribunais de Justiça.

jurisprudência tem o potencial de gerar implicações econômicas, sociais, culturais e políticas, além de provocar conflitos institucionais, em especial entre Poderes Legislativo e Executivo, soberanos em igual monta ao Judiciário.

A título de proteção de direitos em casos pontuais, o Judiciário pode levar à promoção de iniquidades. Decisões judiciais, máxime quando desagregadas de visão sistêmica, podem redundar na concessão de privilégios apenas a cidadãos que buscaram a tutela jurisdicional, em geral aos segmentos dotados de maior capacidade crítica, e quando não econômica, em detrimento da sociedade como um todo.

Segundo pesquisa realizada, em 2009, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA¹⁰², o acesso ao aparelho judicial é influenciado, em grande parte, por determinantes sociais. O cruzamento de dados entre volume de litígios judiciais e indicadores socioeconômicos revelam que a demanda potencial pela proteção jurisdicional é 170,3% superior à efetiva, dado que 63% dos brasileiros que tiveram algum direito lesado ou ameaçado não recorreram às vias judiciais. Ressalta que 53,54% das demandas podem ser explicadas em função dos níveis de educação e pobreza, já que, nos Estados com maior nível de escolaridade e de renda, a taxa de novas ações judiciais a cada 100 mil habitantes é 43% maior do que a média nacional. Sobre isso, alertam VIANNA *et al* (1999: 24), referindo-se a HABERMAS (1997), que a invasão da política pelo direito periga levar “à privatização da cidadania”.

5.1.2.1 Papel do STF

O Estado constitucional brasileiro adotou, como já se viu, sistema misto de controle de constitucionalidade que combina critério difuso, pela via de defesa em casos concretos, e o concentrado, no questionamento da própria lei em tese. Outra peculiaridade é ter se direcionado a competência do STF para compor lide constitucional. Considerado “Guardião da Constituição”, cumpre-lhe zelar pela proteção dos valores nela inscritos (SILVA, 2008, MENDES *et al*, 2008).

Composto de onze Ministros, sua escolha é livre prerrogativa do Presidente da República, após chancela pela maioria absoluta do Senado, entre cidadãos brasileiros natos,

¹⁰²Disponível em: <http://cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/iii-seminario-justica-em-numeros/apre_alexandre_cunha_jn_2010.pdf> . Acesso em: 22 dez. 2015.

de notável qualificação jurídica e reputação ilibada. Essa Corte está a cargo de processar e julgar, sempre em juízo definitivo, as ações de sua competência originária, sendo, nesse caso, a única instância a se pronunciar, e as em grau de recurso ordinário ou extraordinário¹⁰³.

¹⁰³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;
- i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e

Em que pese a jurisdição do STF seja restrita a litígios constitucionais, sua competência originária foi significativamente ampliada pela Carta de 1988, em especial no tocante ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional. Assiste-se, a partir daí, mudança nos meios de interação com os Poderes Judiciário e Legislativo, na medida em que a nova ordem constitucional brindou o STF com significativo peso político, ao lhe atribuir a função de processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade, a direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. A esses mecanismos de postulação da ordem constitucional objetiva se somam os recursos extraordinários, para formar o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, ou de omissões inconstitucionais (MENDES *et al*, 2008).

SADEK (2011) se refere a estudo de TAYLOR (2007) para indicar que, só entre 1998 a 2002, o STF declarou, em caráter liminar ou definitivo, a inconstitucionalidade de mais de duzentas leis federais.

É inegável o protagonismo que o STF assumiu no cenário político do país, em particular a partir da chamada “Corte Gilmar Mendes”¹⁰⁴, quando a instituição se consolidou como importante instância contramajoritária em função de sua jurisdição constitucional. É de 2007¹⁰⁵ a primeira decisão que assegura o direito de greve ao servidor público, mesmo na falta de aprovação pelo Congresso Nacional da lei que regulamente a matéria. De lá para cá aquela Corte passou a ter atuação mais ativista, notadamente no campo da inconstitucionalidade por omissão, ao preencher lacunas normativas sobre direitos fundamentais¹⁰⁶.

Vale abrir parênteses para destacar a Reforma do Judiciário ditada pela EC nº 45/2004, que procurou trazer mais celeridade à prestação jurisdicional. Entre as principais alterações

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (CRFB/1988).

¹⁰⁴ Até então predominava o perfil da “Corte Moreira Alves”, que mantinha lógica processual objetiva no controle concentrado de constitucionalidade, com atuação bastante contida e cautelosa, o que demonstrava visão conservadora da separação de poderes. Ao receber mandados de injunção para que o Congresso aprovasse certa lei, o STF apenas fazia comunicação ao Congresso Nacional de que os parlamentares estavam demorando para garantir dado direito à sociedade. (FERREIRA e FERNANDES, 2013).

¹⁰⁵ Em 2007 era Presidente do STF a Ministra Ellen Gracie.

¹⁰⁶ Quase todas as questões de relevância política, social e moral já foram postas a debate no STF. Convém citar, a exemplo, vedação ao nepotismo (ADC 12/DF); pesquisas com células tronco embrionárias (ADI 3510DF); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); união homoafetiva (ADI 4277/DF); demarcação de reserva indígena (Pet 3388/RR), entre outros.

estão a consagração do princípio do direito à razoável duração do processo, com vistas a conferir mais agilidade e eficiência na solução dos litígios, e a criação do Conselho Nacional de Justiça, para aprimorar a gestão do sistema.

A Reforma produziu mudança do perfil do STF para confirmar sua função de Corte Constitucional, ao reduzir sua função de controle incidental de constitucionalidade na qualidade de última instância recursal pela ampliação dos efeitos de determinadas decisões judiciais para outros casos além daquele que está sendo julgado, com a instituição da súmula vinculante e da repercussão geral em recursos repetitivos¹⁰⁷.

Interessa aqui destacar a figura da repercussão geral (*leading case*) que pode ser reconhecida pelo STF na admissibilidade de recurso extraordinário, quando estiver em pauta tema constitucional com relevância social, política, econômica ou jurídica que transcenda os interesses subjetivos da causa, ou seja suscetível de se reproduzir em múltiplos feitos¹⁰⁸. Sua finalidade está em uniformizar a interpretação constitucional, pelo que o mérito da decisão no recurso em que teve reconhecida repercussão geral balizará casos idênticos, inclusive em instâncias inferiores.

Vale dizer que a utilização de recursos judiciais para fins políticos não se restringe ao STF, mas se estende às demais instituições do Judiciário pela chamada indústria de liminares, pois, ainda que reformadas em instâncias superiores, produz efeito de retardar decisões governamentais, constranger o Executivo ou mesmo o Legislativo (SADEK, 2011).

5.1.2.2 Papel do STJ

Conhecido como “O Tribunal da Cidadania” – o STJ é órgão de jurisdição máxima quando se está em pauta questão afeta à legislação infraconstitucional¹⁰⁹. Criado pela Constituição de 1988, em substituição ao antigo Tribunal Federal de Recursos, tem a função

¹⁰⁷ “Art. 102. [...]

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (CRFB/1988)

¹⁰⁸ Arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

¹⁰⁹ Exceto em matéria especializada, cujo juízo competente é o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar.

de assegurar a aplicação uniforme da lei nacional pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados.

É composto por 33 Ministros, cujos cargos estão divididos em três critérios de provimento: onze devem ser Ministros provenientes da magistratura estadual; outros onze, da federal; e os demais entre membros do Ministério Público e profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, de forma paritária e alternada. A escolha é do Presidente da República, após chancela pela maioria absoluta do Senado, mas, em contraste com o STF, está vinculado à indicação procedente de lista tríplice de magistrados elaborada pelos Tribunais correspondentes, e sêxtupla, pela respectiva corporação de origem.

Cabe ao STJ processar e julgar as ações definidas na Constituição como de sua competência originária e as em grau de recurso ordinário ou especial¹¹⁰. É como instância recursal que figura como órgão responsável por uniformizar a interpretação das leis, ao dirimir conflitos provenientes dos Tribunais federais ou estaduais. O recurso ordinário se destina a certas hipóteses que envolvem crimes de natureza política ou revisão em segunda

¹¹⁰ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
- b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
- c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
- e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
- f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
- h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
- i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” (CRFB/1988).

instância. O que aqui interessa, porém, são os recursos especiais, que podem ser propostos em casos em que a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal ou lhe der interpretação divergente da que haja atribuído outro Tribunal. É por essa via que se confiou ao STJ o “controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade da lei federal” (SILVA, 2008: 573).

Para MENDES *et al* (2008), compõe o *ethos* do STJ o julgamento de recursos especiais, em vista da função que a Constituição de 1988 lhe conferiu para pacificar a jurisprudência, ao uniformizar interpretações divergentes oriunda de diferentes Tribunais sobre mesmo tema. É o recurso que tem por finalidade manter a hegemonia das leis infraconstitucionais, proteger o direito objetivo, isto é, a norma de natureza infraconstitucional. A manifestação do STJ, em recurso especial, é sua expressão como órgão de cúpula da Justiça Comum, seja em âmbito federal, seja estadual, ao lado dos Tribunais Especializados¹¹¹.

Na Carta Constitucional anterior, havia apenas a possibilidade de se interpor o recurso extraordinário perante o STF. Sucede que o vigoroso aumento do volume de ações que chegava àquela Corte fez com que o legislador constituinte optasse por distribuir essa atribuição entre o STF, como guardião do texto constitucional, e o STJ, a quem passou a caber a guarda da legislação federal. Sem embargo, cumpre salientar que há possibilidade desse Tribunal apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei. O exame de questão constitucional pode ser feito até de ofício, pois, assim como todos os juízes e tribunais, também exerce o controle difuso de constitucionalidade.

É por meio da revisão processual, em sede de recurso especial, que o STJ se pronuncia sobre controvérsias judiciais que envolvem planos de assistência à saúde.

5.2 Recados da Cúpula

Certo é que, na atualidade, a norma jurídica positivada não oferece respostas fechadas aos operadores do direito. Nesse sentir, anotam de VIANNA *et al* (1999: 21), ao mencionar HABERMAS (1997), que o direito voltado para o tempo futuro fez admitir, no ordenamento, “leis experimentais de caráter temporário e de regulação de prognóstico inseguro”, tal como

¹¹¹ Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar.

“a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, conceitos jurídicos indeterminados”.

No campo da saúde, encontra-se nessa situação a própria extensão de seu direito subjetivo, consoante a previsão constitucional do art. 196; a relevância pública de suas ações e serviços, como fixado no art. 197; e a interação do setor privado com o SUS, nos termos do art. 199, § 1º. A interpretação do sentido de tais dispositivos já não está mais nas mãos do constituinte.

SADEK (2011) aponta que a saúde é uma das áreas da política pública mais sensível à judicialização. O dilema que se enfrenta nas demandas judiciais diz respeito a decisões em que se põem em xeque alternativas entre saúde ou doença, vida ou morte. Não bastasse isso, valores colidentes são afetados, quando se tem de contrapor casos individuais *versus* políticas coletivas. A possibilidade de se obter essa tutela jurisdicional pode ter efeito adverso da proteção de direitos individuais, que é a produção de desigualdades, na medida em que o demandante recebe assistência à saúde diferenciada daqueles que não têm acesso qualificado ao aparelho judicial.

A dimensão do direito à saúde enunciado no art. 196 da Constituição de 1988 recebeu do STF a compreensão adiante sintetizada¹¹²:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente [...]

Por conta da magnitude e complexidade do tema, o STF fez realizar Audiência Pública, com objetivo de discutir os contornos técnico-científicos, operacionais, políticos e econômicos que envolvem o direito à saúde. Na Audiência ocorrida em 2009, foram ouvidos cinquenta especialistas, entre profissionais da saúde e do direito, gestores e usuários do SUS. A convocação foi feita pelo Ministro Gilmar Mendes¹¹³, como maneira de ouvir da sociedade civil subsídios para a formação de convencimento nas decisões não só sobre as ações que chegaram àquela Corte, mas nos julgados em todo o país. Em seu discurso de abertura dos trabalhos, o Ministro registrou a relevância do debate, como expresso nas passagens adiante reproduzidas (BRASIL/STF, 2009: 2-6):

¹¹² Cf. RE nº 271.286-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJU de 24/11/2000; STA 175-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE de 30/4/2010; RE nº 668.722-AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, DJE de 25/10/2013; AI nº 734.487-AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJE de 20/8/2010.

¹¹³ Presidente do STF na época.

[...] O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.

[...] O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis. Este é o drama que se coloca e que nós vemos muitas vezes, porque os pedidos, em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou de cautelar, e o juiz se vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer de imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas ou estudos, o que justifica ainda mais a necessidade desse processo sofisticado de racionalização que estamos tentando fazer no âmbito desta Audiência Pública.

[...] No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde.

Após essa mais duas outras duas Audiências Públicas foram convocadas para discutir assuntos afetos ao sistema de saúde. Uma, realizada em 2013, teve por objetivo subsidiar o julgamento de ação que questiona a constitucionalidade da medida provisória que instituiu o "Programa Mais Médicos". Já a segunda se destinou à discussão sobre a constitucionalidade de se oferecer a chamada "diferença de classe"¹¹⁴ no SUS.

Em matéria de saúde suplementar, três assuntos chamam especial atenção para o setor, a depender da decisão de mérito do STF, são eles: a constitucionalidade de aplicação de dispositivos da Lei nº 9.656/1998 a contratos celebrados antes de sua vigência e, na mesma linha, a aplicação do Estatuto do Idoso a pactos anteriores; e a validade jurídica do ressarcimento ao SUS.

Questão tormentosa é a discussão sobre a aplicação da lei no tempo frente ao princípio da segurança jurídica. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1931-

¹¹⁴ Corresponde a possibilidade de internação hospitalar em acomodação superior ou outro atendimento em padrão diferenciado, mediante pagamento por desembolso direto pelo usuário do sistema (*out-of-pocket*).

8/DF¹¹⁵, ao confirmar o entendimento da predominância do princípio da irretroatividade das leis¹¹⁶, a decisão do STF foi por declarar inconstitucional a incidência do art. 35-E da Lei nº 9.656/1998 sobre contratos antigos. Deixou-se, com efeito, de estar sujeitos à regulação da ANS aspectos importantes da antiga prática do mercado, como reajustes arbitrados, limitação do tempo de internação hospitalar e rescisão unilateral de contratos individuais, temas esses que foram ponto de partida para a discussão do marco regulatório da saúde suplementar e que ainda hoje atingem parcela do universo de planos de assistência à saúde em operação. A matéria, contudo, recebeu apreciação em caráter liminar, pelo que depende julgamento final do mérito.

A questão volta ao exame do STF pela via do controle difuso de constitucionalidade, já não mais sobre a regra em tese do sobredito art. 35-E, mas quanto à aplicação retroativa de leis sobre planos de assistência à saúde a contratos firmados antes de sua vigência. O que se põe em exame particularmente são aspectos relativos à cobertura assistencial e à obrigatoriedade de oferta da adaptação dos contratos à nova disciplina (arts. 10, 12 e 35 da Lei nº 9.656/1998). Esse é o objeto do Agravo em Recurso Extraordinário – ARE nº 652492-RG/RS¹¹⁷, em que foi admitida a Repercussão Geral, mas o julgamento permanece pendente. Em sua manifestação de admissibilidade do pedido, a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, relatora do processo, alerta para o problema de instabilidade na interpretação das regras sobre a operação de planos de assistência à saúde, que afeta tanto consumidores, quanto operadoras, como se extrai do seguinte trecho:

[...] além da transcendência de interesses – pois o universo de contratos de saúde é enorme –, há relevância social e econômica no tema: a primeira, em face dos beneficiários de planos de saúde, que saberão, definitivamente, se lei nova sobre planos de saúde pode, ou não, ser aplicada aos contratos anteriormente firmados; a segunda, em relação às administradoras de planos de saúde, pois as modificações legais geram alterações no custo de manutenção do sistema.

Ainda na linha da disciplina jurídica sobre a aplicação da lei no tempo, o STF também reconheceu a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário – RE nº 630.852-RG/RS¹¹⁸, em que se discute a constitucionalidade da aplicação do Estatuto do Idoso¹¹⁹ para

¹¹⁵ Relator Ministro Maurício Correa, DJe de 03/09/2003.

¹¹⁶ “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988).

¹¹⁷ (i) Tema 123, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarRepercussaoGeral.asp>>. (ii) Este *leading case* substituiu o RE nº 578801 (DJe de 31/10/2008), em que já havia sido reconhecida repercussão geral.

¹¹⁸ Relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 30/5/2011, tema 381.

¹¹⁹ O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, sendo esta igual ou superior a 60 sessenta anos (art. 1º c/c art. 15, § 3º).

fins de variação do preço por faixa etária nos contratos de plano de assistência à saúde celebrados antes de sua vigência. A matéria ainda não foi julgada por aquela Corte.

A exigência prevista no art. 32 da Lei nº 9.656/1998 de ressarcimento ao SUS pelas despesas de atendimentos prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde também foi alvo de questionamento na ADI antes mencionada. Sucede que, uma vez silente aquela decisão liminar sobre o assunto, prevalece o entendimento pela validade jurídica de sua cobrança¹²⁰.

Sem embargo, a discussão sobre a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS reaparece no STF sob a forma do controle difuso no RE nº 597064- RG/RJ¹²¹, em que se admitiu Repercussão Geral. Trata-se de tema central para a definição, em âmbito jurídico, do princípio de universalidade do SUS. De um lado, está a corrente que alega que o dever primário de assegurar o acesso à saúde é atribuído pela Constituição de 1988 ao Estado, em todas as esferas federativas, pelo que se reveste de caráter suplementar a oferta de planos de assistência à saúde. Trata-se, pois, de opção do consumidor dispor da assistência à saúde, via mercado, que já lhe é universalmente garantida por sua condição de cidadão, ressaltando-se que o custo com o ressarcimento acaba por ser assumido pelo próprio consumidor, em última instância, pela realocação do custo no preço do produto. De outro, há os que defendem a legalidade do ressarcimento, dada sua natureza restitutória, com fundamento na cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa¹²². No caso, as operadoras oferecem rede assistencial paralela ao SUS mas, na prática, contam com serviços prestados pela rede pública, notadamente nos eventos e procedimentos de alto custo.

A Repercussão Geral da discussão sobre a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS foi admitida por unanimidade no STF. O caso envolve o exame da exegese do art. 196 da Constituição de 1988, como ressaltou o Ministro Marco Aurélio Mello, no trecho de sua manifestação reproduzido adiante:

[...]A saúde é direito de todos e dever do Estado. Surgem diversas as obrigações conforme decorrentes do disposto no artigo 196 da Constituição Federal ou da relação jurídica cujas balizas subjetivas envolvem o plano de saúde e o contratante. Cabe ao Supremo elucidar o alcance da Carta da República sobre a matéria e dizer

¹²⁰ "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Ordinária 9.656/1998 [...] 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." (ADI 1.931MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 28/5/2004).

¹²¹ Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 29/3/2011, tema 345.

¹²² Obtenção de vantagem patrimonial à custa de outrem, sem que, para tanto, haja fundamento jurídico. (arts. 884 a 886 do Código Civil).

se, cumprido o Estado o dever previsto no citado artigo 196, sendo o beneficiário detentor de plano de saúde, pode vir a cobrar deste último o serviço prestado.

A cobrança do ressarcimento sobre contratos anteriores à Lei nº 9.656/1998 também é alvo de questionamento nesse *leading case*.

Nos demais casos em que se discute o reexame da matéria diante da Lei nº 9.656/1998 e do Código de Defesa do Consumidor, o STF não se imiscuiu em questão de mérito, por já ter assentado entendimento, de cunho processual, de que não lhe compete rever controvérsia decidida por instâncias ordinárias com fundamento infraconstitucional, autônomo e suficiente para manutenção do julgado, interpretar cláusulas contratuais, tampouco fazer exame de ofensa indireta ou reflexa à Constituição de 1988¹²³.

Com efeito, enquanto não houver pronunciamento final do STF na ADI e nos recursos com repercussão geral prevalecem, na jurisprudência, as decisões já consolidadas pelo STJ.

Os contornos do direito à saúde também se destacam entre os principais temas de debate no STJ. Essa Corte já reúne rica jurisprudência sobre o assunto, notadamente sobre demandas que envolvem a assistência à saúde.

Em noticiário institucional¹²⁴, é manifesta a preocupação com a dicotomia entre o individual e o coletivo decorrente da tutela jurisdicional da saúde, com destaque para questões relativas a medicamentos ou procedimentos de alto custo. Na opinião do Ministro Luiz Fux¹²⁵, trata-se de direito-meio que visa à garantia de princípio maior, que é o direito fundamental à vida digna. Não obstante, ponderou o Ministro Teori Zavascki¹²⁶, que o direito à saúde deve ser entendido como direito “a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis”, pelo que sua eficácia depende de “certos deveres estatais básicos que devem ser cumpridos”, de modo que “a atuação judicial ganha espaço quando inexitem políticas públicas ou quando elas são insuficientes para atender minimamente”.

¹²³ (i) Cf. Súmulas 283, 454 e 636; (ii) Entende-se por ofensa indireta e reflexa a violação tida como implícita, mediata ou não manifesta ao texto constitucional, na medida em que sua verificação depende de análise prévia da legislação infraconstitucional. Refere-se, assim, à Constituição em atos secundários, pois que se atine diretamente a regras infraconstitucionais.

¹²⁴ Cf. *Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas*, em 4/04/2010, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-coloca-ao-STJ-o-desafio-de-ponderar-demandas-individuais-e-coletivas>. Acesso em: 11 dez 2013.

¹²⁵ Tornou-se Ministro do STF desde 10 de fevereiro de 2011.

¹²⁶ Tornou-se Ministro do STF desde 29 de novembro de 2012

Em outros informativos¹²⁷, o STJ reconhece que a busca pela garantia de saúde tem se revelado maratona judicial, seja para os que esperam o atendimento devido pelo SUS ou os que recorrem a planos de assistência à saúde. Em 2012 demandas relativas à saúde foram tema recorrente, tendo sido objeto de julgamento ações que “tiveram grande repercussão por envolverem questões de interesse social [...] abrangendo processos que vão desde questões contratuais de planos de saúde até a distribuição de remédios”. “Orientado pelo exercício do direito fundamental de acesso à saúde, garantido pela Constituição Federal”, o STJ mantém entendimento de que “a manutenção deste direito é dever do Judiciário, assim com zelar pelo efetivo cumprimento das determinações que propiciam melhores condições de saúde para a sociedade brasileira”¹²⁸.

É no exame das relações de consumo referente a planos de assistência à saúde que o STJ ganha papel de relevo. Como já dito, é esse o Tribunal que guarda a função de harmonizar a jurisprudência de toda a legislação infraconstitucional, dada sua jurisdição de espectro nacional. É dali que se profere a última palavra sobre a interpretação de todas as leis que tratam das relações entre sociedade, Estado e Mercado, no campo da saúde, seja na vertente do direito social, seja na do consumidor. Com efeito, esta é a principal arena de debates para as leis nacionais, entre elas a Lei Orgânica da Saúde, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656/1998. O exame de constitucionalidade não está afastado nesta instância decisória, tendo em vista que, com se viu, o Texto Fundamental é balizador de todo pronunciamento sobre o ordenamento jurídico.

As matérias noticiadas pelo STJ dão especial destaque a questões judiciais ligadas a planos de assistência à saúde, já tendo sido pauta em duas edições da chamada “Jurisprudência em teses”¹²⁹, publicação periódica voltada a apresentar conjunto de entendimentos consolidados sobre dado assunto, com precedentes selecionados.

É relevante mencionar pesquisas de TRETTEL (2010) e GUAZZELLI (2013) sobre o perfil das ações judiciais relativas a planos de assistência à saúde que foram apreciadas pelo STJ. Sobre a natureza desses conflitos, aponta TRETTEL (2010) que os casos predominantes se

¹²⁷ Cf. *A luta de quem busca a Justiça para garantir a saúde*, em 9/10/2011, disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/R%C3%A1dio/Especial-STJ:-A-luta-de-quem-busca-a-justi%C3%A7a-para-garantir-a-sa%C3%BAde>; e “Planos de saúde: uma constante dor de cabeça para os segurados”, em 23/06/2013, disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Planosdesa%C3%BAde:umaconstantedordecabe%C3%A7aparaossegurados> Acesso em 11 dez 2013.

¹²⁸ Techos extraídos de *Saúde foi tema recorrente no STJ em 2012*, em 27/12/2012, disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/R%C3%A1dio/Sa%C3%BAdefoitmarecorrentenoSTJem2012> Acesso em: 11 dez 2013.

¹²⁹ Cf. *Jurisprudência em teses: planos de saúde I*, 2.ed. Em 13/11/2013; e *Jurisprudência em teses: planos de saúde II*, 4.ed. Em 27/11/2013, in <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>> Acesso em: 17 dez 2015.

referem a questões ligadas à negativa ou limitação de procedimentos médico-hospitalares, que respondem por quase 90% das demandas, seguidas do reajuste da contraprestação pecuniária, que não chega a 5%. Já o estudo de GUAZZELLI (2013) tem enfoque dirigido exclusivamente a coberturas assistenciais.

TRETTEL (2010) concluiu pela tendência do STJ de decidir em prol do consumidor de plano de assistência à saúde. Dentre os 95 julgados analisados, 78 tiveram mérito favorável a beneficiário do plano. Apenas doze dessas decisões, contudo, remetem-se a direitos fundamentais, dentre as quais seis se baseiam especificamente no direito social à saúde (arts. 6º, *caput*; e 196). A autora também aponta que a base normativa para o exame dos litígios levados àquele Tribunal Superior é substancialmente o Código de Defesa do Consumidor, presente em 60 dos acórdãos pesquisados, tendo a menção à Constituição de 1988 aparecido em apenas doze deles. Esse posicionamento já está consolidado na Súmula nº 469: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. A remissão à Lei nº 9.656/1998 é residual nos julgados examinados por TRETTEL (2010).

Pesquisa realizada por GUAZZELLI (2013) chega a resultados semelhantes. A autora revela que o STJ é mais propenso ao beneficiário do plano de assistência à saúde, com 82% dos julgados, dentre os quais cuidou de manter a decisão dos Tribunais de origem em 46%, ao passo que, em 36%, houve reforma de entendimento para favorecer o consumidor. Confirma que o Código de Defesa do Consumidor se destaca como principal parâmetro legislativo para as decisões daquela Corte. Segundo a autora, na maioria dos casos apreciados, evoca-se, como principal argumento, a abusividade das cláusulas contratuais impostas por operadoras de planos de assistência à saúde e, em 10%, a decisão combina esse argumento com o princípio constitucional do direito à vida ou à saúde. Verifica, ainda, que das poucas decisões que reconhecem razão às operadoras, duas se baseiam na necessidade da manutenção do equilíbrio econômico dos contratos e somente um julgado admite a integralidade da assistência à saúde como dever do Estado e outro sustenta que a Lei nº 9.656/1998 permite a exclusão.

Observação importante traz GUAZZELLI (2013) sobre os efeitos que a demanda individual pode causar sobre a coletividade de consumidores dos planos de assistência à saúde. Verifica que, dentre os julgados analisados, somente 9% mostrou essa reflexão, quase que em sua totalidade constante de votos vencidos. Para a autora esse comportamento vem demonstrar que juízes ainda se orientam, em suas decisões, pela forma tradicional de examinar o direito subjetivo e individual, desconectados da avaliação sobre potenciais impactos para o grupo de consumidores. Na avaliação da autora, é recorrente evocarem-se direitos de natureza social em litígios relacionados a atividades econômicas de interesse

público, pelo que se busca, nas decisões judiciais, levar a efeito princípio de justiça social mediante favorecimento da parte economicamente mais frágil.

Interessa ressaltar que, dentre os argumentos cardeais que circundam os conflitos entre operadoras e consumidores de planos de assistência à saúde tanto TRETTEL (2010), como GUAZZELLI (2013) identificam, na pauta dos debates, o direito à saúde do consumidor em contraposição ao direito ao lucro da operadora, bem assim a transferência do dever do Estado para o Mercado de Saúde Suplementar da integralidade da assistência à saúde. Essa tensão está presente nos acórdãos do STJ, cujo entendimento pende para o valor da vida frente ao valor econômico, sem reflexão mais acurada dos impactos dessas decisões, não só sobre os demais consumidores, como até para própria política de assistência à saúde.

Chama-se especial atenção para a conclusão de TRETTEL (2010) e GUAZZELLI (2013) de que as ações que chegam àquela Corte, em sua grande maioria, são propostas individualmente pelo próprio beneficiário ou seu representante legal, com origem nos Estados mais ricos da Federação.

A compreensão do STJ sobre o papel do Mercado de Saúde Suplementar na proteção social à saúde parece bem sintetizada em matéria institucional intitulada “Planos de Saúde: a busca do STJ pela efetividade dos direitos do consumidor”¹³⁰, cujo trecho que abre o texto emblemático convém aqui reproduzir:

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, esse direito é assegurado pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 196, preceitua: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

No texto constitucional, a saúde passou a integrar o Sistema de Seguridade Social. **Instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema de atenção e cuidados que não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde a toda a população. Assim, milhões de brasileiros buscam os serviços de planos e seguros de saúde para poder obter o “verdadeiro” acesso a essa garantia constitucional a um custo compatível com o nível de renda de cada um.** (grifou-se)

O dever do Mercado de Saúde Suplementar em prover a integralidade na assistência à saúde, em substituição ao SUS, está presente na percepção do STJ em várias decisões tendentes à extensão da cobertura, ainda que em contrariedade à legislação aplicável,

¹³⁰ Cf. “Planos de Saúde: a busca do STJ pela efetividade dos direitos do consumidor” Em 16/01/2011. <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Planos-de-Sa%C3%BAde:-a-busca-do-STJ-pela-efetividade-dos-direitos-do-consumidor> Acesso em: 11 dez 2013.

notadamente a Lei nº 9.656/1998 e regras expedidas pela ANS para regular esse mercado. Passa-se, então, a comentar os principais temas.

O STJ já assentou entendimento de ser nula cláusula contratual dos planos de assistência à saúde que limita o tempo de internação em leito hospitalar, em especial os de alta tecnologia, cuja restrição era comum em contratos anteriores à regulação. Na opinião dessa Corte, limitar o valor do tratamento é prática lesiva ao consumidor, pois reduz a eficácia do cuidado, esvaziando-se, com isso, o propósito do contrato, que é o de assegurar meios para o tratamento do consumidor-paciente. O assunto foi objeto da Súmula 302: “é abusiva a cláusula contratual de plano de assistência à saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. A menção a esse caso é relevante por ter superado a posição de uma das Turmas do STJ, como reportado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que figurou como Relator no Recurso Especial - REsp nº 251.024-SP¹³¹, nos seguintes termos de seu voto:

[...] Fortes os fundamentos de ambas as correntes. De um lado, a liberdade de contratar, a regra do art. 1460 do Código Civil ("quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador") e a obrigação do Estado, e não da iniciativa privada, de garantir a saúde da população. De outro, a hipossuficiência do consumidor, o fato de o contrato ser de adesão, a nulidade de cláusula que restringe direitos e a necessidade de preservar-se o maior dos valores humanos, que é a vida.

Observa-se, daí, que não há consenso entre os Ministros do STJ sobre o papel de Estado e Mercado na proteção à saúde. Em um pólo, está a corrente a que se perfilha o Ministro Aldir Passarinho Junior, entre poucos outros, que mantém a opinião por ele bem resumida em seu voto proferido no REsp nº 242.550-SP¹³² adiante transcrito:

Sr. Presidente, a assistência à saúde é obrigação fundamental do Estado. Assim, reza a Constituição. **É claro que o Estado não pode, como Poder Público, traçar limitações a atendimentos, no Brasil, porquanto isso importaria em omissão do dever do Estado que está consignada na Carta da República. No entanto, no tocante às instituições privadas de assistência de saúde, tal serviço decorre de um contrato em que deve haver um equilíbrio financeiro entre o que o beneficiário paga, e o que a instituição recebe e pode oferecer em razão do plano escolhido livremente pelo contratante, inclusive porque este tem a opção de escolher uma instituição privada adequada às suas necessidades.** Portanto, assim colocada a questão, e muito embora sensível aos apelos humanitários da argumentação do recorrido e autor, entendo que não se pode nulificar cláusulas quando inexistia, à época da avença, vedação legal à sua celebração, com tais restrições. **Isso seria possível, fosse a assistência recusada por um ente estatal, por um hospital público, mas não por uma instituição privada de assistência à saúde, porque esta opera dentro dos ditames legais e dentro do que reza o contrato, não estando obrigada pela Constituição a substituir o Estado em dar**

¹³¹ DJU de 04/02/2002.

¹³² DJU de 18/02/2002.

assistência. Essa assistência é dada, evidentemente, dentro dos limites das forças da instituição privada, que são aqueles contratados. Não me parece, no caso, ter havido qualquer fraude ou escamoteamento das condições. Houvesse alguma acusação no sentido de que as condições não eram claras e que foram modificadas ou que o beneficiário fora prejudicado por alguma manobra do ente contratado de esconder as suas pretensões, poderia tomar-se uma posição diferente; mas as normas eram claras e do conhecimento de ambas as partes. (grifou-se)

De outro, está a linha majoritária de entendimento protagonizada pela Ministra Nancy Andrighi, que se posiciona pela assunção pelo Mercado de Saúde Suplementar das obrigações constitucionais endereçadas ao Estado na assistência à saúde, consoante o trecho a seguir reproduzido de seu voto como Relatora no REsp nº 1053810-SP¹³³:

A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

Ao propor um seguro-saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional. O argumento utilizado para atrair um maior número de segurados a aderirem ao contrato é o de que o sistema privado suprirá as falhas do sistema público, assegurando-lhes contra riscos e tutelando sua saúde de uma forma que o Estado não é capaz de cumprir.

O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro deve, por seu turno, ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que, devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado para a promoção, proteção e recuperação de sua saúde, com o procedimento médico ou cirúrgico necessário para tanto. **O serviço adequado é, portanto, aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.** (grifou-se)

Assim é que, no tocante às coberturas assistenciais, a orientação predominante do STJ é a de que consiste conjunto de direitos a que faz jus o consumidor que contrata plano de assistência à saúde, pelo que não cabe à operadora limitar o tratamento a ser adotado. Considera, assim, aquela Corte abusiva a cláusula contratual que tenda a excluir cobertura de algum tipo de procedimento ou medicamento considerado pelo médico assistente apropriado para resguardar a saúde e a vida do beneficiário¹³⁴. É nesse sentido a decisão da Ministra

¹³³ DJe de 15/03/2010.

¹³⁴ Cf. precedentes: AgRg no AgRg no AREsp nº 90117-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 20/09/2013; AgRg no AREsp 7479-RS, Relator Ministro Raul Araújo, DJe de 20/09/2013; AgRg no AREsp nº 158625-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 27/08/2013; AgRg no AREsp nº 8057-RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 12/08/2013; AgRg no AREsp nº 334093-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 01/08/2013; AgRg no REsp nº 1242971-PB, Relator Ministro Marco Buzzi, DJe de 01/08/2013; REsp nº 1364775-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 28/06/2013; AgRg no AREsp nº 121036-SP, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 14/03/2013; AgRg no AREsp nº 79643-SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 08/10/2012; AREsp nº 132821-RS (decisão monocrática), Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 12/09/2013.

Maria Isabel Gallotti proferida no AREsp nº 690.093-SP¹³⁵, que manteve o entendimento sumulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme passagens adiante transcritas:

Plano de saúde - Autora portadora de "hérnia diafragmática gigante"- Necessidade de tratamento cirúrgico para correção de refluxo gastroesofágico, com a técnica de videolaparoscopia e materiais especiais - Alegação da operadora de que o procedimento não está incluído no rol da ANS - Inadmissibilidade - **Aplicação da Súmula 102 do Tribunal de Justiça: "havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS"** - Danos morais configurados – Valor fixado com moderação, dadas as peculiaridades do caso: 30 salários mínimos - Decisão mantida - Recurso improvido.

[...] A ré negou o tratamento sob o fundamento de que o procedimento não está incluído no rol da ANS, vindo a autora a ajuizar a presente ação para realizar o procedimento. Como os relatórios médicos comprovam a necessidade de tratamento (fls. 19/21 dos autos em apenso), a negativa não pode prevalecer porque coloca o consumidor em desvantagem exagerada, restringindo direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

[...] Com efeito, verifico que **o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte Superior, que possui entendimento no sentido de que uma vez coberto o tratamento de saúde, cabe ao médico especialista a opção da técnica a ser utilizada para sua realização.**

Esclareça-se que a cobertura do método escolhido é consectário lógico, não havendo que se restringir o meio adequado à realização do procedimento. Nesse sentido:

[...] 3. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia o autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível no hospital credenciado pelo convênio e indicada pelo médico que assiste o paciente. Precedentes. 4. Recurso especial provido. (REsp 1320805/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 17/12/2013) (grifou-se)

Nessa linha, estão os julgados sobre a abusividade de cláusula contratual que exclua medicamento ministrado em ambiente domiciliar¹³⁶, tratamento experimental¹³⁷ e atenção domiciliar (*home care*)¹³⁸. Ressalte-se que tais procedimentos não fazem parte das coberturas obrigatórias mínimas previstas na Lei nº 9.656/1998 e que, portanto, podem ser excluídos do contrato aos olhos da regulação do Mercado de Saúde Suplementar. Bastante ilustrativo é o acórdão prolatado no REsp nº 1537301-RJ sobre o tema, sendo interessante reproduzir a seguinte passagem:

¹³⁵ DJe de 15/05/2015.

¹³⁶ (i) Decisão proferida antes da Lei nº 12.880/2013; (ii) cf. Ag no AREsp nº 292259-SP, Relator Ministro Raul Araújo, DJe de 01/08/2013.

¹³⁷ DIREITO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE SEGURADORA OU OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE CUSTEAR TRATAMENTO EXPERIMENTAL. A seguradora ou operadora de plano de saúde deve custear tratamento experimental existente no País, em instituição de reputação científica reconhecida, de doença listada na CID-OMS, desde que haja indicação médica para tanto, e os médicos que acompanhem o quadro clínico do paciente atestem a ineficácia ou a insuficiência dos tratamentos indicados convencionalmente para a cura ou controle eficaz da doença. REsp nº 1279241-SP, Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 16/9/2014, Informativo nº 551, de 03/12/2014.

¹³⁸ REsp nº 1537301-RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 23/10/2015.

1. Ação ordinária que visa a continuidade e a prestação integral de serviço assistencial médico em domicílio (serviço home care 24 horas), a ser custeado pelo plano de saúde bem como a condenação por danos morais.

2. **Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei nº 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC).** Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. Incidência da Súmula nº 469/STJ.

3. **Apesar de, na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não ter sido incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde, é abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar** como alternativa de substituição à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei nº 8.078/1990). Precedentes. (grifou-se)

Nesse mesmo sentido, na contramão das normas regulatórias está o entendimento do STJ de que o período de carência contratualmente estipulado em contratos de seguro saúde não prevalece em situações de emergência¹³⁹.

De igual modo, a interpretação do STJ para equação financeira dos contratos de planos de assistência à saúde colide com a orientação da ANS para o Mercado de Saúde Suplementar. Segundo a regulação, o limite de 60 anos de idade para a variação da contraprestação pecuniária só se aplica aos contratos firmados após janeiro de 2004¹⁴⁰, em função da vigência do Estatuto do Idoso¹⁴¹. Para o STJ, entretanto, os consumidores que completaram 60 anos ou mais a partir de 2004 estão abrigados da variação do preço do plano de assistência à saúde em razão da mudança de faixa etária, independentemente da época em que foi celebrado o contrato, permanecendo submetidos aos demais reajustes definidos em lei e no contrato. Entende, portanto, aquela Corte ser abusiva cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência exclusiva de mudança de faixa etária¹⁴².

¹³⁹ (i) Pela Resolução CONSU nº 13, de 13/11/1998, para consumidores em cumprimento de carência, nos situações de emergência em planos com cobertura hospitalar, é garantido o atendimento em ambiente ambulatorial por até doze horas. Caso o quadro evolua para internação, intervenção cirúrgica ou outros procedimentos que exijam atenção hospitalar, a operadora terá de remover o consumidor para unidade do SUS (arts. 2º e 3º); (ii) Cf. REsp nº 962980-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 15/05/2012.

¹⁴⁰ Cf. Resolução Normativa – RN/ANS nº 63, de 22/12/2003.

¹⁴¹ Lei nº 10.741, de 01/10/2003.

¹⁴² Cf. precedentes: AgRg no AREsp nº 101370-RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 12/09/2013; AgRg no Ag nº 945430-RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 06/08/2013; AgRg no REsp nº 1324344-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 01/04/2013; AgRg no AREsp nº 202013-DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 26/03/2013; REsp nº 1228904-SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, DJe de 08/03/2013.

Por conseguinte, mesmo que o contrato tenha sido celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, da Lei nº 9.656/1998 e do Estatuto do Idoso, a posição daquele Tribunal Superior é de que os contratos de plano de assistência à saúde são de trato sucessivo, renovados, pois, periodicamente após o início de sua vigência, pelo que não caberia evocar a vedação da irretroatividade da lei.

A concepção do contrato de plano de assistência à saúde, no entendimento do STJ, foi bem definida pelo Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto como Relator do REsp nº 866840-SP¹⁴³, cujos termos vale transcrever:

Em artigo doutrinário – Os Planos de Saúde em face do Estatuto do Idoso - publicado no Repertório de Jurisprudência IOB, vol. III, março de 2004, Cristian Rodolfo Wackerhagen reforça a argumentação acima, sublinhando a exclusão sofrida pelo idoso no âmbito social, não obstante a sua representatividade na produção econômica do país. Diz o autor:

[...] Lamentavelmente, o Estado não preparou a sociedade para a transição da política de privatização dos serviços à saúde, acarretando sérias dificuldades à população idosa. A deficiência estatal na prestação dos serviços de assistência à saúde, como já ressaltamos, levou ao surgimento da participação do setor privado. Com aumento da demanda por este serviço privado, elevou-se também a prática de abusividade por parte desse setor, ainda que haja uma grande competitividade entre as empresas prestadoras desses serviços.

Como se trata de um serviço privado, que visa, sobretudo, a maior lucratividade e o menor custo, os contratos de planos privados de saúde são um campo fértil para a proliferação de cláusulas abusivas. (p. 160)

[...] Com efeito, justamente por realizarem serviços delegados pelo Estado, estes setores privados têm a obrigação e a responsabilidade social de arcar com algum ônus para determinada parcela de nossa sociedade, em detrimento da conveniência e oportunidade dos negócios que o Estado lhe concedeu.

Ora, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere proteção especial às pessoas idosas no seu art. 230 e atribui quota dessa responsabilidade às demais pessoas, dispondo “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. (ps. 159/160)

5.2. Inspirado nesse espírito protetor, foi editado o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 – que, em seu artigo 15, assegura “a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema único de Saúde (SUS) garantindo-lhe acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial as doenças que afetam preferencialmente os idosos.” Acrescentando em seu § 3º ser “vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

5.3. Esse é o entendimento albergado neste STJ, que, na forma do julgado proferido no REsp 989.380/RN, de relatoria da insigne Ministra Nancy Andriighi, assim consignou:

Nessa condição, a única opção conveniente para o consumidor idoso passa a ser a manutenção da relação contratual, para que tenha assegurado seu bem-estar nesse momento da vida. Ele deposita confiança nessa continuidade. Nessa perspectiva, percebe-se que **os serviços assumem indiscutível importância na sociedade de**

¹⁴³ DJe de 17/08/2011.

consumo em que vive a humanidade no seu atual estágio, pois passam a ser imprescindíveis para a vida e conforto do homem, havendo grande estímulo ao aparecimento do tipo contratual ora em exame, socialmente relevante e merecedor respostas de equitativas do Judiciário quando chamado a decidir frente à nova realidade. (grifou-se)

Nessa mesma linha está a compreensão do STJ sobre a impossibilidade de a operadora rescindir contrato coletivo de plano de assistência à em decorrência de alta sinistralidade do grupo, caracterizada pelo avanço da idade dos integrantes maiores de 60 anos. Registre-se que a Lei nº 9.656/1998 só impede a rescisão unilateral de contratos individuais (art. 13, parágrafo único, II e III)¹⁴⁴.

Cabe chamar atenção que essa posição do STJ vai de encontro a entendimento há muito assentado no STF. Essa Corte Constitucional, ao prestigiar a segurança necessária para a formulação dos atos e negócios jurídicos, torna sem efeito dispositivo legal que prevê o alcance da limitação à liberdade contratual para avenças celebradas antes de sua vigência. Já o STJ, tomando por base as premissas ditadas pela principiologia do Código de Defesa do Consumidor, manifesta-se pela possibilidade da aplicação da lei nova a contratos anteriores a sua edição. Ambas as correntes de interpretação têm respaldo nos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro. Como já dito, sobre essa matéria o STF reconheceu a existência de repercussão geral, para discutir a aplicação do princípio constitucional do ato **jurídico perfeito a contratos celebrados antes do Estatuto do Idoso**.

5.3 Em síntese: no balanço das horas tudo pode mudar

A democracia brasileira tem história marcada pela balança descalibrada na separação dos Poderes constituídos. O modelo republicano ainda padece de desequilíbrio de funções institucionais, dada a cultura centralizadora do Executivo, que ainda figura como Poder mais vigoroso, o que concorre para a condução das políticas sociais encastelada no aparato burocrático. O Legislativo, em contrapartida, teve suprimida sua força política de como porta-voz dos anseios da sociedade, pelo que sua trajetória de baixa institucionalização levou ao desempenho anêmico na construção das políticas públicas. Assim é que a definição sobre o modelo de proteção social no componente saúde não reflete a legitimidade vinda da

¹⁴⁴ Cf. REesp nº 1106557-SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, DJe de 20/10/2010.

manifestação popular devidamente organizada e representada no processo decisório parlamentar.

Nessa configuração, o Judiciário deixou de ter papel subsidiário no processo político, em especial após a redemocratização coroada na Constituição de 1988. A participação da jurisdição constitucional no processo de formulação política é, contudo, natural nas democracias contemporâneas. A judicialização surge, assim, pelo desejo de intervenção direta da sociedade, a par das instâncias de representação, forjando o elo entre política e direito.

Nesse ambiente, a conquista constitucional da Reforma Sanitária simbolizada no artigo 196 pode ter sua essência transformada nas efemérides da lida com direito. Tal qual obra aberta, é a jurisdição constitucional que lhe dará face concreta.

Ao longo dos últimos anos, observa-se que a judicialização tem sido a mola propulsora – e sem bússola – das políticas públicas no setor. Premido pela obrigatoriedade de dar cumprimento a ordens judiciais, gestores tem ficado à mercê dos entendimentos pontuais e assimétricos sobre o universo do direito à saúde, em muitos casos na contramão da própria concepção sistêmica do acesso e da integralidade do cuidado, medida em que provoca graves reflexos ao planejamento da saúde, além do estrangulamento dos orçamentos, já limitados pela escassez de recursos frente à demanda crescente. Nesse terreno, não há distinções entre financiamento público ou privado.

Como visto, o STF não é insensível aos impactos do galopante processo de judicialização da saúde. A definição do peso do público e do privado na assistência à saúde é alvo de demandas judiciais em que foi reconhecida a repercussão geral, notadamente os aspectos constitucionais que envolvem o ressarcimento ao SUS e o alcance da legislação a contratos celebrados antes de sua vigência. De suas decisões decorrerá a interpretação do papel do Mercado de Saúde Suplementar para a atenção de saúde e sua interseção com o SUS no desenho do sistema de saúde a que se refere a Constituição de 1988.

Enquanto não houver pronunciamento definitivo do STF, o estado da arte é ditado pelas posições do STJ. O panorama jurisprudencial aqui traçado indica a tendência daquela Corte Superior de identificar a proteção à saúde oferecida no mercado como substitutiva da provisão pública, porquanto se transfere para o segmento privado a obrigação de dar cumprimento às garantias do texto constitucional dirigidas ao Estado. O direito à saúde teria, assim, sua efetivação pelo direito do consumidor para casta da sociedade que pode lançar mão de alternativa ao SUS.

Interessante observar que o STJ esboça reflexão sobre os impactos sobre o coletivo das demandas individuais pela tutela jurisdicional na saúde, em função da escassez de recursos. O

mesmo, porém, não ocorre quando os litígios se referem especificamente a planos de assistência à saúde. As manifestações dessa Corte se orientam para a ampliação da cobertura assistencial sem limites ou parâmetros, à deriva do equilíbrio econômico do contrato, da lei e das normas regulatórias para o Mercado de Saúde Suplementar. Pretende, assim, realizar justiça social pelo mero favorecimento da parte mais frágil na relação contratual, sem avaliar os efeitos distributivos de suas decisões. O que se produz, ao fim e ao cabo, é desigualdade, entre os que detêm meios de acesso ao aparelho judicial e os que não têm esse alcance. Deve-se tomar em conta, nesse ponto, que a lógica do mercado tende a incorporar novos riscos à estrutura de custos e, com isso, repassá-los ao universo de consumidores.

A crescente procura pela prestação jurisdicional não se limita à intensiva mobilização de magistrados e demais operadores do contencioso judicial em encontrar a efetividade desses direitos. Tem, sobretudo, levado gestores públicos e autoridades reguladoras a redefinir ações e políticas públicas para alinhá-las às determinações judiciais. Estas, por refletir apenas o exame de casos concretos e pontuais, não raro contrastam com a própria lógica estrutural das políticas públicas, em particular as de proteção social.

Nessa esteira, quando direitos de natureza social são transmutados para as relações de consumo na esfera privada, o Judiciário passa a promover justiça social adstrita a grupos pertencentes à elite sócio-econômica. No caso de consumidores de planos de assistência à saúde, aqui se arrisca a estimar algo em torno de 15% dos brasileiros, se considerado que os demandantes representam 63% do universo de beneficiários, que, a seu turno, está próximo a 25% da população. Repise-se que ações sobre conflitos contratuais em planos de assistência à saúde são propostas por motivação individual e em regiões com melhores níveis de renda e escolaridade.

Diante desse cenário, tem-se que, como processo participativo direto, a judicialização, no campo da saúde suplementar, serve de alerta para demonstrar que o movimento da sociedade brasileira, longe da ação coletiva, organizada e representada por partidos políticos no Legislativo, revela a prática individualista no melhor estilo darwinista, que bem se assemelha ao padrão liberal norte-americano. Esse cenário vai justamente de encontro ao modelo de proteção social calcado na ideia do universal-redistributivo da social democracia almejado para a Reforma Sanitária na Constituinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei escrita pode ser obra de uma ilusão, de um capricho, de um momento de pressa, ou qualquer outra causa menos ponderável; o uso, por isso mesmo que tem o consenso diuturno de todos, exprime a alma universal dos homens e das cousas.

Machado de Assis

Volta-se, aqui, à pergunta que motivou o presente estudo sobre qual espaço que ocupam Estado e Mercado na responsabilidade pela efetivação do direito constitucional à saúde. A resposta a esta questão é elemento-chave para a condução do processo regulatório no setor-saúde, a fim de que *police makers* possam, ao menos, perseguir a eficiência da provisão e do financiamento da atenção à saúde tanto no SUS, quanto na oferta privada pelo Mercado de Saúde Suplementar.

A Constituição de 1988 não considerou monopólio estatal a atenção à saúde. Ao lado do dispositivo que flamula “saúde é direito de todos e dever do Estado” está também a garantia de que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. A concepção de “natureza pública” das ações e serviços de saúde, como proposto originalmente aos constituintes pelos reformistas, foi atenuada pela acaciana expressão “relevância pública”, o que não só pôs fim à perspectiva da estatização progressiva, como serviu de arcabouço constitucional para a institucionalização do setor privado.

Assim é que a autorização expressa para a oferta em mercado da prestação dos serviços de saúde foi o bastante para se inferir que, ao longo do tempo, guindou-se o Mercado de Saúde Suplementar a esquema mimetizado do SUS, voltado à parcela da população brasileira que pode pagar. Não há único sistema; há paralelos. Não houve ruptura com a lógica da compra de serviços presente da medicina previdenciária, o que favoreceu a mercantilização da assistência, nos moldes do contrato privado.

Bens e serviços em saúde passaram a estar sob o manto do consumo, que transforma não só pacientes, mas profissionais e serviços de saúde. Como anota SANTOS (2010: 47), a mercantilização da saúde “leva o cidadão a desejar a sofisticação prometida como salvação,

melhoria da saúde e prorrogação da vida” e o profissional de saúde a se sentir “senhor exclusivo do conhecimento de uma medicina consumível”.

De igual sorte, não parece ser a melhor resposta para o estado da arte da política de saúde de que o projeto constitucional foi desfigurado no pós-1988. O Texto Fundamental não faz essa promessa. Deixou o sêmen da ambiguidade, que acabou por fecundar toda a regulação do setor. Ao largo de comentários a respeito de portarias e outros atos infralegais, é fato que, apenas considerando o campo das leis, a intensa produção legislativa sobre saúde se dá aos retalhos na atividade parlamentar. Esse caleidoscópio normativo é inábil para tecer ordenamento jurídico que dê norte ao direito à saúde, quer orientado para o social, quer para o consumo. Passado um quarto de século da edição da LOS, nada se disse para regular o papel dos agentes privados na atenção à saúde, seja complementar, seja suplementar ao SUS.

COHN (2009) atesta a baixa capacidade regulatória do Estado não só campo da saúde, mas também na integração inter e intrasetorial da gestão na área social e, sobretudo, na articulação das dimensões econômica e social das políticas sociais.

No tocante às normas sobre o Mercado de Saúde Suplementar em particular, observa-se que, salvo a questão financeira do ressarcimento, há vazio legal em sua interação com o SUS. Essa interface é costurada apenas no interior do aparelho burocrático. Mais de dezessete anos do marco regulatório já se passaram e as medidas provisórias que alteraram a Lei nº 9.656/1998 sequer foram apreciadas pelo Congresso Nacional. Sem embargo, já há uma série leis que modificam regras de operação de planos de assistência à saúde, quase todas voltadas a ampliar cobertura assistencial.

Repise-se que a própria Constituição de 1988 enfatizou ser intrínseco ao Estado o papel de agente regulador da atividade econômica, com destaque para a saúde. Não bastasse seu natural *jus imperii*, o Estado também detém suficiente poder econômico para conduzir o setor privado, haja vista ser o maior comprador de serviços de saúde, direta e indiretamente. Vale lembrar que a maior parte dos membros da burocracia dos três Poderes é beneficiária de planos de assistência à saúde.

Tem-se, pois, que a força da Constituição *per se* não tem o condão de traduzir todo o ideário da Reforma Sanitária. Seria necessário esquadrihar, via normatização, o *modus operandi* dos serviços de assistência à saúde, em especial a participação da iniciativa privada no SUS e a interface com o Mercado de Saúde Suplementar. Esse resgate em muito depende de vontade política, a emergir da pressão de movimentos populares institucionalizada na representação parlamentar. A palavra escrita da Constituição ou da lei, quando desacompanhada de militância permanente, em especial da classe trabalhadora, corre o risco

sofrer mutações na concepção original. O que se observa desde a laureada conquista reformista é a participação anêmica do Legislativo, pelo que a política de saúde ainda permanece capitaneada pelo Executivo. Tal como ocorrera nos períodos autoritários, a composição do desenho da proteção social em saúde é centrada no interior da máquina burocrática. Mesmo em tempos de democracia, esse debate ainda está distante da vontade do povo por intermédio do sistema representativo.

Não bastasse, na contramão do ideário da Reforma, a atual política de saúde ainda mantém vigoroso incentivo ao mercado. De modo análogo ao antigo desconto da contribuição previdenciária patronal sobre percentual despendido com planos de assistência à saúde para trabalhadores, agora essa dedução fiscal para empresas incide sobre o imposto de renda. Mesma dedução se destina a pessoas físicas em seus gastos com saúde. Sob a perspectiva orçamentária, não se pode afirmar que tais subsídios se equivaleriam, ao menos até a EC nº 29/2000, à renúncia de recursos para financiamento do SUS, dada a vedação constitucional, até então, da vinculação de qualquer imposto a órgão, fundo ou despesa. A política de incentivos fiscais por concessão de linhas de crédito, rolagem de dívidas, dedução tributária, ou participação nas despesas de servidores públicos com planos de assistência à saúde podem ser traduzidas por uso de recursos públicos para indução de demanda por serviços privados, que favorece a dinâmica de mercado e realça a nuance dual que se deixou incorporar no Texto Constitucional.

É fato que o movimento sanitário não levou em conta o conselho bíblico “orai e vigiai”. Restou a oração “saúde é direito de todos e dever do Estado”. Desconhece-se pressão organizada e articulada do grupo reformista pós-constituente, quando o desmonte do projeto já se anunciava. A concepção do SUS não se espalhou na legislação infraconstitucional. O jogo foi vencido, mas não o torneio, como já havia alertado CORDEIRO (1983).

A partir da afirmação de VIANNA *et al* (1999) de que o *welfare* é fruto dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da ação parlamentar, retoma-se ESPING-ANDERSEN (1991) para ressaltar que a morfologia dos sistema de proteção social está imbricada na trama formada pela intensidade da pressão dos trabalhadores, da força do movimento popular, da estrutura de poder político e do legado histórico da institucionalização do *welfare*. Em nenhum desses quesitos, o caso brasileiro indica trajetória tendente à opção pelo modelo social-democrata. Na ANC, a proposta de universalização como comando estruturante do SUS não só teve tímida participação popular, se comparada ao Ensino Público e Reforma Agrária, mas também esteve na contramão dos interesses dos trabalhadores melhor organizados.

Antes mesmo da Constituinte, a contratação de planos de assistência à saúde já era pauta constante nas mesas de negociação dos movimentos sindicais como item da cesta de benefícios trabalhistas. Talvez seja esse um dos fatores que explicam a adesão superficial de seus representantes à proposta do movimento sanitário. Assim como nos Estados Unidos, quando se esteve diante da possibilidade de optar por modelo de proteção social que privilegiasse sistema de base universal, os trabalhadores formais já se encontravam abrigados por assistência à saúde “mercadorizada”. A preocupação de fundo desse grupo social era apenas de manter mesma condição nas negociações privadas com o capital. Entre o *New Deal* dos anos 1930 e a redemocratização dos 1980 a história parece se repetir; mudou-se apenas o cenário.

Pesquisa da MetLife indica que plano de assistência à saúde ocupa o primeiro lugar entre os benefícios mais valorizados por trabalhadores formais no Brasil, citado por 90% dos entrevistados. Aponta ainda que 75% dos trabalhadores brasileiros se dizem extremamente preocupados em conseguir pagar as despesas com o plano na aposentadoria¹⁴⁵. Já o Datafolha assinala que a contratação do plano é o segundo bem mais desejado pelo brasileiro, atrás apenas da compra de casa própria¹⁴⁶.

Em consequência, a definição sobre o modelo universal-redistributivo de proteção social na área da saúde não reflete a legitimidade vinda do consenso majoritário, por meio instrumentos legais concebidos na arena legislativa. Em contrapartida, mostrou-se intensa a participação do movimento consumidor, a ponto de constitucionalizar o tema e, na saúde, formar grupo de pressão para a regulação do Mercado de Saúde Suplementar, com paulatina ampliação de coberturas assistenciais, enquanto que dormita a discussão sobre aspectos da equação econômica dos contratos e outras questões iminentes para o direcionamento da regulação.

É nesse ambiente que o Judiciário torna viva a ordem jurídica no cotidiano, quando evocados por indivíduo ou grupos de interesse. O significado constitucional que forja os significantes do SUS passa às mãos dos operadores do direito. É a política pública sendo formulada no varejo, pela análise pontual de casos levados à apreciação judicial. Nada mais atual do que a observação de VIANNA *et al* (1999: 24-25), ao mencionar HABERMAS (1997) e GASPARON (1996), de que as figuras do juiz e da lei se tornaram “as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos”, pelo que “o sucesso da justiça é

¹⁴⁵ Cf. *O Estado de São Paulo*, Caderno Negócios, em 07/7/2011.

¹⁴⁶ Cf. *Exame.com* em <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/saude/noticias/plano-de-saude-e-prioridade-para-brasileiros>> Acesso em: 24 nov 2014.

inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições públicas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público”.

Nesse contexto, o panorama vindo da jurisprudência permite identificar aqui que a integralidade das coberturas assistenciais devida em contratos de planos de assistência à saúde representa forma de efetivação do direito à saúde pela via do mercado, já que a provisão do Estado pelo SUS não é para todos. Como adverte FLEURY (2010: 24), no mundo contemporâneo “o próprio desenvolvimento do estado do bem-estar transformou a cidadania em pauta de consumo que carece de um projeto emancipatório”.

COHN (2009: 1617) observa “a incapacidade da comunidade do campo sanitário de formular um novo projeto para saúde articulado com um projeto para a sociedade”. Crítica semelhante faz VIANNA (2014: 23) ao constatar certo tom pasteurizado nos debates sobre a questão social. Em sua percepção “tudo passa como se a controvérsia universalismo e focalização estivesse inteiramente superada na medida em que a verdade tivesse, enfim, sido revelada: política social é política para os pobres”.

Assim, na ausência de perspectiva de mudança de rumo da maré, a macropolítica de saúde subliminar – cuja vigência tende a secular – é a de segregação das clientelas na assistência à saúde. Exemplo recente disso foi o Termo de Compromisso celebrado entre a ANS e 32 operadoras de planos de assistência à saúde, com objetivo de integrar o atendimento entre redes pública e privada durante os jogos da Copa do Mundo¹⁴⁷. O acordo visava facilitar a transferência de beneficiários atendidos no SUS para internação na rede credenciada da operadora e, com isso, liberar leitos públicos para pacientes não cobertos por planos de assistência à saúde. Cabe aí o provérbio: “cada um com seu cada qual”.

A propensão a se acentuar a clivagem entre classes sociais parece bem expressa na Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 451/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha, em que se pretende tornar obrigatória a concessão de plano de saúde a trabalhadores urbanos e rurais por parte do empregador, decorrente de vínculo empregatício. Não parece, assim, despropositada antiga preocupação de CORDEIRO (1983: 29) com a tendência de oligopolização do complexo médico-empresarial, ante a existência de reserva de mercado para o setor privado pela consolidação de clientela cativa, herdeira da medicina previdenciária. Em suas palavras, “o processo torna-se muito dependente do tipo de política social desenvolvido”.

¹⁴⁷ Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/ans-e-planos-de-saude-buscam-facilitar-remocao-de-beneficiarios-durante-copa>> ou <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2446-ministerio-da-saude-e-ans-anunciam-aco-es-para-garantia-de-atendimento-durante-a-copa?highlight=WyJjb3BhIiwZG8iLCJtdW5kbyIsImNvcGEgZG8iLCJjb3BhIGRvIG1lbnRvIiwZG8gbXVvZG8iXQ==>>> Acesso em: 22 out. 2015.

Decerto, o exame isolado de despesas em saúde não se basta para avaliar a eficiência do *welfare*. Melhor exemplo disso é a desproporção entre o elevado gasto dos Estados Unidos e a patente iniquidade da atenção à saúde naquele país. No entanto, a composição do financiamento é fator indicativo da articulação entre Estado, mercado e família na provisão dos serviços assistenciais. Assim é que os dados disponíveis permitem afirmar que a participação fragmentada e quase que paritária entre recursos públicos e privados na saúde sugerem que o modelo brasileiro está muito mais próximo ao desenho norte-americano do que do paradigma inglês que inspirou o SUS. Confirma-se, assim, a tese de VIANNA (1998) da americanização perversa da seguridade social no Brasil e, especificamente no caso da saúde, aqui se ousa a chamar de residualização perversa da atenção à saúde, uma vez que a proteção residual repousa sobre 75% da população brasileira, tal como na esquete “primo rico e primo pobre”.

Passado tanto tempo, os signos linguísticos que traduzem a concepção do SUS já não mais estão nas mãos do constituinte, tampouco dos grupos que representavam a Reforma Sanitária. Assim como na cena norte-americana, assiste-se, na mediação de conflitos, ao deslocamento da instância de decisão da arena parlamentar para as instituições jurisdicionais. Aos movimentos populares sucede a versão judicializada na luta individual pela cidadania, adquirida pela via do consumo. Da tão desejada solidariedade social ficou a versão liberal da soma iníqua de sujeitos de direitos, em que apenas as camadas de maior poder de reivindicação recorrem ao aparelho judicial, cujas decisões também são proferidas por representantes de elite sócio-econômica.

Dessa feita, em se tratando de prática liberal de mercado, é fato que ninguém pode ser obrigado a oferecer bem ou serviço que lhe seja contraproducente. Na operação de planos de assistência à saúde, sobretudo os individuais, o que hoje ocorre é a falta de governabilidade dos agentes econômicos sobre critérios de reajuste, extensão da cobertura e possibilidade de extinção da relação contratual, o que torna sua oferta pouco atrativa como atividade econômica. Em termos menos eufêmicos, a comercialização desses planos se assemelha à navegação às cegas.

Sucedem que a grande maestria do capitalismo é saber se reinventar e, no caso brasileiro, a isso se soma a notória criatividade de sua gente. Assim é que a regulação do Mercado de Saúde Suplementar convive, atualmente, com a profusão de contratos coletivos. Daí, na tentativa de frear a chamada falsa coletivização de planos individuais, a regulação criou o efeito rebote do impedimento ao acesso do consumidor que não ostenta alguma qualidade associativa de caráter profissional, sindical ou ocupacional. Com efeito, não

bastasse a desigualdade na atenção à saúde, instalada está a desigualdade até entre consumidores que podem pagar por serviços assistenciais, mas que não têm acesso por falta de oferta no mercado.

Os argumentos aqui expostos permitem concluir que pouco benéfica para a sociedade é a substituição do Estado pelo mercado em suas funções axiológicas, no caso em debate, nas ações e serviços de proteção à saúde. Não se pretende aqui fazer discurso maniqueísta de vilanização ou vitimização do mercado, tampouco ser porta-voz de seu libelo. Não se trata da luta do bem contra o mal; do certo *versus* errado. Vigem o capitalismo; é fato indelével. Nesse contexto, exigir do mercado a provisão de bem ou serviço em bases que contradizem sua racionalidade equivale a pedir que possa “o peixe vivo viver fora da água fria”.

Posto isso, volta-se à questão inicial de que, para regular o mercado, é preciso enfrentar o dilema da subsidiariedade da provisão dos serviços de assistência à saúde: se é atribuída ao setor público ou ao privado. A regulação do Mercado de Saúde Suplementar segue, assim, a reboque da indecifrável macropolítica para a saúde. Da Praça dos Três Poderes só se extrai, nos últimos anos, o protencionismo legislativo e judiciário para o consumo de planos de assistência à saúde, máxime em contratos individuais, pela ampliação de coberturas combinada com controle de preços, sem levar em consideração a essência não distributiva do mercado.

Faz-se, pois, coro à inquietação de COHN (2009), que, ao reconhecer os méritos da implantação do SUS e o salto de qualidade para a saúde da população neste último quarto de século, conclama a urgência da retomada da Reforma como projeto emancipatório, caso em que os planos de assistência à saúde assumiriam, de fato, seu papel suplementar.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, S. H. H. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro: IUPERJ; 1988; 31 (1): 5-32.
- AITH, F. O direito sanitário no Brasil: perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In *Direito da saúde no Brasil* (L. Santos, org.). Campinas: Saberes; 2010.
- ALMEIDA, C. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar*. Brasília/DF: IPEA; 1998. (Texto para discussão, n. 599).
- ANDRIGHI, F. N. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde* (M. A. Dias e R. A. Dias, coord.). Belo Horizonte: Forum; 2011. p. 63-79.
- ARRETCHE, M. T. S. Emergência e desenvolvimento do Welfare-State: teorias explicativas. *BIB*, Rio de Janeiro: Anpocs; 1995 Jan-Jun; (39): 3-40.
- AVRITZER, L. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In *Dimensões políticas da justiça* (H. Starling et al.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2013. p. 215-20.
- BAHIA, L. *Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro. Tese [Doutorado em Saúde Pública] - ENSP/Fiocruz; 1999.
- _____. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In *Brasil: radiografia da saúde* (B. Negri e G. di Giovanni, org.). Campinas: Unicamp/IE; 2001. p. 325-61.
- _____. Origens e institucionalização das empresas de planos de saúde no Brasil. In *Planos de saúde no Brasil: origens e trajetórias*. (L. Bahia et al., org.). Rio de Janeiro: LEPS/UFRJ; 2005. p.17-36.
- _____. 2008. A *Démarche* do privado e público no sistema de atenção à saúde no Brasil em tempos de democracia e ajuste fiscal, 1988-2008. In *Estado, sociedade e formação profissional em saúde: contradições e desafios em vinte Anos do SUS* (G. C. Matta e J. C. F. Lima, org.). Rio de Janeiro: Fiocruz; 2008. p. 49-87.
- BAPTISTA, T. W. F. *Políticas de saúde no pós-constituente: um estudo da política implementada a partir da produção normativa dos Poderes Executivo e Legislativo no Brasil*. Rio de Janeiro. Tese [Doutorado em Saúde Pública] - IMS/UERJ; 2003.
- BARROSO, L. R. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. (W. M. Agra, org.), São Paulo: Saraiva; 2009a. p. 341-87.

_____. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In *Filosofia e teoria constitucional contemporânea* (D. Sarmento, org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2009b. p. 309-46.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva; 2015.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: UNB; 1997.

_____. *A era dos direitos*. São Paulo: Campos; 2004.

BONAVIDES, P. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos avançados*, São Paulo: USP; 2000 Set-Dez; 14 (40): 155-76.

BOSHI, R. R. e LIMA, M. R. S. O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao novo intervencionismo regulatório. In *A democracia e os três Poderes no Brasil* (L. W. Vianna, org.). Belo Horizonte - Rio de Janeiro: Editora UFMG – Iuperj – Faperj; 2002. p. 195-253.

BOYLE, S. United Kingdom (England): health system review. *Health systems in transition*, 2011; 13 (1):1-486. (WHO Regional Office for Europe/European Observatory on Health Systems and Policies).

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.425-A, de 1994: discussão em turno único. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília/DF, 8 out. 1997.

_____. Câmara dos Deputados. *CPI dos planos de saúde: relatório final*. Relator Deputado Ribamar Alves. Brasília, DF [s.n.] 2003. Mimeo.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conta-satélite de saúde: Brasil 2010-2013. Rio de Janeiro: IBGE; 2015. (Contas nacionais, 48). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95012.pdf>> Acesso em: 28 dez 2015.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Assistência Médico-Sanitária – AMS-2009. Rio de Janeiro: IBGE; 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/ams/2009/ams2009.pdf>> Acesso em 8 nov 2015.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF 2008-2009: despesas, rendimentos e condições de vida. Rio de Janeiro: IBGE; 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/pof/2008_2009/POFpublicacao.pdf> Acesso em 28 out 2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Segundo Relatório de análise e acompanhamento dos mercados supervisionados*. Rio de Janeiro: SUSEP; 2014. Disponível em <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgpro/relatorios-analise-acompanhamento/Relatorio_Mercados_Supervisionados02.pdf>. Acesso em 8 nov 2015.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Mercado de saúde suplementar: condutas*. Brasília/DF: CADE/SDE/MJ; 2015. (Cadernos do CADE).

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos* [online]. Rio de Janeiro: ANS; 2006-2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-publicados/periodicos>> Acesso em: 3 dez 2015.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Prisma econômico-financeiro da Saúde Suplementar [online]. Rio de Janeiro: ANS; 2010-2014. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-publicados/periodicos>> Acesso em 3 dez 2015.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados e indicadores do setor [online]. Rio de Janeiro: ANS; 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/anstabnet/deftohtm.exe?anstabnet/dados/TABNET_M1.DEF>. Acesso em 8 nov 2015.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Glossário temático: saúde suplementar*. 2.ed. Brasília: ANS/MS; 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde* [online]. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação da Jurisprudência/STF; 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>> Acesso em 08 dez 2015.

CAMPOS, G. W. S. A reforma sanitária necessária. In *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária* (S. Fleury; L. Bahia e P. Amarante, org.). Rio de Janeiro: Cebes; 2008. p. 211-21. (Capítulo do livro: G. Berlinguer; S. Fleury Teixeira e G. W. S. Campos. *Reforma Sanitária: Itália e Brasil*. São Paulo: Hucitec-Cebes; 1988).

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina; 2003.

CARVALHO, G. I. e SANTOS, L. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3ed. Campinas: Unicamp; 2001.

CEBES. Reforma sanitária: estratégias políticas para a Constituinte In *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária* (S. Fleury; L. Bahia e P. Amarante, org.). Rio de Janeiro: Cebes; 2008. p. 185-98. (Mesa-redonda do Seminário da Abrasco).

CHIAVENATO, I. *Administração: teoria, processo e prática*. 2.ed. São Paulo: Makron; 1994.

CHOLLET, D. J. e LEWIS, M. *Private insurance: principles and practice*. Washington DC: World Bank; 1997. (Apresentado na Conferência *Inovations in health care financing*, realizada em 10 e 11 de março de 1997).

COHN, A. Caminhos da reforma sanitária. *Lua nova*; São Paulo: Cedec; 1989 Nov; (19): 123-40. (Reflexões sobre o marxismo).

COHN, A. A reforma sanitária brasileira após 20 anos do SUS: reflexões. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz; 2009 Jul; 25 (7): p.1614-9.

_____. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In *Tratado de saúde coletiva* (G. W. S. Campos *et al*, org.). São Paulo – Rio de Janeiro: Hucitec – Fiocruz; 2006. p. 231-58. (Saúde em debate, 170).

COHN, A. *et al*. “Subsídio cruzado” ou “dupla porta”: o público e o privado no Hospital das Clínicas de São Paulo. São Paulo: CEDEC; 2002. p. 24-5. (Série Didática, 6).

COLOMBO, F. e TAPAY, N. *Private health insurance in OECD countries: the benefits and costs for individuals and health systems*. Paris: OECD; 2004. (OECD health working papers, 15).

CORDEIRO, H. A medicina de grupo e o complexo médico industrial. *Revista de administração pública*, Rio de Janeiro: FGV; 1983 Jul-Set; 17 (3): 22-37.

_____. *As empresas médicas: transformações capitalistas da prática médica*. Rio de Janeiro: Graal; 1984.

_____. *A indústria da saúde no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Graal; 1985.

_____. *Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Ayuri; 1991.

_____. Financiamento do setor de saúde proposta para a transição democrática. In *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária* (S. Fleury; L. Bahia e P. Amarante, org.). Rio de Janeiro: Cebes; 2008. p. 169-72. (Artigo publicado na edição n.17; 1985 Jul).

COSTA, N. R. Políticas públicas, direitos e interesses: reforma sanitária e organização sindical no Brasil. In *Política de saúde: o público e o privado* (C. Eibenschutz, org.), Rio de Janeiro: Fiocruz; 1996. p. 345-62.

_____. A proteção social no Brasil: universalismo e focalização nos governos FHC e Lula. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro: Abrasco; 2009 Jul; 14 (3): 693-706.

_____. *et al*. *Brasil, USA and México: three federalist nations with limited assurances for health coverage and very mixed systems for financing and delivery care*. Campinas: NEPP/Unicamp; 2005. (Caderno de Pesquisa, 60).

DAIN, S. Bases institucionais e financeiras da seguridade social no Brasil. *Seguridade Social, cidadania e saúde*. (L. V. C. Lobato e S. Fleury, org.). Rio de Janeiro: Cebes; 2010. p. 143-59.

DAIN, S.; JANOWITZER, R. A saúde complementar no contexto dos sistemas de saúde: a experiência internacional. *Regulação do setor saúde nas Américas: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica* (G. Biasoto Junior, P. L. B. Silva e S. Dain, org.). Brasília: OPAS; 2006. p. 17-70. (Série técnica desenvolvimento de sistemas e serviços de saúde, 13).

DONALDSON, C. e GERARD, K. Market failure in health care. In *Economics of health care financing the visible hand*. London: MacMillan; 1993. p. 26-48.

DRAIBE, S. M. O *Welfare State* no Brasil: características e perspectivas. *Ciências sociais hoje*. São Paulo: Vértice – Anpocs; 1989. p. 13-61.

_____. As políticas sociais do regime militar. *21 anos de regime militar: balanços e perspectivas*. (G. A. D. Soares e M. C. D’Araujo, org.). Rio de Janeiro: FGV; 1994. p. 271-309.

DUARTE, C. M. R. A assistência médica suplementar no Brasil: história e características da cooperativa de trabalho médico Unimed. In *Brasil: radiografia da saúde*. (B. Negri e G. di Giovanni, org.). Campinas: Unicamp/IE; 2001. p. 363-93.

ESPING-ANDERSEN, G. As três economias políticas do welfare state. *Lua Nova*, São Paulo; 1991 Set; (24): 85-116. (Primeiro capítulo do livro *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1990. (D. A. Azevedo, trad.).

_____. *Social foundations of postindustrial economies*. New York: Oxford; 1999.

FAVERET FILHO, P. e OLIVEIRA, P. J. A. universalização excludente: reflexão sobre a tendência do sistema de saúde. *Revista planejamento e políticas públicas*, 1990 Jun; (3): 139-52.

FERREIRA, S. L. e FERNANDES, B.D. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*; 2013 Jun; 9 (1): 23-46.

FIANI, R. Teoria dos custos de transação. In *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. (D. Kupfer e L. Hasenclever, org.). Rio de Janeiro: Campus-Elsevier; 2002. p. 267-86.

FILOMENO, J. G. B. *Manual de direitos do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas; 2001.

FLEURY, S. Paradigmas da reforma da seguridade social: liberal produtivista *versus* universal publicista. In *Política de Saúde: o público e o privado*. (C. Eibenschutz, org.). Rio de Janeiro: Fiocruz; 1995. p. 69-92.

_____. Coesão e seguridade social no Brasil. In *Seguridade social, cidadania e saúde*. (L. V. C. Lobato e S. Fleury, org.). Rio de Janeiro: Cebes; 2010. p. 10-27.

_____. Assistência médica previdenciária: evolução e crise de uma política social. In *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. (S. Fleury; L. Bahia e P. Amarante, org.). Rio de Janeiro: Cebes; 2008. p. 87-102. (Artigo publicado na edição n.9, jan-mar 1980).

FOLLAND, S.; GOODMAN, A. C. e STANO, M. *A Economia da saúde*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman; 2008. (C. Bazan, trad.).

FUNCIA, F. Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em Ações e Serviços Públicos de Saúde. *Domingueiras da saúde: texto 004*

de 12/4/2015 [online], São Paulo: Idisa; 2015. Disponível em <<http://www.idisa.org.br/img/File/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%202004%202015%20-2012%2004%202015.pdf>> Acesso em: 19 mai 2015.

GADELHA, C. A. G. O Complexo industrial da saúde e a necessidade de um enfoque dinâmico na economia da saúde. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro: Abrasco; 2003; 2 (8): 521-35.

GERSCHMAN, S. *A democracia inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2004.

GIOVANELLA, L. e STEGMÜLLER, K., Crise financeira europeia e sistemas de saúde: universalidade ameaçada? Tendências das reformas de saúde na Alemanha, Reino Unido e Espanha. *Cadernos saúde pública*, Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz; 2014 Nov; 30 (11): 1-19.

GOUVEIA, M. T. C. S. *O modelo de agência reguladora e a ANS: construção do regime regulatório na saúde suplementar*. Rio de Janeiro [Dissertação de Mestrado em Saúde Pública] - ENSP/Fiocruz; 2004.

GREGORI, M. S. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3ed. rev. e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 31).

GUAZZELLI, A. S. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde*. São Paulo [Dissertação de Mestrado em Direito] – USP; 2013.

KERSTENETSKY, C. L. *O Estado do bem-estar social na idade da razão*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier; 2012.

KORNIS, G. *A crise do Estado do bem-estar: problemas e perspectivas da proteção social*. Rio de Janeiro [Tese de Doutorado em Economia] – IE/UFRJ; 1994.

_____. e SICSÚ, B. Sistema privado de seguro saúde: a influência da competição empresarial na saúde coletiva. *Anais do 6. Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva: o sujeito na Saúde Coletiva*, Salvador: Abrasco; 2000.

MANSUR, M. C. *O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990*. Rio de Janeiro [Dissertação de Mestrado em Saúde Pública] - ENSP/Fiocruz; 2001.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2006.

_____.; LOPES, J. R. L. e PFEIFFER, R. A. C. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1999. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 13).

MARSHALL, T. *Política social*. Rio de Janeiro: Zahar; 1967a.

_____. *Cidadania, Classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar; 1967b.

MEDEIROS, M. *A trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*. Brasília/DF: IPEA; 2001. (Texto para discussão, 852).

MÉDICI, A.C. Incentivos governamentais ao setor privado de saúde no Brasil. In *Revista de administração pública*, Rio de Janeiro: FGV; 1992 Abr-Jun; 26 (2): 79-115.

MENDES, E.V. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da Reforma Sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. In *Distrito sanitário: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde*. (E.V. Mendes, org.). São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec/Abrasco; 1993. p. 19-91.

_____. Sistema de saúde: os espaços público e privado. *O desafio da questão social*. São Paulo: Lonrad-Adenauer-Stiftung; 1995. (Série Debates, 5).

MENDES, G. F. COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; 2008.

MINECUCCI, T. M. G. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007.

MOREIRA NETO, D.F. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In *Políticas públicas: possibilidades e limites* (C. Fortini, J. C. S. Esteves e M. T. F. Dias, org.). Belo Horizonte: Fórum; 2008. p. 49-67.

NERY JR., N. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais; 1992 Set-Dez; (3): 44-7.

NORONHA, J. C. e LECOVITZ, E. AIS-SUDS-SUS: os caminhos do direito à saúde. *Saúde e sociedade no Brasil: anos 8*. (R. Guimarães e R. Tavares, orgs.). Rio de Janeiro: Abrasco-IMS-UERJ; 1994. p. 73-111.

_____. e UGÁ, M. A. D. Sistema de saúde dos Estados Unidos. *Sistemas de saúde: continuidades e mudanças – Argentina, Brasil, Espanha, Estados Unidos, México e Québec*. (P. M. Buss e M. E. Labra, orgs.). Rio de Janeiro: Hucitec-Fiocruz; 1995. p. 177-218.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Expenditure on health by type of financing, 2012 (or nearest year). *Health at a glance: Europe 2014* [online], Paris: OECD Publishing; 2014. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/health_glance_eur-2014-graph133-en> Acesso em: 8 nov 2015.

OLIVEIRA, J. A. A. e FLEURY TEIXEIRA, S. M. F. Implantação do modelo do privilegiamento do produto privado. In *(Im)previdência social: 60 anos de história da previdência social no Brasil*. Rio de Janeiro: Abrasco-Vozes; 1986. p. 201-34.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - WHO. NHA Indicators. *Global Health Expenditure Database* [online]. Geneva, World Health Organization; 2013. Disponível em <<http://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>> Acesso em: 06 ago 2015.

PAIM, J. S. e TEIXEIRA, C. F. Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro: Abrasco; 2007; 12 Supl: 1819-29.

PASINATO, M. T. M. e KORNIS, G. E. M. *Cuidados de longa duração para idosos: um novo risco para os sistemas de seguridade social*. Brasília/DF: IPEA; 2009. (Textos para discussão, 1371 – Série Seguridade Social).

PEREIRA, C. A política pública como caixa de pandora: organização de interesses, processo decisório e efeitos perversos na reforma sanitária brasileira A política pública como caixa de pandora: organização de interesses, processo decisório e efeitos perversos na reforma sanitária brasileira – 1985-1989. *Dados* [online]; 1996; 39 (3). Disponível no site <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-2581996000300006&lng=en&nrm=iso> Acesso em 27 out 2005.

_____. O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas. In *Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003*. (J. Montone e A. J. W. Castro orgs.) Rio de Janeiro: ANS/MS; 2004.v. 3, t. 2, p. 93-120.

_____.; COSTA, N. e GIOVANELLA, L. O jogo da regulação da saúde suplementar no Brasil: interesses e processo decisório na arena legislativa. In *Novos estudos Cebrap*, São Paulo: CEBRAP; 2001 Jul; 60: 151-63.

PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: PUC-Lumen Juris; 2008.

PIERSON, P. Coping with permanent austerity Welfare State restructuring in affluent democracies. *The new politics of the Welfare State*. (P. Pierson, ed.). Oxford: Oxford University Press; 2001. p. 410-56.

RIBEIRO, J. M. Regulação e contratualização no setor saúde. In *Brasil: radiografia da saúde*. (B. Negri e G. di Giovanni, org.). Campinas: Unicamp/IE; 2001. p. 409-43.

_____. Financiamento e desenho institucional no setor saúde nos Estados Unidos da América. In *Regulação do setor saúde nas Américas: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica*. (G. Biasoto Junior, P. L. B. Silva e S. Dain, org.). Brasília: OPAS; 2006. p. 179-216. (Série técnica desenvolvimento de sistemas e serviços de saúde, 13).

_____. Desenvolvimento do SUS e racionamento de serviços hospitalares. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro: Abrasco; 2009; 14 (3): 771-82.

RICE, T. *et al.* United States of America: health system review. *Health systems in transition*, 2013; 15 (3): 1-431. (WHO Regional Office for Europe/European Observatory on Health Systems and Policies).

RODRIGUES, P. H. A. *Apocalipse não: o Estado do bem-estar social sobrevive à onda neoliberal*. Rio de Janeiro [Tese de Doutorado em Saúde Coletiva] - IMS/UERJ; 2003.

_____. Desafios políticos para a consolidação do Sistema Único de Saúde: uma abordagem histórica. *História, ciências, saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro: Fiocruz; 2014 Jan-Mar; 21 (1): 37-59.

RODRIGUES, P. H. A. e KORNIS, G. E. M. Os (des)caminhos do direito à saúde no Brasil. *Estudos em saúde coletiva*, Rio de Janeiro: UFRJ; 1999; 197: 1-33.

_____. Universalidade e focalização, reflexões sobre o pós neoliberalismo nas políticas sociais. *Anais do 6. Congresso Brasileiro de Ciências Sociais e Humanas em Saúde*, Rio de Janeiro: Abrasco; 2013.

RODRIGUEZ NETO, E. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2003.

ROSANVALLON, P. *A crise do Estado-providência*. Goiânia – Brasília/DF: UFG - UNB; 1997. (Original de 1981).

SADEK, M. T. A. O judiciário e a arena pública. In *Democracia, mercado e Estado: o B dos Brics*. (L. Sola e M. R. Loureiro, org.). Rio de Janeiro: FGV; 2011. p. 121-45.

SANTOS, L. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e serviços de saúde. In *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. (S. Fleury, org.) São Paulo: Lemos Editorial; 1997. p. 241-79.

_____. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. *Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - Conasems*, Brasília/DF; 2006 Set-Out; 2 (19): 46-7.

_____. Direito à saúde e qualidade de vida. In *Direito da saúde no Brasil*. (L. Santos, org.). Campinas: Saberes; 2010. p. 15-62.

SANTOS, W. G. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus; 1979.

SARTORI, G. *Engenharia constitucional: como mudam as Constituições*. Brasília/DF: UNB; 1996. (S. Bath, trad.).

SCLIAR, M. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM Editores; 1987.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros; 2008.

SILVA JUNIOR, A. G. e GOUVEIA, M. T. C. S. Saúde suplementar: regulação e jurisdição. In *Direito Sanitário* (F. D. Asensi e R. Pinheiro, org.). Rio de Janeiro: Campus-Elsevier; 2011. p. 224-52.

SUNDFELD, C.A. Atividade econômica e regulação. *1. Seminário da Procuradoria da ANS*. Araras: Rio de Janeiro; 30 Nov-01 Dez 2002. (Anotações pessoais).

TANAKA, O. Y. e OLIVEIRA, V. E. Reforma(s) e estruturação do sistema de saúde britânico: lições para o SUS. *Saúde e sociedade*, São Paulo: USP; 2007 Jan-Abr; 16 (1): 7-17.

TEIXEIRA, A. Mercado e imperfeições do mercado: o caso da assistência suplementar. *Cadernos de saúde suplementar: segundo ciclo de oficinas*, Rio de Janeiro: ANS/MS; 2001Out-Dez. p. 4-22.

TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2008.

TITMUSS, R. M. *Social policy*. London: Brian Abel-Smith/Kay Titmuss; 1974.

TRETTEL, D. B. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim; 2010.

VIANA, A. L. A. *Estratégias de políticas públicas de extensão da proteção social em saúde e principais marcos teóricos*. Brasília: OPAS; 2003. (Relatório em documento impresso).

VIANNA, C. M. Estruturas do sistema de saúde: do complexo médico-industrial ao medicofinanceiro. *Physis*, Rio de Janeiro: IMS/UERJ; 2002; 12 (2): 375-90.

VIANNA, L. W. A judicialização da política. In *Dimensões políticas da justiça* (H. Starling et al.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2013. p. 207-14.

_____.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C. e BURGOS, M. B. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan; 1999.

VIANNA, M. L. T. *A americanização (perversa) da seguridade social*. Rio de Janeiro: Revan – Iuperj/Ucam; 1998.

_____. Universalismo x focalização e outras controvérsias: espécies em extinção? In *Políticas públicas e financiamento federal do sistema único de saúde*. (C. Melamed e S. F. Piola, org.). Brasília/DF: IPEA; 2011. p. 15-34.